

# IUS PUBLICUM

---

Nº 43 / 2019



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 43 / 2019

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).

REPRESENTANTE LEGAL:

Catalina Ugarte

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

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

Extranjero aéreo certificado: US\$ 50.

Ejemplar suelto: \$ 10.000.

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

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

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

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

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

Vol. 22 N° 43  
SEPTIEMBRE 2019

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

MIGUEL AYUSO TORRES: <i>El bien común y la articulación de lo “público” y lo “privado”</i> .....	11
EDUARDO ANDRADES RIVAS: <i>La monarquía hispánica y el Estado de Derecho en Indias</i> .....	17
CARLOS GABRIEL ARNOSSI: <i>Consensualismo y derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI: Un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos</i> .....	49
SILVIA ESTELA MARRAMA: <i>Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia</i> .....	61
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>Los fundamentos del Derecho Administrativo. Una visión iusnaturalista</i> .....	83

## IN MEMORIAM

ANTONIO BUDANO ROIG: <i>Dr. Carlos Raúl Sanz (10/11/1942-16/3/2019)</i> .....	97
---	----

## CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas</i> : Esther Gómez de Pedro. <i>Reflexiones éticas</i> : Alonso Gracián, P. Fernando Pascual, Álvaro Góngora, Steven Neira. <i>Reflexiones fuertes</i> : José Durand Mendioroz, Antonio-Carlos Pereira Menaut, Gonzalo Rojas S. ....	103-124
--	---------

## DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso “Yes to Life! Cuidando del precioso don de la vida en su fragilidad” organizado por el Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida. Sala Clementina (Sábado, 25 de mayo de 2019). Discurso del Santo Padre Francisco al Tribunal de la Rota Romana con ocasión de la Inauguración del año judicial. Sala Clementina (Martes, 29 de enero de 2019). Mensaje del Santo Padre Francisco a los participantes en la Conferencia Internacional “Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo: Conquistas, Omisiones, Negaciones” (Roma, 10-11 de diciembre de 2018). Viaje apostólico a Croacia. Homilía del Santo Padre Juan Pablo II durante la misa de beatificación del Cardenal Stepinac (Sábado 3 de octubre de 1998). Viaje apostólico a Croacia. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI. Encuentro con exponentes de la sociedad civil, del mundo político, académico, cultural y empresarial, con el cuerpo diplomático y con los líderes religiosos. Teatro Nacional Croata - Zagreb (Sábado 4 de junio de 2011). Discurso de Pio XII al Tribunale della Sacra Romana Rota (13 noviembre 1949). Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en la Conferencia Mundial sobre la ley celebrada en Madrid (Lunes 24 de septiembre de 1979). La Iglesia y el escándalo del abuso sexual (Ensayo del Papa Emérito S.S. Benedicto XVI). MAGISTERIO EPISCOPAL: India: la Iglesia recuerda que el yoga no es católico (Abril 25, 2018). Dubia del cardenal Zen sobre las directrices de la Santa

Sede. Vivimos un ataque contra el derecho fundamental a la vida de todos. Cardenal Burke, ante el caso Lambert: “¿Puede el Estado dar muerte a los inocentes e indefensos?”. VARIA: La naturaleza como fundamento de la vida moral. A los XXV años de la <i>Veritatis splendor</i> . Mayo del 68 y Concilio Vaticano II.....	127-178
--	---------

### ACTUALIDADES

I. CHILE: 1. Desengaño de Chile. 2. Lo que Chile le debe a Thaddaeus Peregrinus Haënke. 3. Revelan contenido de carta de San Martín a O’Higgins y que fue encontrada en propiedad allanada a Cristina Fernández. 4. Schakleton y el Piloto Pardo. 5. El MIR patrimonial.....	181
II. EXTRANJERO: 1. El Papa ha lanzado hoy un nuevo tweet en su cuenta @Pontifex en nueve idiomas. 2. La ley no puede autorizar la eutanasia. 3. Interesante debate sobre eutanasia en <i>The Spectator</i> . 4. Consideraciones sobre la eutanasia. 5. La eutanasia ¿es justificable? 6. Obispo afirma que nunca es compasivo quitar comida y bebida para causar la muerte. 7. Eutanasia, una bola de nieve inexorable: La caída progresiva en el abismo en cinco países donde es legal. 8. Derecho a Vivir: “La llamada ‘ley de muerte digna’ abre paso a la eutanasia en España”. 9. Vida, condición <i>sine qua non</i> del Estado de Derecho. 10. Carta abierta al médico que logró la desconexión de Charlie Gard, un bebé de ocho meses.....	190

### JURISPRUDENCIA

El Derecho, entre la emoción y la razón. Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor don Iván Aróstica Maldonado, con ocasión de la inauguración del Encuentro con jueces del Tribunal Constitucional de España, efectuado en mayo 2019 en la sede del Tribunal en Santiago de Chile.....	211
Corte Europea de Derechos Humanos (Pleno). Buscarini con San Marino, App. 24645/94. Juramento, libertad de conciencia y jurisprudencia comparada (Comentario de Rodrigo Céspedes).....	217
Tribunal Constitucional. 11.6.2018 (rol 4672/2018). Consejo de Defensa del Estado (contienda de competencia). Trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la Armada/Acción declarativa de mera certeza (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	221
Tribunal Constitucional (18.01.2019) Honorables Senadores y Diputados de la República c/artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018. (Requerimiento de inconstitucionalidad – Roles 5572-18/5650-18 –acumulados–) (Comentario de Luis Alfonso Herrera Orellana).....	231
Dictamen N° 14.498/2019. Contraloría General de la República. Protección a la maternidad de servidoras a honorarios. Reconsideración.....	238

### RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES .....	245
RESEÑA DE LIBROS .....	258
RESEÑA DE REVISTAS .....	261
NOTICIAS .....	265
EDICIONES IUS PUBLICUM .....	267

ESTUDIOS



## EL BIEN COMÚN Y LA ARTICULACIÓN DE LO “PÚBLICO” Y LO “PRIVADO”

*Miguel Ayuso Torres\**

El último desarrollo nos abre un eje que podemos seguir al objeto de adelantar la finalidad que persiguen estas páginas. Nos hallamos, pues, ante una relación –la del derecho público y el privado– “oscilante”, cuya concreta modulación debe ser determinada por el derecho natural, esto es, lo que es justo atendida la naturaleza de la cosa y de las cosas. También ha aparecido de lo anterior la realidad del “bien común” como criterio de recta articulación de lo “público” y lo “privado”. Merece la pena, por consiguiente, llegados a este punto, y antes de referir algunas de las concretas temáticas en que cabe enfocar “el derecho público a la luz del derecho natural”, dejar alguna consideración, todavía general, a esas referencias al derecho natural y al bien común.

El que puede llamarse realismo jurídico clásico, renovado en nuestros días por la obra de Michel Villey<sup>1</sup>, y en el mundo hispánico por Juan Vallet de Goytisolo<sup>2</sup> –al margen de las precisiones y complementos que este ha realizado a aquel–, parte de que las relaciones entre las personas y la autoridad de los poderes deben apoyarse necesariamente en una fuente anterior y superior para tener justificación. Como la revelación divina calla en casi todo lo concerniente al orden temporal, hay que buscar en la naturaleza, que es obra de Dios, el orden que esta, conforme al plan divino, pueda contener. Y esa es la única posibilidad sólida que nos queda, pues si no

---

\*Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

<sup>1</sup>Michel Villey, *Philosophie du droit*, 2 volúmenes, Paris, 1975 y 1979, entre su vasta bibliografía. La cito a continuación por su versión castellana. Pamplona, 1979 y 1981. Puede verse una brillante caracterización de la originalidad del maestro francés en la ponencia presentada a las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural por su discípulo, prematuramente fallecido hace unos años, Guy Auge, “El derecho natural en la Francia del siglo XX”, publicada en las actas correspondientes, *El derecho natural hispánico*, Madrid, 1973, 231 ss.

<sup>2</sup>Desde los años sesenta se puede percibir el influjo de la obra de Villey sobre el gran jurista español, el más fiel, al tiempo que el más original, de sus seguidores en nuestro ámbito cultural. La tesis de Renato Rabbi-Baldi, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, 1990, sin embargo, omite tal reconocimiento al tiempo que realiza otros que arrojan luz sobre la razón de la omisión. Cfr., por ejemplo, y entre tantas muestras, Juan Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, 1ª ed., Barcelona, 1963, y últimamente, *Metodología de la determinación del derecho*, 2 volúmenes, Madrid, 1994 y 1996.

existe orden natural tampoco podrá existir justicia, al quedar sin objeto, por encima de la voluntad que se imponga<sup>3</sup>.

Es sabida la insistencia villeyana en la definición del derecho, en indicativo, como justo medio en las cosas, proporción de cosas repartidas entre personas, objeto de la justicia particular, que excluiría a la justicia general del ámbito del arte jurídico –no desde luego de su incidencia importantísima sobre el mismo–, situándola en el campo de la moral<sup>4</sup>. Vallet, sin embargo, en una visión más omnicompreensiva, entiende que si bien tiene la justicia general una dimensión eminentemente moral, no deja por ello de presentar una faz plenamente jurídica, que resalta de modo notable en su pauta específica, el bien común. En efecto, la justicia general, como pauta jurídica, se distingue de la justicia particular cuando no viene referida a personas individualmente consideradas, sino al bien común, en cuanto le corresponde –en una relación inversa a la justicia distributiva– ordenar al bien común las cosas que son de las personas particulares<sup>5</sup>. Bien es cierto que, a poco que se repare, del fondo que late en la exposición del profesor parisino despunta una orientación muy cercana a la del académico español. Así, Villey, tras los pasos de Aristóteles, afirma que el derecho solo se ejerce en una ciudad organizada, pues solo en la ciudad hallamos unas relaciones entre –los cabezas de familia– quienes “son suficientemente ‘otros’, y, sin embargo, suficientemente ‘amigos’, para que la proporción y la repartición de sus bienes exteriores puedan ser definidas entre ellos, para que se observe entre ellos esa relación que constituye la esencia del derecho en su sentido estricto”<sup>6</sup>. Y esa ciudad organizada, a la que solo es dado conocer el orden jurídico, reclama una armonía entre las personas individualmente consideradas y la sociedad en que estas conviven. Así, desde un prisma jurídico muy cercano a cuanto venimos diciendo, escribe en un texto muy luminoso: “Es un juego de azar fundar el derecho, sistema de relaciones entre los hombres, en el individuo aislado, es decir, fundarlo en la negación del derecho. Cuadratura del círculo, pues a partir del individuo, a partir de su derecho subjetivo, no se hallará más que el anarquismo y la ausencia de orden jurídico, o más bien, contradiciéndose a sí mismo, a partir del individuo se fabricará a su imagen el individuo artificial, el monstruoso Leviathan que aplasta a los verdaderos individuos”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup>Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, *Qué es el derecho natural*, Madrid, 1997.

<sup>4</sup>Michel Villey, *op. cit.*, vol. I, 73 ss.

<sup>5</sup>Juan Vallet de Goytisolo, “De la virtud de la justicia a lo justo jurídico”, en su volumen *En torno al derecho natural*, Madrid, 1973, 165 ss. Id., “Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino”, en el volumen colectivo *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, 711 ss.; Id., *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991, 227 ss. Resultan de gran interés, a este respecto, las consideraciones de Guido Soaje, “Sobre la politicidad del derecho”, *Boletín de Estudios Políticos*, núm. 9, Mendoza, 1958, 42 y 85.

<sup>6</sup>Michel Villey, *op. cit.*, 99.

<sup>7</sup>Id., *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1975, 676. Sobre la traslación de la concepción villeyana al derecho público

Pero también ha salido en lo anterior, y de modo recurrente, la referencia al bien común. En la publicística contemporánea, y en un ámbito propiamente dialéctico –en sentido clásico–, quizá fuera el profesor flamenco trasplantado al Canadá francófono Charles de Koninck quien con más vigor, posiblemente por las propias exigencias de la polémica, subrayara en los años cuarenta que no es un bien ajeno, erigido como un ser singular que domina a los restantes, sino el mejor bien de las partes que de él participan<sup>8</sup>. Es lo que el profesor Danilo Castellano viene recordando últimamente en oportunísima crítica del personalismo –y he ahí el lazo que aún a los dos autores citados en un arco de cincuenta años–, al definir el bien común como el bien de todo hombre en cuanto hombre y, en cuanto bien de todo hombre, común a todos los hombres: el bien que la comunidad política debe, por ello, perseguir<sup>9</sup>.

De Koninck ya observó –lo que entonces había de resultar sin el menor género de dudas escandaloso– que el personalismo, en su falseamiento de la noción de bien común, concluía por hacer suya la noción totalitaria del Estado: en efecto, bajo los regímenes totalitarios el bien común se había singularizado, oponiéndose como singular más potente a unos singulares pura y simplemente sometidos; perdida su nota distintiva y tornado extraño, se subordinaba a ese monstruo de moderna invención que es el Estado, no –desde luego– entendido como comunidad o ciudad, sino erigido en una suerte de persona física<sup>10</sup>. En nuestros días –y sin que el anterior análisis haya dejado de mostrarse como correcto–, la dinámica que ha conducido de la modernidad a la postmodernidad, o si se prefiere, a la sustitución de las ideologías “fuertes” por sus derivados “débiles”, permite precisar mejor las consecuencias implicadas en el personalismo contemporáneo. En este sentido, Castellano ha podido cerrar el círculo divisado por De Koninck, pues, exiliado del horizonte moderno el “bien común”, e instaurada la contraposición entre lo público y lo privado, si en una primera fase se redujo aquel a puro “bien público”, virtualmente totalitario, en otra posterior –la más rabiosamente coetánea– se ha concluido por asignar al “bien privado” un primado sobre este. Se ha llegado, así, a la afirmación de lo público exclusivamente en función de lo privado y a la reducción del Estado a instrumento para alcanzar cualesquiera instancias individuales. En definitiva, a la decadencia del Estado moderno y a la volatilización de la política<sup>11</sup>.

---

puede verse mi estudio “Un aporte para la reorientación del derecho público”, *Cuadernos de Pensamiento*, núm. 10, Madrid, 1996, 149 ss.

<sup>8</sup>Charles de Koninck, *De la primauté du bien commun contre les personalistes*, Montreal, 1943. Me he referido a la famosa polémica de De Koninck con Eschmann, con Maritain al fondo, en mi libro *Koinós. El pensamiento político de Rafael Cambra*, Madrid, 1998.

<sup>9</sup>Danilo Castellano, *L'ordine della politica*, Napoli, 1997, 34.

<sup>10</sup>Charles de Koninck, *op. cit.*, I.3.

<sup>11</sup>Danilo Castellano, *op. ult. cit.*, 43 ss.; *Id.*, *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, cit., introducción. Mi libro *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996, 2ª ed., Madrid, 1998, es en buena parte una explicación de tal proceso.

Recapitulemos. Hablar de bien común levanta hoy obstáculos difícilmente superables entre los que no es el menor el esfuerzo por restablecer un conjunto de significaciones comprensibles más allá de las ambigüedades creadas por el lenguaje político de la modernidad. Si, aceptándolas, tomamos la cuestión de la totalidad, que surge en la historia del pensamiento como resultado de la discusión filosófica sobre la naturaleza de la relación social, vemos –por encima de las múltiples respuestas históricamente comprobables– la permanencia del problema del sentido de la unidad de lo comunitario frente a la diversidad de lo individual.

Así, como hemos recordado en otras ocasiones siguiendo al profesor Zuleta<sup>12</sup>, en primer término encontramos la perspectiva de la metafísica clásica, que es en la que estamos moviéndonos, y para la que totalidad y subsidiariedad como principios normativos aparecen forzosamente implicados, en tanto que el primero remite a la naturaleza de ese todo que es la relación social, mientras que el segundo se refiere a las relaciones dinámicas que median entre el todo y sus partes. El punto de partida es metafísico y no meramente empírico, al existir un orden del ser, en el que se funda todo deber, y en el que yace, concebido como comunicación, el lazo social. La sociedad viene a ser así, consiguientemente, una realidad accidental de naturaleza relacional resultante del proceso de actualización de la persona, excluyente tanto de su consideración como agregado de individuos cuanto de la contraposición individuo-sociedad. De ahí que constituya para el hombre un complemento perfectivo y, en este sentido, un medio para su dignificación. De ahí también que se articule como sociedad de sociedades que difieren entre sí según su grado y orden respectivos. Es, pues, una lógica de la totalidad como pluralidad –que no es el pluralismo del que pronto hablaremos–, que remite a conceptos fundamentales tales como comunidad, autonomía, descentralización, jerarquía natural, tradición, lealtad, localismo, personalización y, finalmente, subsidiariedad.

Frente a la misma aparece la solución moderna, que excluye por principio la consideración de la subsidiariedad, contemplada como un pseudoproblema derivado de incorporar al análisis elementos no verificables científicamente y, en consecuencia, racionalmente impertinentes. Parte entonces de una “deconstrucción” de la realidad, operada por la razón en su búsqueda de elementos simples y evidentes, aptos, por tanto, para operar como axiomas de base para una recomposición sistemática de la totalidad

---

<sup>12</sup>Cfr. Enrique Zuleta, “El principio de subsidiariedad en relación con el principio de totalidad: la pauta del bien común”. *Verbo*, núm. 199-200, Madrid, 1981, 1171 ss., o en el volumen colectivo *El principio de subsidiariedad*, Madrid, 1982, 111 ss. También ha profundizado la cuestión en sus ensayos “Thomas Hobbes y la moderna idea de totalidad social”, *Verbo*, Madrid, núm. 195-196, 1981, 561 ss.; “Razón y totalidad. Notas sobre la noción moderna de consenso social”, *Verbo*, núm. 197-198, Madrid, 1981, 855 ss.; “Razón y comunidad. Notas desde una lectura actual de Aristóteles”, *Persona y derecho*, núm. 10, Pamplona, 1983, 135 ss.; además de su volumen *Razón política y tradición*, Madrid, 1982.

social. Agregado mecánico, aunque convencional en el acto que lo origina, posee en cambio la necesidad de una hipótesis lógica, a través de la cual resulta pensable una sociedad despojada de toda sustancia comunitaria. Es, en conclusión, una lógica de la totalidad como unidad, y sus desarrollos giran en torno a ideas tales como asociación, igualdad, individualismo, progreso, cosmopolitismo, etc.

La conclusión se alza neta: la problemática del bien común carece de sentido en un contexto ideológico presidido por la idea moderna de totalidad y su concreción en la soberanía, resultando indiferente, a este respecto, si su concreción es “garantista”, “promotora” o propiamente “totalitaria”; al tiempo que solo puede comprenderse desde una lógica de la pluralidad en la que posee sentido preciso la analogía del todo y las partes y para la que resulta impensable la dicotomía individuo-Estado, mejor aún, individuo-comunidad política<sup>13</sup>. La relación entre el derecho público-derecho privado, reflejo jurídico de la que posee como polos lo público y lo privado, yace pervertida por el contractualismo bien en su versión “fuerte” o en sus derivados “débiles”, como ilustra el proceso que de la modernidad ha conducido a la postmodernidad, mientras que solo en el bien común –pauta de la justicia general jurídica, indisolublemente ligado a la realidad del derecho natural y orillado cuidadosamente en dicho tránsito– puede encontrar cabal fundamento.

---

<sup>13</sup>Miguel Ayuso, “Una introducción a la postmodernidad político-jurídica desde el derecho constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 18-19, 1997, Valencia, 5 ss.



## LA MONARQUÍA HISPÁNICA Y EL ESTADO DE DERECHO EN INDIAS

*Eduardo Andrades Rivas*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los fundamentos históricos de la Monarquía Hispánica. III. La monarquía Hispánica bajo los Reyes Católicos. IV. Bases esenciales del Orden Jurídico Indiano, los derechos políticos de los habitantes de las indias y la suspensión de la ley injusta. V. El Estado de Derecho Indiano, protector de los indígenas. VI. Bibliografía General.

### I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Una de las más reiteradas afirmaciones de los cientistas políticos nacionales y aún de algunos constitucionalistas, es la que sostiene que, en América y especialmente en Chile, el “Estado de Derecho” habría tenido su nacimiento con posterioridad al proceso de secesión o independencia nacional. Incluso un historiador de talla monumental como Encina y un ensayista de genio como Alberto Edwards contribuyeron a la difusión de una variante de esta idea, al tomar de Spengler la noción de “Estado en forma” y aplicarla al régimen republicano pelucón creado por Portales a partir de 1830<sup>2</sup>.

Asimismo, el influjo de las ideas constitucionales del mundo anglosajón, por mano de los agentes oficiosos y oficiales de la república estadounidense, pareció transformarse en una especie de faro en el que nuestros hombres públicos se inspiraban para dar forma a los sucesivos textos constitucionales que rigieron en los primeros años de la república. Así, subsiste la creencia de que los textos constitucionales británicos

---

\*Doctor en Derecho, UNED, Madrid, España. Profesor titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Ainavillo 456, 5º piso, Concepción, Chile. Correo electrónico: eandrade@udd.cl.

<sup>1</sup>El presente trabajo se origina en un estudio preparatorio de nuestra tesis doctoral, “*Los inicios del mito fundacional republicano (estudio histórico jurídico sobre la Patria Vieja en Chile)*”, presentada a la UNED, Madrid, España, 2019.

<sup>2</sup>Ver Encina Armanet, Francisco Antonio, *Historia de Chile, desde la Prehistoria hasta 1891*, tomo X, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1948, 443 ss. y Edwards Vives, Alberto, *La fronda aristocrática en Chile*, 14ª edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993, 66 ss.

y estadounidenses habrían sido el origen de una serie de instituciones político-jurídicas presentes en nuestro ordenamiento jurídico, tales como el recurso de amparo, de protección o incluso de la responsabilidad de los gobernantes. La Carta Magna, el Bill de Habeas Corpus, la declaración de independencia de los Estados Unidos y la Constitución de Filadelfia de 1787 y otros textos de la tradición jurídica anglosajona habrían sido el manantial en el que bebieron nuestros primeros constituyentes, que adoptaron instituciones completamente nuevas y desconocidas por nuestra propia tradición jurídica hispánica.

Pero la verdad histórica es muy diversa de lo que estas creencias y sus mil variantes sostienen, por más que perduren hasta nuestros días. Esta verdad histórica está compuesta por un sinnúmero de instituciones político-jurídicas que tienen su origen en las más remotas épocas de nuestra tradición, mucho más antigua que la anglosajona. Antes que la Carta Baronom de 1215 de Juan Sin Tierra está la Carta Magna leonesa de 1188 y siglos antes que el Acta de Habeas Corpus de 1679 está el Habeas Corpus visigótico de 683<sup>3</sup>. Nuestra tradición política se funda en los sólidos pilares del mundo romano, visigodo y castellano y se expresa desde la naturaleza de la Corona hasta la posibilidad de no obedecer una ley injusta. Bien ha recordado uno de nuestros más preclaros iushistoriadores que, en nuestra tradición se sostiene que *todavía más perjudiciales para el buen gobierno resultan los malos jueces que las malas leyes*<sup>4</sup>.

Sin embargo, la historia sistemática del origen de nuestras instituciones político-constitucionales ha sido descuidada hasta hace poco tiempo en nuestro medio. La obra de García Gallo resultó fundamental para explorar y estudiar con detención las cuatro dimensiones en que se desplegaba el gobierno de las Indias: Justicia, Gobierno, Hacienda y Guerra. Y, entre nosotros, ha sido el doctor Bernardino Bravo Lira quien más ha estudiado el tema de las instituciones político-jurídicas de la tradición castellano indiana<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>Ver Orlandis Rovira, José, "El Canon 2 del XIII Concilio de Toledo en su contexto histórico", en *Anuario de historia del derecho español*, N° 67, 1997, 1601-1607.

<sup>4</sup>Cerdán de Tallada, Tomás, Verdadero gobierno desta monarquía, VIII, ff. 97r-104r. Ver igualmente Canet Aparisi, Teresa, *Vivir y pensar la política en una monarquía plural: Tomás Cerdán de Tallada*, PUV, Valencia, 2009, 135. Y en similar sentido Bravo Lira, Bernardino, *El Juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, 1.

<sup>5</sup>Ver Bravo Lira, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860) De Carlos III a Portales y Montt*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1994, 490, Bravo Lira, Bernardino, *El juez entre el derecho y la ley. Op. cit.*, Bravo Lira, Bernardino, "El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)", en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXX, 2010, 415-546 y Bravo Lira, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2ª edición, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1993, 359 pp.

Por nuestra parte, hemos sostenido que la Monarquía Hispánica fundada por Isabel de Castilla y Fernando de Aragón fue la primera que revistió el carácter de un verdadero Estado de Derecho, aunque esta expresión resulte anacrónica<sup>6</sup>. En efecto, es durante el reinado de los Reyes Católicos en donde se establecieron las bases de lo que conocemos como Imperio Español. Dos son los aspectos más importantes de dicha construcción política. Por una parte, la noción de que la Monarquía Hispánica fue un régimen de gobierno fundado en el derecho natural, en el consentimiento de los pueblos sujetos a ella y en los límites naturales del poder político. Y por otra, la de que dicha Monarquía se implantó en América y Filipinas para la cristianización y protección de los indígenas, quienes eran considerados vasallos de la Corona en condiciones de igualdad con los europeos. Es lo que examinamos a continuación.

## II. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA

El ideario del poder político del pueblo frente al del rey es de larga data en la tradición y en el inconsciente colectivo de los españoles peninsulares y americanos. Desde los muy remotos siglos de la monarquía visigoda, el pensamiento de san Isidoro de Sevilla había sido transmitido en forma continua generación tras generación de españoles.

De especial importancia es la afirmación de San Isidoro de Sevilla, el gran padre de la Iglesia de Occidente, arzobispo católico, hombre de Estado y visigodo, sobre el papel del monarca como cabeza del reino, al complementar la frase latina del poeta Horacio *Rex eris, si recte facias*, con

---

<sup>6</sup>*El derecho de reinar no se gobierna por las leyes y por los libros de los juristas, sino más auna por la voluntad del pueblo, por las fuerzas, diligencia y felicidad de los pretendores. En suma, si no bastase a Isabel la Católica ser hija de don Juan II para ceñir la corona de Castilla, en Granada, en Italia y en el Nuevo Mundo habría encontrado los títulos que las sutilezas de una ideal legitimidad pretendiese sin razón y en vano disputar al modelo de las reinas, de las esposas y de las madres.* Ver Colmeiro, Manuel, *De la constitución y del gobierno de los reinos de León y Castilla*, tomo I, Librería de don Ángel Calleja, editor, Madrid, Santiago, Lima, Valparaíso, 1855, 218. Edición facsimilar Editorial Maxtor, Valladolid, 2005, 336.

Ver Andrades Rivas, Eduardo, "Felipe II y las instituciones jurídicas en el reino de Chile", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, tomo I, N° 22, 2010, 391-416. El mismo, "Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13, 2006, 371-392, y El mismo, "Las ideas políticas en el Chile de fines del siglo XVIII: entre el barroco y el absolutismo", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 40, 2019 (en prensa).

el agregado cristiano, *si non facias non eris*<sup>7</sup>. Esta concepción del poder regio se prolongó en la tradición política hispánica<sup>8</sup>

Esta influencia se expresó de múltiples maneras, como en los tratados políticos de los siglos XVI y XVII y en las múltiples ceremonias políticas que tenían su más distante origen en los juramentos de los reyes godos en la catedral de Toledo, ante el pueblo congregado en ella y con la institución de los *discussores iuramenti*<sup>9</sup>, que son los más primitivos antecedentes de las juras de los reyes por parte de los ayuntamientos o cabildos<sup>10</sup>.

En tiempos de Alfonso X, los redactores de las Partidas concibieron al monarca y a sus poderes como ordenadores de un cuerpo orgánico

---

<sup>7</sup>De esta manera nacía en el contexto de la cultura jurídica hispánica el primer antecedente del que posteriormente los pensadores cristianos llamarían, el *derecho de resistencia a la opresión*: Es un hecho de la mayor importancia para dejar en claro que los fundamentos de la Monarquía Hispánica estuvieron siempre muy distantes del absolutismo, que se intentó imponer por los soberanos de la casa de Borbón. Sobre el tema del absolutismo y sus limitaciones en la concepción francesa ver Lapeyre, H., *Las monarquías europeas del siglo XVI las relaciones internacionales*, trad., de José Manuel Cuenca, 3ª edición, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1979, 210. Y Andrades Rivas, Eduardo, *La autoridad de los Reyes según San Isidoro*, en El mismo, *Textos fundamentales para el estudio de la Historia del Derecho, colección de documentos y fuentes primarias para la Historia del Derecho, con comentarios y cuestionarios*, Editorial el Jurista, Santiago de Chile, 2017, 166-168.

<sup>8</sup>Ver Isidoro de Sevilla, San, *Etymologiarum*, IX, 3, 4. *Reges a regendo vocati. Sicut enim sacerdos a sacrificando, ita et rex a regendo. Non autem regit, qui non corrigit. Recte igitur faciendū regis nomen tenetur, peccando amittitur. Vnde et apud veteres tale erat proverbium: "Rex eris, si recte facias; si non facias, non eris". Trad. española: El término "rey" deriva de "regir", como "sacerdote", de "sacrificar". No "rige" el que no "corrige". El nombre de "rey" se posee cuando se obra "rectamente", y se pierde cuando se obra mal. De aquí aquel proverbio que corría entre los antiguos: "Serás rey si obras con rectitud; si no obras así, no lo serás".*

<sup>9</sup>Estos recorrían el reino recibiendo el juramento en nombre del rey, ver Merello Arcco, Ítalo, *Historia del Derecho*, tomo I, Segunda reimpresión, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1996, 91. En el mismo sentido *El juramento visigodo no es más que la plasmación ritual de la general obligación de fidelidad al rey y al reino a la que están sometidos todos los hombres libres. Este juramento se presta directamente al rey o bien a los discussores iuramenti; bien entendido que estos discussores, delegados por el rey para recibir el juramento, no son más que representantes del monarca; y de ninguna manera se erigen en destinatarios de la fidelidad jurada*, ver Hidalgo De La Vega, María José, Pérez y Pérez, Dionisio y Gervás, Manuel José R. (editores), *"Romanización" y "Reconquista" en la Península Ibérica, nuevas perspectivas*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, 285. Como puede apreciarse la existencia de estos funcionarios refuerza el vínculo del monarca con el pueblo, y le presta a la monarquía visigoda en España un carácter democrático en su origen.

<sup>10</sup>Más aún, la tradición de cabildos dotados de facultades de gobierno local, antecedía a los visigodos y se hundía en los tiempos de la decadencia del Imperio en donde los órganos decurionales de las ciudades romanas se hicieron cargo del vacío de poder central. *Muchas de esas ciudades habían sido en época romana sede de municipios, con sus órganos de gobierno local. En no pocas regiones de la Península Ibérica hubo un largo periodo de vacío de autoridad estatal, entre el ocaso de la Romanidad y la efectiva implantación del poder visigodo. Este paréntesis favoreció el autogobierno de la ciudad por las oligarquías locales, que era en definitiva la esencia del régimen municipal*. Ver Orlandis Rovira, José, *Historia del reino visigodo español*, 2ª edición, Ediciones RIALP, Madrid, 2006, 144.

político-jerárquico, en donde múltiples expresiones de la asociatividad natural del hombre se expresaban en vínculos sociales casi infinitos, arquitectura política que era coronada por el Rey<sup>11</sup>.

La más importante de las atribuciones y obligaciones del Rey, según las 7 Partidas, era la de ser juez, ...*puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia et en verdad*, sostiene la Partida II, Título I, Ley V.

El buen gobierno tenía como objeto directo asegurar la justicia y proscribir la arbitrariedad. Todo el orden jurídico se fundaba en la justicia, cuyo logro estaba garantizado por el Rey.

Ese sistema perfectamente ordenado, en donde los límites del poder real estaban cabalmente definidos, fue objeto de una grave deformación en los reinados de los Trastámara, especialmente con don Juan II y Enrique IV, por el ingreso de los Grandes nobles en el gobierno del reino. En la medida en que la alta nobleza cooptaba los cargos de autoridad en Castilla, los demás órganos de la monarquía desarrollaron múltiples mecanismos de defensa de sus libertades, costumbres y fueros. Especialmente importantes fueron los ayuntamientos de las ciudades y las Cortes<sup>12</sup>.

Solo con el advenimiento de los Reyes Católicos el orden jurídico institucional volvería a su cauce natural. Tan magna tarea correspondió a Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, quienes dieron el paso final de este largo proceso de evolución política institucional que llegaría a su cenit

---

<sup>11</sup>Ley 5: *Vicarios de Dios son los reyes de cada uno en su reino, puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia y en verdad en cuanto a lo temporal, bien así como el emperador en su imperio. Y esto se muestra cumplidamente de dos maneras: la primera de ella es espiritual según lo mostraron los profetas y los santos, a quienes dio nuestro Señor gracia de saber las cosas ciertamente y de hacerlas entender; la otra es según naturaleza, así como mostraron los hombres sabios que fueron como conocedores de las cosas naturalmente. Y naturalmente dijeron los sabios que el rey es cabeza del reino, pues así como de la cabeza nacen los sentidos por los que se mandan todos los miembros del cuerpo, bien así por el mandamiento que nace del rey, y que es señor y cabeza de todos los del reino, se deben mandar y guiar y haber un acuerdo con él para obedecerle, y amparar y guardar y enderezar el reino de donde él es alma y cabeza, y ellos los miembros.*

Ley 6: *Rey tanto quiero como regidor, y sin falta a él pertenece el gobierno del reino, y según dijeron los sabios antiguos, señaladamente Aristóteles en el libro que se llama Política en el tiempo de los gentiles el rey no tan solamente era guiador y caudillo de las huestes y juez sobre todos los del reino, más aún era señor sobre las cosas espirituales que entonces se hacían por reverencia y por honra de los dioses en que ellos creían, y por eso lo llamaban rey, porque regía tanto en lo temporal como en lo espiritual. Y señaladamente tomó el rey nombre de nuestro señor Dios, pues así como Él es dicho rey sobre todos los otros reyes, porque de Él tienen nombre, y Él los gobierna y los mantiene en su lugar en la tierra para hacer justicia y derechos, así ellos están obligados a mantener y a gobernar en justicia y en verdad a los de su señorío. Ver Las VII Partidas, II, I, 5-6.*

<sup>12</sup>El caso más conocido es el de don Álvaro de Luna en el reinado de Juan II, favorito del soberano de Castilla, quien creó un "partido del rey", quien a la postre lo mandó al cadalso. Enrique II, su hijo tuvo numerosos privados o validos, de los cuales no es el menos importante don Beltrán de la Cueva, a quien los demás nobles acusaban en sordina de ser el verdadero padre de la hija del rey, doña Juana, motejada como "la Beltraneja".

en su reinado. La Monarquía Hispánica así fundada se expresaba en su carácter sustancial de Estado de Derecho, con los monarcas como garantes de las libertades y fueros de sus vasallos, con el deber fundamental de proporcionar a estos el “buen gobierno”, imparcial y justo para todos, que se expresaba por excelencia en su carácter de supremos jueces, función que cumplieron personal y habitualmente.

Los múltiples aspectos, reformas y creaciones institucionales que ambos monarcas llevaron a cabo en sus respectivos reinos y la política de implantarlas de común acuerdo, tanto en el derecho público de la época como el derecho privado y común de raigambre medieval y romana, nos permiten explicar el por qué los cronistas e historiadores inmediatos a su gobierno lo bautizaron como la “edad de oro”<sup>13</sup>.

Sobre la base de la obra de los monarcas católicos se desarrolló un riquísimo pensamiento político hispano en donde se salvaguardan las libertades del pueblo frente a los derechos de los monarcas<sup>14</sup>. Las obras de Vitoria, Suárez, Molina, Mariana y otras, todas ellas difundidas en América, demuestran que en la mentalidad de los españoles peninsulares y americanos se encontraba presente este cuerpo de ideas<sup>15</sup>.

Levaggi nos recuerda a Francisco de Vitoria, el gran dominico, dotado de esa sorprendente y avanzada mirada sobre la realidad americana, que sostuvo que el origen de la autoridad le pertenecía por constitución divina a la república. *Y la causa material en la que tal potestad reside, por Derecho natural y divino, es la misma república, a la que compete gobernarse y administrarse a sí misma, y dirigir todas sus potestades al bien común*<sup>16</sup>.

Eyzaguirre ha destacado adecuadamente la importancia de las ideas de Francisco Suárez y Luis de Molina, los padres jesuitas que llevaron las antiguas ideas políticas de San Isidoro y al pensamiento escolástico consagrado en las Partidas de Alfonso X, a su culminación. Es una con-

---

<sup>13</sup>El mejor y más clásico ejemplo es el del cronista don Fernando del Pulgar, contemporáneo de los monarcas. Ver Del Pulgar, Fernando, *Crónica de los Reyes Católicos*, 2 tomos, de Mata Carriazo, Juan (editor), Marcial Pons, Granada, 2008, 458 y 526, respectivamente.

<sup>14</sup>Ver Meza Villalobos, Néstor, *Historia de la política indígena del Estado español en América 1474-1974*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1975, 227.

<sup>15</sup>Notable es la concepción acerca del origen de la sociedad política y del poder público, según la cual la autoridad procede de Dios, pero por derecho natural radica en el cuerpo político, el cual, no pudiendo ejercerlo por sí, lo confiere a una o varias personas, de donde no había otro poder legítimo que el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad. Integra tal concepción política, contraria al cesarismo romano, la de la subordinación del Príncipe a las leyes, poniendo como límite a la autoridad legítima del soberano, las normas eternas del Derecho Natural y proclamando que la ley humana debe conformarse a la divina y a la natural. Ver Levene, Ricardo, *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956, 36.

<sup>16</sup>Ver en Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho argentino (castellano-Indiano/Nacional) Estatal, Económico, Laboral*, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, 11.

cepción jurídico-política *viva y popular de la monarquía española del renacimiento y del barroco*<sup>17</sup>.

La idea es conocida, siendo Dios el origen de toda potestad, el poder político desciende desde el Creador al titular del mismo, por medio del pueblo y por su libre consentimiento, pues el estado natural de los hombres es su libertad. Pero el pueblo, en la concepción de Suárez<sup>18</sup>, no es una simple agregación numérica de voluntades individuales, como afirmarí­a más tarde la filosofía ilustrada francesa, sino una “entidad moral orgánica”<sup>19</sup>. La comunidad humana se constituye por un acuerdo voluntario destinado a alcanzar el bien común, para lo cual erige desde su propio seno a la autoridad encargada de lograrlo. Por ello, destaca Molina<sup>20</sup>, siendo Dios la fuente del poder, toca al pueblo elegir al encargado de ejercerlo libremente, de forma que, si se ha fijado la fórmula hereditaria en forma de monarquía, cada nuevo rey recibe la potestad no del Altísimo sino del pueblo que consiente<sup>21</sup>.

De allí la ceremonia de las Juras de los Reyes, en donde el monarca debía ratificar el pacto con su pueblo, jurando defender, respetar y gobernar de acuerdo a las leyes, fueros y costumbres de sus vasallos<sup>22</sup>.

Juan de Mariana llevaría estas tesis al punto de justificar el tiranicidio, que tendría lugar cuando el rey se apartara de la ley divina y natural. Esta concepción sería particularmente rechazada por el absolutismo francés<sup>23</sup>,

---

<sup>17</sup>Ver Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1957, 18 s.

<sup>18</sup>La obra en donde Suárez desarrolla esta tesis es su tratado sobre las leyes. Ver Suárez, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, Madrid, 1919, 317 pp.

<sup>19</sup>Ver Lira Pérez, Osvaldo Pbro. SS.CC., “Introducción a la Monarquía Dantesca”, en *La vida en torno*, Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, Santiago de Chile, 2004, 61s.

<sup>20</sup>Ver De Molina, Luis, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, trad. de Manuel Fraga Iribarne, Imprenta de José Luis Cosano, Madrid, 1941, 607.

<sup>21</sup>Ver Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Ideario y ruta. Op. cit.*, 19.

<sup>22</sup>Un ejemplo de lo que decimos lo constituye el viejo y tradicional juramento de los reyes de Aragón.

Dicho juramento fue impuesto en 1348 por las Cortes zaragozanas, para prestarse al subir un nuevo rey al trono, y era luego seguido del juramento del pueblo. Al parecer su origen semilegendario se encuentra en los llamados Fueros de Sobrarbe.

La fórmula se explica por sí sola: *Nos, que valemos tanto como Vos, que no valéis más que Nos, os juramos como príncipe y heredero de nuestro reino, con la condición de que conservéis nuestras leyes y nuestra libertad, y haciéndolo Vos de otra manera, Nos no os juramos.*

En 1711 Felipe V, primer borbón en el trono español abolió dicha Jura invocando la traición de los aragoneses en la Guerra de Sucesión. Ver Sitio *web* de la Arquidiócesis de Sevilla, disponible en <http://www.archisevilla.org/el-juramento-de-los-reyes-de-aragon/> (06-07-2017).

<sup>23</sup>Es conocido el impacto que el libro del Padre Mariana, *De Rege, et regis institutione*, tuvo en Francia, en donde el Rey ordenó su quema en público, mientras que en España merecía una respetuosa felicitación del monarca, don Felipe III de Austria. Un análisis reciente sobre la originalidad de este tratado se contiene en Merle, Alexandra, *El De rege de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio: ¿un discurso de ruptura?*, en *Criticón*, 120-121, 2014,

pero merecería la calurosa felicitación de don Felipe III de España. Mariana distinguía entre la tiranía de origen y la de ejercicio, pero en el extremo, en ambas, admitía la legitimidad de dar muerte al tirano. Así dice respecto del tirano de origen: *Todos los teólogos y filósofos convienen en que al príncipe, que por medio de la fuerza y de las armas ocupó la república sin derecho alguno y sin el consentimiento de los ciudadanos, es lícito a cualquiera quitarle la vida y despojarle del trono; pues que... se reviste de todo el carácter de un tirano... , y del de ejercicio: Mas si el príncipe ha sido elevado al trono por consentimiento del pueblo o por derecho hereditario, entonces se deben tolerar todos sus vicios... Pero si el rey atropella la república... y no hubiere otro medio más oportuno de defenderse... se podrá quitar la vida al príncipe, declarado enemigo público*<sup>24</sup>.

En América sería el siglo XVII en donde se desarrollara el pensamiento jurídico político de la población del reino de Chile. Fue en esta centuria, el denominado Barroco Indiano, en donde se consolidaron definitivamente las instituciones municipales, que desarrollaron una actividad permanente y que poco a poco fueron controladas casi íntegramente por americanos. Considerando el virtual aislamiento de las pocas ciudades existentes en un inmenso territorio, y una autoridad política casi permanentemente ocupada de la dirección de la Guerra de Arauco en la frontera, es muy natural que la mentalidad de autonomía heredada de los fueros castellanos<sup>25</sup>, se exprese aquí sin los contrapesos que hicieron languidecer a los ayuntamientos en Castilla, sumado todo ello a la enorme distancia que separaba al Monarca y a su corte de las posesiones americanas. Los cabildos hicieron sentir su peso en la formación de una mentalidad política compleja y muy anclada en el sentir general de los vecinos<sup>26</sup>, aun cuando se trataba de costumbres y de modos de actuar que eran muchas veces centenarios, y que habían nacido muy lejos, en el contexto de la guerra de reconquista hispánica<sup>27</sup>.

---

89-102. Ver, igualmente, Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Historia de las Instituciones políticas y sociales de Chile*, 8ª edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1988, 39.

<sup>24</sup>Ver De Mariana, Juan, *De Rege et de regis institutione*, traducido al español, 2ª edición, Imprenta de la Sociedad Literaria y tipográfica, Madrid, 1845, 74 ss.

<sup>25</sup>Los Austrias se distinguen por la descentralización administrativa, siendo su institución típica el Cabildo y afirmándose, además, la precedencia de las leyes provinciales o territoriales dictadas por las autoridades con potestad legislativa (Virreyes, Adelantados, Gobernadores, Audiencias, Cabildos, Consulados, Universidades). Ver Levene, Ricardo, *El mundo de las ideas*. Op. cit., 143.

<sup>26</sup>...el Cabildo ...se halló fuertemente condicionado por los grupos sociales de mayor influencia (vecinos), y por la burocracia de la Corona... su presunta contraparte. No obstante las limitaciones dichas era el único portavoz de la comunidad. Con mayor fuerza cuando revestía la forma de "cabildo abierto". Ver Vial Correa, Gonzalo, *Chile, cinco siglos de historia, desde los primeros pobladores prehispánicos hasta el año 2006*, Tomo 1, 2ª edición, Editorial Zigzag, Santiago de Chile, 2010, 175.

<sup>27</sup>Hubo una especie de pacto colonial característico de la época de los Austrias que perduró en las primeras etapas del gobierno de los Borbones.

Asimismo, eran los cabildos, en su indicado carácter de órganos representativos del reino, los que exigían a las nuevas autoridades políticas, un juramento de acatar las leyes, usos y costumbres del país, no obstante que en rigor no existían fueros de origen medieval en América. Alemparte lo destacó en su estudio sobre los cabildos en el Reino en Chile. Eran las autoridades comunales las que requerían de los Capitanes Generales un juramento de guardar y respetar las leyes y costumbres del reino. Asimismo, se encargaban de organizar las ceremonias de “Jura” de cada nuevo monarca, representado en América por retratos oficiales, que eran recibidos con la pompa, respeto y jolgorio que se habría debido al personaje de carne y hueso<sup>28</sup>.

En Chile, desde la instalación de la Real Audiencia, en 1609, los cabildos perdieron, al menos en teoría, sus facultades políticas, pero hubo algunas potestades que nunca sufrieron mengua hasta después del proceso de independencia<sup>29</sup>.

El mejor ejemplo de lo indicado fue la destitución del Gobernador Antonio de Acuña y Cabrera en 1655<sup>30</sup>. Su mala gestión que había dejado al Reino al borde de la anarquía, una rebelión indígena y acusaciones de nepotismo y enriquecimiento ilícito, el Cabildo de Concepción, llamó a los vecinos más destacados a reunirse en Cabildo Abierto, el 20 de febrero de 1655. Fue dicho cabildo el que tomó la decisión de desposeer al Gobernador de sus cargos, acusándolo de los graves cargos indicados<sup>31</sup>.

---

*Pacto aquel que resultaba por completo necesario porque el gobierno estaba lejos y era débil y los funcionarios locales demasiado cerca de las élites y grupos de presión locales como para poder eludir sus exigencias. Estas flaquezas imponían como necesaria una forma de gobernar en la que primaba, frente a la imposición y a la orden jerárquica e indiscutible, la negociación y el cabildeo. Por debajo de las formalidades y las instrucciones escritas, fluía el arreglo informal y los apaños. Tenían estas formas de administrar un espacio adecuado en el que desarrollarse porque el sistema de gobierno establecido en los siglos XVI y XVII era muy descentralizado, de manera que estaba en la mano de las autoridades territoriales decidir sobre el contenido de políticas o acuerdos particulares de importancia, tanto en materias económicas como sociales. Aunque el gobierno central retuvo poderes para intervenir en los asuntos más relevantes, no siempre estuvo dispuesto a hacerlo o tuvo algo que decir. Ver Muñoz Machado, Santiago, *Hablamos la misma lengua, Historia política del español en América, desde la Conquista a las Independencias*, Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2017, 393.*

<sup>28</sup>Ver Alemparte Robles, Julio, *El Cabildo en Chile colonial*, 2ª edición aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, 106 ss.

<sup>29</sup>*El Poder comunal representaba en Indias la soberanía naciente del pueblo, como lo había representado en Castilla y León y así lo establecen expresamente las Leyes de Partida (Partida II, Título X, Ley I) sobre “qué quiere decir pueblo”. Ver Levene, Ricardo, *El mundo de las ideas*. Op. cit., 259.*

<sup>30</sup>Ello no obstante que, como se ha dicho, con la creación de la Real Audiencia de Santiago de Chile, en 1609, las leyes de Indias habían despojado a los cabildos de sus atribuciones políticas de nombrar o destituir a los gobernantes, para trasladar dichas competencias a los tribunales superiores. Ver Alemparte Robles, Julio, *El Cabildo*. Op. cit., 100.

<sup>31</sup>Ver Amunátegui, Miguel Luis, *Los precursores de la Independencia de Chile*, tomo 2, Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1910, 306 ss.

La asamblea pronunció dicha resolución a los gritos de “*Viva el Rey, muera el mal gobierno*”, tradicional pronunciamiento por el cual la población expresaba que su determinación no era en contra del soberano, sino contra la autoridad que había abusado de la confianza del rey y que causaba daño al gobierno de Su Majestad<sup>32</sup>.

### III. LA MONARQUÍA HISPÁNICA BAJO LOS REYES CATÓLICOS

Revisemos la obra política de los Reyes Católicos, que permitió renovar las instituciones de sus reinos<sup>33</sup> y fundar la Monarquía Hispánica<sup>34</sup>, sistema político que se proyectó en el Nuevo Mundo.

Ella se expresa fundamentalmente en 3 aspectos principales<sup>35</sup>:

- a) La revitalización de las Cortes castellanas y su relación con la Corona.
- b) La ordenación del derecho en Castilla y
- c) La formación de las recopilaciones de leyes.

En relación a las Cortes<sup>36</sup>, como sabemos, son las herederas de la antigua curia regia extraordinaria o plena medieval, que poseía el poder de aprobar los servicios o impuestos directos que la Corona precisaba para hacer frente a gastos excepcionales.

Estas asambleas representativas de los estamentos del reino medieval estaban compuestas en su origen por los nobles, los clérigos y los dele-

---

<sup>32</sup>Entre otras muchas muestras de similar pensamiento político puesto en acción, podemos recordar que a lo largo del siglo XVII hubo reacciones análogas en todo el hemisferio, como la rebelión de los criollos mexicanos contra el Marqués de Gelves, don Diego Carrillo de Mendoza y Pimentel, Virrey de Nueva España en 1624, ver Martínez De Vega, María Elisa. “El marqués de Gelves: un militar del siglo XVII novohispano”, en *Militaria: revista de cultura militar*, Nº 2, 1990, 87-102. O la que debió enfrentar el Gobernador de Paraguay, don Sebastián Félix de Mendiola en 1691.

<sup>33</sup>Es habitual estudiar el reinado de doña Isabel y don Fernando dividiendo los aspectos de su gobierno en 5, la reunificación de la Península, la reivindicación de la soberanía real, la reforma de la Iglesia, la empresa colombina y la reordenación del Derecho. En esta oportunidad solo aludimos a la última. Ver Andrades Rivas, Eduardo, *Los reyes católicos. Op. cit.*

<sup>34</sup>No resulta habitual el abordar el riquísimo periodo histórico correspondiente al reinado de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, desde un punto de vista estrictamente jurídico. Los múltiples aspectos y reformas que ambos monarcas llevaron a cabo en sus respectivos reinos y la política de implantarlas de común acuerdo, hacen que el tema de las reformas jurídicas no sea un asunto prioritario desde el punto de vista de la historiografía.

<sup>35</sup>Ver Suárez Fernández, Luis, *Isabel I, la Reina*, Editorial Ariel S.A. 3ª edición, Barcelona, 2002. 496 pp.

<sup>36</sup>Ver Elliot, John H. *La España Imperial 1469-1716, Consolidación de la autoridad real de Castilla*, 6ª reimpresión, Ediciones Vicens Vives S.A. Barcelona, 1998, 87 ss. y Pérez, Joseph, *La España de los Reyes Católicos, “3. Las Cortes en la vida política”*, Arlanza Ediciones S.A., Madrid, 2004, 50 ss.

gados de las ciudades<sup>37</sup>. Sin embargo, al contrario de lo ocurrido con el Parlamento inglés, los nobles y el clero renunciaron tempranamente a integrarlas y, correlativamente, los reyes tampoco estaban obligados a convocarlos, por lo que su asistencia era muy escasa o virtualmente inexistente. Por ello las Cortes se transformaron en un órgano de representación de las oligarquías de las ciudades del reino.

Ha de aclararse que esta representación estaba lejos de constituir un mandato democrático, pues tenía dos obvias limitaciones: en primer lugar, la corona conservaba la capacidad para influir y prácticamente determinar quiénes serían los dos consejeros o diputados electos por cada ciudad<sup>38</sup> y en segundo lugar, las ciudades con representación en este órgano eran una minoría, aunque sin duda las principales de todo el reino<sup>39</sup>.

Con todo, eran el órgano de mayor representación popular dentro de Castilla y se las consideraba como un legítimo ente de importancia política. Son especialmente sensibles a los intereses de las clases medias comerciantes de las ciudades.

Como ya hemos dicho su gran poder consiste en aprobar los servicios o impuestos directos que solicitan los monarcas cuando las circunstancias lo hacen necesario. Este es el momento en el que los representantes de cada ciudad pueden plantear sus sugerencias, quejas o reclamos al trono y es deber de la Corona atender estas solicitudes.

Debido a ello, don Fernando y doña Isabel creyeron encontrar en las Cortes el instrumento apto para acabar con los abusos y prebendas injustificadas de una nobleza demasiado independiente. En la lucha por asentar las bases de una monarquía moderna, estas asambleas prestaron un inestimable servicio a la Corona<sup>40</sup>.

Por su parte la labor de reordenar el derecho fue el resultado de un proceso largo de más de tres siglos de recepción del Derecho Común

---

<sup>37</sup>Que serán llamados comunes en Inglaterra, o burgueses en Francia.

<sup>38</sup>Desde 1429 se había limitado el número de estos representantes ciudadanos a dos por mandato de la propia Corona. Con ello se reaccionaba frente a la pretensión de las ciudades más importantes de contar con un número mayor de procuradores.

<sup>39</sup>A la época de los Reyes Católicos las ciudades representadas en las Cortes eran: Ávila, Burgos, Córdoba, Cuenca, Guadalajara, Jaén, León, Madrid, Murcia, Salamanca, Segovia, Sevilla, Soria, Toledo, Toro, Valladolid y Zamora, a las que se agregaría Granada tras su conquista en 1492. Solo 18 ciudades de más de 1.000 villas y pueblos, pero ellas concentraban 30% de la población total del reino.

<sup>40</sup>Las Cortes más importantes del reinado fueron las de Madrigal en 1476, las de Toledo de 1480 y las de Toro de 1505. Las primeras trataron de la creación del cuerpo policial conocido como Santa Hermandad, la reorganización de la Chancillería y de la Contaduría Mayor. Las segundas aprobaron el Acta de Reasunción, por la que los reyes pasaron a percibir directamente los impuestos y a administrar las tierras de realengo, ambos usurpados antes por la alta nobleza y solicitaron a la Corona la ordenación del Derecho en forma de un nuevo código legal. Las últimas, convocadas por don Fernando, en representación de su hija enferma doña Juana de Castilla, aprobaron las llamadas Leyes de Toro que ordenaron el derecho vigente y prohibieron la doctrina de los juristas del *ius commune*.

en el reino de Castilla. A fines del siglo XV la doctrina de este complejo jurídico había producido un verdadero caos. Un efecto perverso y, sin duda no deseado, del florecimiento de la ciencia del derecho en la época del Humanismo.

Por ello, una de las preocupaciones de los Reyes Católicos fue la ordenación de la doctrina jurídica vigente en Castilla. Doña Isabel y don Fernando inician la ardua labor de ordenar el Derecho Castellano, que había empezado a dar muestras inequívocas de saturación y caos.

La enorme cantidad de opiniones doctrinarias dificultaba o imposibilitaba la labor judicial, por lo que en 1499, mediante Pragmática dada en la ciudad de Madrid, destinada a simplificar los pleitos y evitar los excesos de los abogados y procuradores<sup>41</sup>, ordenaron que desde ese momento en adelante solo pudiera invocarse en juicio la opinión de Baldo de Ubaldis y Bártolo de Saxoferrato en materias civiles y la de Juan Andrés y Nicolás Tudeschi<sup>42</sup> en materias canónicas.

La fórmula elegida por los soberanos nos recuerda a la conocida Ley de Citas del derecho romano, pero al igual que ella, la Pragmática no logró una plena solución al problema. Es cierto que, de cientos de juristas, limitaba la consulta o referencia de los jueces a solo dos por cada orden (civil o canónico), pero la verdad es que las opiniones de estos jurisconsultos seleccionados variaba entre sí, e incluso, como en el caso de Baldo y Bártolo, podían encontrarse numerosas diferencias entre las obras escritas en distintas etapas de su vida.

Se hacía necesario entonces encontrar una respuesta definitiva.

Tras la muerte de doña Isabel, don Fernando convocó a las Cortes en Toro, el 11 de enero de 1505, proclamándose reina a su hija Doña Juana. De ellas saldría el famoso Ordenamiento o Leyes de Toro, en el que se reiteraba el orden de prelación de leyes del ordenamiento de Alcalá<sup>43</sup>. Y la primera de las leyes del nuevo ordenamiento derogó la Pragmática de Madrid y prohibió la aplicación de la doctrina de los juristas del derecho común. Pero dicha prohibición no pudo impedir que la doctrina se siguiera estudiando en las Universidades castellanas y utilizando por los jueces.

---

<sup>41</sup>Ver Caballero, Julián. "Los Reyes Católicos y los procuradores", en *Historia y Derecho*, publicación electrónica. Octubre, 2004, 57 a 62. <http://www.cgpe.es/descargas/revista/52/57-62HISTORIA.pdf>. (21-01-2019). Caballero afirma: "En el afán de doña Isabel y don Fernando por la modificación y modernización de las estructuras judiciales volvieron a dictar otro cuerpo jurídico, las Ordenanzas de Madrid de 1499, con el propósito de abreviar los pleitos, en las que se volvía a achacar a abogados y procuradores ciertos de los males...", Ver Caballero, Julián. "Los Reyes Católicos y los procuradores", 60.

<sup>42</sup>También llamado el "Abad Panormitano", por haber ejercido dicha dignidad en la ciudad de Palermo, Sicilia.

<sup>43</sup>Ver Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*. 2ª edición revisada, Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, 684.

Igualmente, y en directa relación con la reforma del *ius* y la interpretación judicial, se encuentra el deseo de los monarcas por acabar con los usos y cargas medievales más arcaicos, cuya vigencia imponía una seria limitación al desarrollo de las clases medias en el reino.

El caso más grave al respecto era el de los antiguos usos en Galicia<sup>44</sup>. Una Pragmática dada en Medina del Campo, el 28 de octubre de 1480, dio término a la sujeción de los hombres de señorío a la tierra o villa y les permitió abandonarlas sin perder sus bienes.

Con ello se lograba nada menos que la liquidación del núcleo del antiguo sistema señorial y el reconocimiento de la libertad de traslación o personal en todo el reino de Castilla, no solo en Galicia. Mediante este expediente “*se cancelaron explícitamente todos los residuos de vinculación a la gleba que perduraban en Galicia y otras regiones. Se reconoció asimismo la condición de vasallos libres a todos los campesinos del reino...*”<sup>45</sup>.

En lo que toca a los órganos de justicia, ellos colaboraron en la tarea de ordenar el derecho cumpliendo un papel preponderante en la renovación de las instituciones jurídicas. Esta función fue confiada a los corregidores, el Consejo Real o de Castilla y las Chancillerías y Audiencias reformadas y creadas por los Reyes Católicos en una época temprana de su dilatado gobierno. Los corregidores fueron, en efecto, funcionarios de designación real impuestos por los Reyes Católicos a todas las villas y ciudades en virtud de los acuerdos de las Cortes de Toledo de 1480.

Desde la celebración de las Cortes de Toledo en 1480, los reyes emprendieron el camino de reformar los máximos órganos de justicia del reino castellano partiendo por el Consejo Real, denominado a contar de ese momento como “Consejo de Castilla”. El Consejo había sido creado por San Fernando III, como heredero de la Curia Regia Ordinaria y a partir de 1385 había sido la sede de las grandes decisiones del reino<sup>46</sup>. Este órgano pasaría a ser la cabeza de la administración del reino y a la vez el Supremo Tribunal, tan solo bajo los propios monarcas.

La principal reforma introducida por los soberanos consistió en despojar a los nobles hereditarios de su asiento en el Consejo. Con el asentimiento de las Cortes de Toledo, los grandes fueron reemplazados por consejeros “togados” o letrados. En efecto, el consejo pasó a integrarse por un prelado que lo presidía<sup>47</sup>, tres caballeros y 8 o 9 letrados, con lo que en la práctica, el Consejo era dominado por estos últimos. Los grandes, titulares

---

<sup>44</sup>Ver Payne, Stanley G., *Historia de España, La España Imperial, Desde los Reyes Católicos hasta el fin de la Casa de Austria*, Editorial Playor, Madrid, 1985, 15 y 16.

<sup>45</sup>*Ibidem*, 16.

<sup>46</sup>*Ibidem*, 14.

<sup>47</sup>A partir de la creación de este cargo de Presidente en 1489, este estuvo encargado de determinar si se dictaminaba o “libraban por cámara” los asuntos importantes, es decir, previa deliberación formal del Consejo o si se resolvía “libraba por expediente” o sin vista formal, los asuntos ordinarios. Ver Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José, *Historia del Derecho*

de las dignidades de Condestables o Almirantes de Castilla hubieron de consentir en que ellas quedaran reducidas a simples honores protocolares<sup>48</sup>. Conservaban su derecho a asistir al Consejo pero solo con derecho a voz, por lo cual rápidamente dejaron de presentarse en sus sesiones<sup>49</sup>.

De esta manera la preeminencia del estamento letrado en el Consejo se hizo incontrastable y su función como máximo órgano judicial del reino se volvió predominante junto a su papel administrativo. Se dispuso que los oidores o letrados sesionaran separados en secciones. Funcionaba separado en cinco “Salas” que trataban materias Internacionales, Apelaciones, cuestiones de Hacienda, Hermandades y Reinos de Aragón<sup>50</sup>. De esta manera podían despachar mayor número de cuestiones y las que se sometiesen a la sanción o “consulta” real eran las verdaderamente importantes<sup>51</sup>.

Papel vital cumplían, para comunicar al Consejo con los reyes, los secretarios, que aunque dependientes del Consejo, debían de contar con la confianza exclusiva de los soberanos. Estos adquirirían una importancia cada vez mayor en los reinados de Carlos I y Felipe II, desempeñándose en la práctica como ministros del despacho, aunque sin llegar a ostentar dicha condición oficialmente o el poder que le es inherente<sup>52</sup>.

Los reyes conservaron, como hemos dicho, el derecho de administrar justicia por sí mismos, como una de las prerrogativas distintivas de su condición de monarcas: doña Isabel y don Fernando acostumbraban recibir en audiencia los días viernes a quienes acudían a demandar la revisión de sus causas ante el trono<sup>53</sup>. Pero fueron los últimos monarcas en cumplir tal cometido en forma personal<sup>54</sup>.

A la época del inicio del reinado de doña Isabel, la única Chancillería en funciones dentro del reino castellano era la de Valladolid<sup>55</sup>, pero la enorme cantidad de trabajo acumulado obligó a que se abriera una

---

*Español*, tomo II, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, 1255.

<sup>48</sup>Cfr. Elliot, J.H. *La España Imperial*. *Op. cit.*, 92.

<sup>49</sup>Cfr. Pérez, Joseph, *La España de los Reyes Católicos*. *Op. cit.*, 49.

<sup>50</sup>Ver Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José, *Historia del Derecho Español*. *Op. cit.*, 1255.

<sup>51</sup>El 18 de septiembre de 1480, los reyes crearon el Supremo Consejo de Aragón, dando inicio a una política que sus sucesores completarían hasta dar forma al llamado gobierno “sinodal”, compuesto de variados consejos especializados dependientes directamente de la Corona. Ver Suárez Fernández, Luis, *Fernando el Católico*, Ariel, Barcelona, 2004, 88.

<sup>52</sup>Ver Suárez Fernández, Luis, *Isabel I, la Reina*. *Op. cit.*, 106.

<sup>53</sup>Sus decisiones, como resulta obvio de apuntar, eran inapelables.

<sup>54</sup>Fueron los últimos soberanos occidentales en ejercer tal función siguiendo así la tradición de San Luis IX de Francia (1226-1270). Con posterioridad, solo el rey de Polonia, Juan III Sobieski (1674-1696), en pleno siglo XVII, reviviría por pocos años la costumbre de hacer justicia directamente.

<sup>55</sup>La audiencia de Valladolid fue creada por las Cortes de Toro de 1371, convocadas por Enrique II y su sede en dicha ciudad fue obra de los Reyes Católicos. Ver [http://cvc.cervantes.es/obref/arnac/valladolid/\(19-01-2019\)](http://cvc.cervantes.es/obref/arnac/valladolid/(19-01-2019)).

“Audiencia”<sup>56</sup> auxiliar en Galicia, para conocer de las causas originadas en el norte del reino. Esta Real Audiencia, la primera en su tipo en todo el reino y modelo para las audiencias Indianas, sería establecida por Real Cédula de los Reyes Católicos dada en Toledo, el 3 de agosto de 1480.

El 13 de abril de 1486 los Reyes Católicos dictaron sus ordenanzas<sup>57</sup>. En virtud de ellas se establecía que estaba compuesta por 11 miembros, los cuales duraban 2 años en sus cargos renovándose por mitades todos los años. Su presidente era siempre un prelado y además la formaban cuatro oidores, tres jueces (alcaldes), un fiscal y dos abogados de pobres, más funcionarios subalternos. Se dividía en salas: una criminal y cuatro civiles, dos de ellas especializadas: una en cuestiones de hidalgos y la otra para los oriundos vizcaínos<sup>58</sup>.

Con el tiempo, la Chancillería de Valladolid llegó a estar integrada por 16 letrados u oidores y se dividía en su funcionamiento en cuatro salas o tribunales, tres de ellas encargadas de cuestiones civiles y la restante de los asuntos criminales.

No obstante la nutrida jurisprudencia de esta Chancillería, en 1494 era evidente que sus integrantes estaban claramente desbordados por una cantidad enorme de trabajo. Por ello la Corona, consciente de su deber de dispensar justicia, decidió la creación de una segunda Chancillería en Ciudad Real. En 1505 fue trasladada a su asiento definitivo en Granada. El límite de la jurisdicción de ambas fue fijado en la línea del río Tajo. La competencia territorial de la Chancillería granadina era enorme, pues comprendía los territorios situados al sur del Tajo y las Canarias, más todos los territorios descubiertos en el Nuevo Mundo. Hasta la implantación de la Real Audiencia de Santo Domingo<sup>59</sup> en 1511, la Chancillería de Granada sería el mayor tribunal de justicia del hemisferio occidental.

De las sentencias pronunciadas por las Chancillerías era posible apelar en última instancia ante el Consejo de Castilla, con lo que se lograba la imposición de criterios uniformes en materia de derecho común por la vía de la jerarquización orgánica y por grados de los tribunales castellanos.

El legado de los reyes católicos en esta materia trascendería a su época y sería la verdadera base del sistema judicial indiano posterior y en buena medida el antecedente remoto del actual sistema judicial republicano.

Finalmente los Reyes Católicos se preocuparon por poner orden en el caótico sistema jurídico castellano derivado de la adopción sucesiva de las instituciones del derecho común. Pero sus esfuerzos no podían ser

---

<sup>56</sup>La expresión “Audiencia” alude a la característica propia de este tipo de tribunales. Son integrados por “oidores” (jueces) que se imponen de oídas de los pleitos, mediante la relación que practica un funcionario de su confianza denominado “relator”. De allí que el conocimiento que toman de las causas es *ex auditur* y por eso el nombre del tribunal.

<sup>57</sup>Ver Pérez, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos. Op. cit.*, 96.

<sup>58</sup>*Idem.*

<sup>59</sup>Ver Suárez, Fernández, Luis, *Fernando el Católico. Op. cit.*, 428.

completos mientras no se dispusiese de un texto jurídico que unificara la legislación hasta entonces dispersa. Era necesaria una recopilación que contuviera de forma definitiva todas las leyes vigentes y aplicables dentro del reino.

Era, por lo demás, el encargo específico que la Reina había recibido de las Cortes de Toledo de 1480, que tanto habían auxiliado a la monarquía en los comienzos del reinado y en su lucha por despojar a los grandes nobles del poder que habían usurpado por largo tiempo.

En respuesta a tal demanda, los reyes designaron al destacado jurista de la Corte el licenciado Alonso Díaz de Montalvo para llevar adelante la labor recopiladora. Fueron cuatro años los que el jurista invirtió en la compilación de todo el vasto material legislativo vigente. Así, en 1484, dio por terminada su tarea entregando a los monarcas el texto de la primera Recopilación de Derecho en la historia de Castilla. No obstante, el trabajo de Díaz de Montalvo no produjo los resultados esperados. De hecho nunca fue promulgada por los Reyes.

La recopilación, impresa con el título de “Ordenanzas Reales de Castilla” pero más conocida como “Ordenamiento u Ordenanzas de Montalvo”<sup>60</sup> presenta muchos defectos de redacción que explican el porqué nunca recibieron la sanción real.

Pese a lo indicado, los Reyes ordenaron que en todas las villas y lugares del reino se dispusiera de copias del Ordenamiento de Montalvo<sup>61</sup> con el objeto de que los corregidores y alcaldes fallaran los juicios según él<sup>62</sup>. Ello explica el gran número de ediciones que alcanzó la obra<sup>63</sup> aprovechando la reciente introducción de la imprenta en Castilla. Es por esto que, pese a sus defectos, merece el calificativo de primera recopilación del derecho castellano.

Conscientes de que este primer esfuerzo compilador no había sido suficiente para satisfacer la demanda de las Cortes de Toledo, los Reyes ordenaron al Consejo de Castilla, que había sido reorganizado por ellos mismos entre 1480 y 1489, que “*compilara y corrigiese las pragmáticas y provisiones de sus antecesores*”<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup>Ha de aclararse un punto interesante respecto de la denominación de la colección recopilada por Montalvo. Esta primera recopilación no reviste la forma jurídica de un “Ordenamiento de Corte” (ley solemne otorgada por el Rey junto con las Cortes). Al no haber sido siquiera sancionado por la reina o el rey, la denominación de “ordenamiento” es injustificada. Es una mera recopilación privada, pero la actitud de la Corona a su respecto permitió que dicha nomenclatura fuera aceptada. Es una muestra del creciente poder de la monarquía, que estaba estableciendo las bases del Estado Moderno.

<sup>61</sup>Nos dice Pérez: *Cada municipio de más de doscientos vecinos está obligado a adquirir ese volumen, vendido a 700 maravedíes, “para que por él juzguen los alcaldes”*. Ver Pérez, Joseph, *Isabel y Fernando, Los Reyes Católicos*. *Op. cit.*, 96.

<sup>62</sup>Ver Suárez Fernández, Luis, *Isabel I, la Reina*. *Op. cit.*, 206.

<sup>63</sup>El mismo libro fue editado en 1488, 1495, 1500 y 1513.

<sup>64</sup>Ver Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*. *Op. cit.*, 684.

Esta vez la tarea de compilar las leyes fue confiada al escribano don Juan Ramírez. La obra fue editada por primera vez en 1503 en Alcalá por Ladislao Polono, con el título de *Libro de Bulas y Pragmáticas* y se reconoce Ramírez como su autor<sup>65</sup>. Fue promulgada por una real provisión del mismo año, por lo que, a diferencia de la recopilación de Montalvo, tiene carácter oficial.

Contiene tanto Bulas papales que se pronuncian sobre la jurisdicción regia como las pragmáticas vigentes. Sin embargo, la estructura de la colección es muy deficiente e inferior en calidad al Ordenamiento de Montalvo. Carece de criterios de selección sistemática pues algunas veces los temas se agrupan por personas y otros por materia<sup>66</sup>. Ello explica que la obra haya sido menos conocida y aplicada que la recopilación hecha por Montalvo. En la práctica se le consideró un apéndice a las Ordenanzas Reales de Castilla.

Finalmente tuvo lugar la intervención personal de doña Isabel. La soberana estaba convencida que era necesario un esfuerzo adicional para dar forma a un texto definitivo, que refundiera en uno el libro de Montalvo, el de Ramírez y el propio Fuero Real de Alfonso X, pero las preocupaciones dinásticas relativas a sus sucesivos herederos y sus múltiples enfermedades le impidieron ocuparse del tema hasta el borde mismo de la muerte.

En efecto, solo volverá a ello en el famoso Codicilo de su testamento<sup>67</sup>. En resumen, siguiendo a González Sánchez, podemos afirmar “9.- *Que se haga, conforme a su constante deseo, una compilación de las leyes del Fuero, ordenamientos y pragmáticas, bien ordenadas y depuradas, para bien de sus súbditos. Que las leyes de Las Partidas, sigan en su fuerza y vigor*”<sup>68</sup>.

La labor fue emprendida de inmediato, pero como se trataba de una obra monumental, numerosos redactores fallecieron sucesivamente sin terminar el encargo. Desde don Fernando el Católico a su bisnieto don Felipe II, cada nuevo recopilador partía de nuevo, hasta que el rey prudente dio orden de usar todos los materiales anteriores. Gracias al esfuerzo del licenciado Bartolomé de Atienza, miembro del Consejo Real, en 1567,

---

<sup>65</sup>También se le ha llamado “*Bulario de Ramírez*”.

<sup>66</sup>Ver Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*. Op. cit., 684.

<sup>67</sup>Existe una importante cantidad de estudios sobre este reputado documento, prueba de las admirables dotes de estadista de la reina y de su incomparable devoción al deber, que la llevó a gobernar al borde de la muerte, pero el más reciente de ellos y magnífico monumento historiográfico es el realizado con motivo del 5º Centenario de la muerte de Isabel la Católica con el Auspicio del Arzobispado de Valladolid. Es el que hemos tenido a la vista al redactar este trabajo. Ver González S., Vidal, *El Testamento de Isabel la Católica y otras consideraciones en torno a su muerte*, Edición del Instituto de Historia Eclesiástica “Isabel la Católica”, Arzobispado de Valladolid, Madrid, 2001, 304 pp.

<sup>68</sup>Ver González S., Vidal, *El Testamento de Isabel la Católica*. Op. cit., 200.

sesenta y tres años se dio fin a la obra. Por su importancia y vigencia, esta llamada Nueva Recopilación de Leyes fue el texto fundamental del derecho hispánico durante más de dos centurias. *“La experiencia ha mostrado que... las leyes son establecidas, para que por ellas se haga, y administre justicia, y para que se mande, y ordene lo bueno, y justo, y se prohíba, y vede lo malo, e ilícito y sea regla y medida a todos, a los buenos para que las guarden, y sigan, y a los malos para que se refrenen, y moderen”*<sup>69</sup>.

Este es el legado jurídico de los Reyes Católicos. Su figura se agiganta ante nosotros, herederos de la sociedad a la que dieron forma. Las instituciones jurídicas que patrocinaron están en la base del magno sistema del Derecho Indiano, y este se encuentra en el corazón de nuestro sistema jurídico codificado republicano.

#### IV. BASES ESENCIALES DEL ORDEN JURÍDICO INDIANO, LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS HABITANTES DE LAS INDIAS Y LA SUSPENSIÓN DE LA LEY INJUSTA

El régimen jurídico institucional fundado por los Reyes Católicos se proyectó y consolidó directamente en las Indias Occidentales merced a la decidida actuación de los dos primeros Austrias; el nieto de doña Isabel y don Fernando, el Emperador Carlos V (1516-1556) y su hijo, el Rey Prudente, Felipe II (1556-1598). Estos dos grandes soberanos, dignos continuadores de la obra de sus ancestros, crearon un sistema jurídico complejo, con una vastedad de instituciones que custodiaban y guardaban las libertades, costumbres y fueros de sus vasallos en el Nuevo Mundo.

En primer lugar, hay que considerar la especial condición de dependencia de las Indias Occidentales respecto de la Corona, situación ampliamente arraigada en la mentalidad de los españoles americanos. Desde el nacimiento de la Monarquía Universal que se produce, de *iure*, con la donación pontificia del Papa Alejandro VI en la bula de 4 de mayo de 1493 o segunda Intercaetera, el pontífice cede las islas y tierras descubiertas y por descubrir a los Reyes Católicos, doña Isabel y don Fernando, reyes de Castilla y León, sus herederos y sucesores<sup>70</sup>. Es esta incorporación a la

---

<sup>69</sup>Ver *Nueva recopilación de las leyes destes reynos*, tomo I, Fl. 1. Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640, 788 pp. Edición facsímil, Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 1982.

<sup>70</sup>En su parte dispositiva sostenía el documento de Alejandro VI: *“Et, ut tanti negotii provinciam apostolice gratie largitate donati liberius et audacius assumatis, motu proprio, non ad vestram vel alterius pro vobis super hoc nobis oblate petitionis instanciam, sed de nostra mera liberalitate et ex certa scientia ac de apostolice potestatis plenitudine, omnes insulas et terras firmas inventas et inveniendas, detectas et detegendas versus occidentem et meridiem fabricando et constituendo unam lineam a polo Arctico scilicet septentrione ad polum Antarcticum scilicet meridiem, sive terre firme et insule invente et inveniende sint versus Indiam aut versus aliam quancunque partem, que linea distet a qualibet insularum, que vulgariter nuncupantur*

Corona, la que determina que las Indias no fueron “colonias”, ni dominios del reino de Castilla (ni menos de España, que no existía ni política ni jurídicamente en el siglo XV). Eran una propiedad personal del monarca y sus herederos, bienes de realengo, incorporadas en su patrimonio por concesión directa de la Sede Apostólica<sup>71</sup>, no *aeque principaliter* como Aragón o Navarra, sino por vía de accesión<sup>72</sup>.

Siguiendo la lógica de lo dicho y teniendo, asimismo como antecedente, la disposición testamentaria de su augusta abuela Isabel, que había incorporado jurídicamente las Indias a la Corona de Castilla por la vía de su testamento<sup>73</sup>, ya en los inicios de su reinado, el Emperador declararía

---

*de los Azores et Caboverde, centum leucis versus occidentem et meridiem, ita quod omnes insule et terre firme reperte et reperiende, detecte et detegende, a prefata linea versus occidentem et meridiem, per alium regem aut principem Christianum non fuerint actualiter possesse usque ad diem nativitatís domini nostri Jhesu Christi proxime preteritum a quo incipit annus presens millesimus quadringentesimus nonagesimus tertius*” (traducción española: “Y para que más libre y valerosamente aceptéis el encargo de tan fundamental empresa, concedido liberalmente por la Gracia Apostólica «*motu proprio*», y no a instancia vuestra ni de otro que Nos lo haya sobre esto pedido por vosotros, sino por nuestra mera liberalidad, de ciencia cierta y con la plenitud de nuestra potestad apostólica, por la autoridad de Dios Omnipotente concedida a Nos en San Pedro, y del Vicario de Jesucristo que representamos en la tierra, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León, para siempre según el tenor de las presentes, donamos, concedemos y asignamos, todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir, halladas y por hallar hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y construyendo una línea del Polo Artico que es el Septentrión, hasta el polo Antártico que es el Mediodía, ora se hayan hallado islas y tierras firmes, ora se hayan de encontrar hacia la India o hacia otra cualquiera parte, la cual línea diste de las islas que vulgarmente llaman Azores Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y mediodía, así que todas sus islas y tierra firme halladas y que hallaren, descubiertas y que se descubrieren desde la dicha línea hacia el Occidente y mediodía que por otro Rey cristiano no fuesen actualmente poseídas hasta el día del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo próximo pasado del cual comienza el año presente de mil cuatrocientos y noventa y tres”). Con lo que queda claro que las bulas eran un documento de donación pontificia en la persona de los reyes y no una donación al reino. Ver sitio electrónico Constitución Web, disponible en <http://constitucionweb.blogspot.cl/2012/02/bulas-alejandrin-as-la-segunda-bula.html> (13-01-2019).

<sup>71</sup>Lo afirma de esta forma el doctor Juan López de Palacios Rubios, en su tratado “De las Islas del Mar Océano”, “*La Iglesia es, por tanto, la que únicamente puede conceder a los Príncipes cristianos una nueva conquista contra los infieles...*”. Ver López de Palacios Rubios, Juan y De Paz, Fray Matías, *De las Islas del mar Océano y Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, trad. de Agustín Millares Carlo, Fondo de Cultura Económica, México, 1954, 129.

<sup>72</sup>“...las Indias no son una propiedad privada del rey, sino un bien de realengo, es decir, un dominio público de la monarquía, sometido directamente a la corona y que no puede ser enajenado o entregado a otro señorío”. Ver Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Ideario y ruta*. Op. cit., 22. Llamada también “Unión accesoria”. El principal autor que estudia la naturaleza de esta unión fue don Juan de Solórzano y Pereyra, en su *Política Indiana*, Ver Solórzano Pereyra, Juan, *Política Indiana*, Libro I, capítulo IX, Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1648, 38. En el mismo sentido se pronuncia don Mariano Moreno, quien enseña que “las Leyes de Indias declararon que la América era una parte o accesión a la Corona de Castilla”. Ver Levene, Ricardo, *Las Indias no eran Colonias*, Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 1951, 130.

<sup>73</sup>Cláusula o Capítulo XXXI (Indias, su situación jurídica):

“...E por quel dicho reyno de Granada e las Yslas de Canaria e las Islas e Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas e por descubrir, ganadas e por ganar, han de quedar yncorpo-

la condición jurídica especial y distintiva de las Indias, que las hacían parte esencial de la Monarquía y descartaban su naturaleza “colonial”. Los reinos de América fueron incorporados directamente a la Corona y por ello se volvieron parte indisoluble de ella. Es lo que declaró el César Carlos al ordenar la inalienabilidad de los mismos, comprometiéndose a que por ningún motivo ni él ni sus herederos ni sucesores podrían enajenarlas o entregarlas a otro señor<sup>74</sup>. Esta decisión formaba parte fundamental del pensamiento político del Emperador<sup>75</sup>.

---

*rados en estos mis reynos de Castilla e León, segund que en la bulla apostólica a nos sobrello conçedida se contiene...”.*

Esta cláusula del testamento de doña Isabel la Católica, de 12 de octubre de 1504, dispuso que las Indias descubiertas por el Almirante don Cristóbal Colón, debían de ser incorporadas a la Corona de Castilla y León. Todo ello en concordancia con lo que declaraban las bulas de donación Papal o Bulas Alejandrinas de mayo de 1493, que conferían el dominio de las tierras descubiertas y por descubrir a la indicada Corona de Castilla, dejando claramente fuera de la empresa americana a Aragón (*vobis hereditibusque et successoribus vestris, Castelle et Legionis regibus...*). Era la incorporación de las Indias en la Corona de Castilla y León. Siendo así una propiedad personal de los monarcas, no está sometida a las autoridades castellanas sino únicamente al rey y a las autoridades que este nombre para su gobierno directo, como serán la Casa de Contratación y, más tarde, el Consejo de Indias. Ver Andrades Rivas, Eduardo, *Textos fundamentales. Op. cit.*, 383-386.

<sup>74</sup>La Real Cédula de Carlos I, contenida en la Ley I, Título I, Libro III de la Recopilación de Leyes de Indias, es la mejor prueba de que las Indias nunca fueron colonias. Esta ley fue reiterada en sucesivas oportunidades (del Emperador don Carlos, en Barcelona a 14 de septiembre de 1519, para la Isla Española, el Rey y la reina doña Juana en Valladolid a 9 de julio de 1520, con carácter general, en Pamplona a 22 de octubre de 1523 y el mismo Emperador y el Príncipe gobernador en Monzón de Aragón a 7 de diciembre de 1547, en Madrid, don Felipe II a 18 de julio de 1563 y Carlos II y la reina gobernadora en la recopilación de 1680) según enumera detalladamente Levene, ver Levene, Ricardo, *Las Indias no eran Colonias. Op. cit.*, 48. El texto de la ley es el siguiente: “*Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas, y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad, y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enagenacion de ellas. Y mandamos, que en ningun tiempo puedan ser separadas de nuestra Real Corona de Castilla, desunidas, ni divididas en todo, ó en parte, ni sus Ciudades, Villas, ni Poblaciones, por ningun caso, ni en favor de ninguna persona. Y considerando la fidelidad de nuestros vasallos, y los trabajos que los descubridores, y pobladores pasaron en su descubrimiento y población, para que tengan mayor certeza y confianza de que siempre estarán y permanecerán unidas á nuestra Real Corona, prometemos, y damos nuestra fe y palabra Real por Nos, y los Reyes nuestros sucesores, de que para siempre jamas no serán enagenadas, ni apartadas en todo, ó en parte, ni sus Ciudades, ni Poblaciones por ninguna causa, ó razon, ó en favor de ninguna persona; y si Nos, ó nuestros sucesores hiciéremos alguna donacion ó enagenacion contra lo susodicho, sea nula, y por tal la declaramos*”. Ver en el mismo sentido, Alemarte Robles, Julio, *El Cabildo. Op. cit.*, 34. La ley citada nos sirve también para descartar los supuestos fundamentos de un absolutismo de los Reyes Católicos o de los Austrias, pues difícilmente podría haberse aceptado tal concepción, totalmente anacrónica por lo demás, si la propia Corona se limitaba hereditariamente y para siempre con relación a la disposición de las Indias, que pasaban a perpetuidad a formar parte integrante de la misma. En similar sentido se pronuncia don Ricardo Levene en la obra citada.

<sup>75</sup>Ver Maravall, J.A., “Las etapas del pensamiento político de Carlos V”, en *Revista de estudios políticos*, N° 100, 1958, 93-146.

Su hijo don Felipe II, consciente de esta unión entre ambos márgenes de su monarquía atlántica lo confirmó al titularse “*Hispaniarum et Indiarum rex*”<sup>76</sup>.

Como símbolo de la obra jurídica de ambos Austrias ha de recordarse que todo el territorio americano fue dividido en 14 distritos de Audiencias<sup>77</sup>. La creación de estos numerosos distritos de audiencias permitió que todo el territorio del Nuevo Mundo estuviera bajo la tuición de tribunales colegiados y letrados que eran directos representantes de la majestad real, el Rey-Juez, simbolizada en el uso del Sello real en la expedición de sus sentencias y autos.

Sería don Carlos quien dictaría las Leyes Nuevas, que junto con consagrar un conjunto de normas protectoras de los indígenas, en el mismo sentido que antes habían hecho sus abuelos, estableció lo que en rigor es el núcleo de la Constitución histórica de la Monarquía en las Indias, o el fundamento del Estado de Derecho Indiano.

Las Leyes Nuevas cimentaron el frondoso y complejo sistema de gobierno del continente americano, desde los Virreyes hasta los escalones más bajos del sistema administrativo. Fueron la base del sistema político institucional de las Indias y Filipinas. Bien se les puede denominar como la Carta Magna del sistema indiano.

Pero también dieron origen a un vasto sistema jurídico que tenía por objetivo preservar las libertades de los habitantes de América, tal y como lo habían querido los Reyes Católicos. En tal sentido se entiende la temprana política de los monarcas de permitir y fomentar los matrimonios entre indios y españoles<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup>Ver Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *Ideario y ruta. Op. cit.*, 23.

<sup>77</sup>Las audiencias fueron establecidas en todos los reinos americanos, partiendo por Santo Domingo (1511) en tiempos de Fernando el Católico; Nueva España (1527), Panamá (1538), Guatemala o de los Confines (1543), Lima (1543), Guadalajara o Nueva Galicia (1548), Santa Fe de Bogotá (1548) en el reinado de Carlos V; y Charcas o Alto Perú (1559), Quito (1563) y Concepción (1565-1575) bajo don Felipe II. Y otras 5 en los dos siglos siguientes. Estas Audiencias eran presididas por el Virrey (virreinales), el Gobernador (pretoriales) o el togado decano (subordinadas).

<sup>78</sup>El 29 de marzo de 1503 la Reina Isabel firmaría la primera instrucción por la que se permitían y fomentaban los matrimonios mixtos. Ella ordenaba al Gobernador don Nicolás Ovando que promoviera estos vínculos “*que son legítimos y recomendables porque los indios son vasallos libres de la Corona española*”. Ver *Matrimonios mixtos en América*, sitio electrónico disponible en <http://www.grandesbatallas.es/matrimonios%20mixtos.html> (02-02-2019).

En similar sentido nos dice Maura: “*Los primeros colonizadores tuvieron desde un primer momento el apoyo de las autoridades para contraer matrimonio con indígenas, como efectivamente sucedió. Las mujeres españolas, también bajo la ley, eran alentadas a casarse con indios... “Otrosi: mandamos que el dicho Nuestro Gobernador e las personas que por él fueren nombradas para tener cargo de las dichas poblaciones, e ansí mismo los dichos Capellanes procuren como los dichos indios se casen con sus mujeres en la faz de la Santa Madre Iglesia; e que así mismo procure que algunos cristianos se casen con algunas mujeres indias, y las mujeres cristianas, con algunos indios (Ots, 14: 361)*”. Ver Maura, Juan Francisco,

Es el deseo de constituir una nueva sociedad, que se plasmaría en el Barroco Indiano. Los españoles americanos eran iguales en derechos a los indios y a los españoles europeos, lo que se demuestra por la completa legitimidad de celebrar matrimonios entre dichos grupos, incluyendo a los indígenas. Así lo declaró solemnemente la Ley dictada por don Fernando el Católico sobre la libertad de los indios para contraer matrimonio como quisieran, entre ellos o con españoles<sup>79</sup>.

Es en esta posibilidad de “bodas mestizas”, en que se fundamenta el carácter distintivo del mundo barroco indiano, una sociedad que no es una colonia europea, encerrada en sus barrios exclusivos, sino morena, mestiza y heredera de las dos tradiciones, española y americana<sup>80</sup>.

Igualmente nos encontramos con los llamados derechos políticos de los vasallos de Indias, muy distantes de las grandilocuentes declaraciones de derechos de la ilustración francesa, pero mucho más efectivos en la práctica jurídica. Entre ellos contamos los derechos de rebelión en contra de un mandato injusto o arbitrario de la autoridad política, los sistemas de control de las mismas autoridades, como las apelaciones, las visitas a la tierra y los juicios de residencia. Y una de las más singulares, el sistema de suspensión de la vigencia de la ley injusta, implantado en las Indias por orden de don Carlos I y reiterado por sus sucesores<sup>81</sup>.

---

*Adelantadas, virreinas y aventureras en los primeros años de la conquista de América*, Vermont, 2002, sitio electrónico disponible en <http://parnaseo.uv.es/Lemir/Revista/Revista6/Maura/Maura.htm> (02-02-2019).

<sup>79</sup>La validez de estos matrimonios se declaró en una Real Cédula de 19 de octubre de 1514 dada por don Fernando y doña Juana, su hija en Valbuena, luego confirmada el 5 de febrero de 1515 en Valladolid, y finalmente por don Felipe II y su hermana Juana, la princesa gobernadora, el 22 de octubre de 1556.

Así lo recoge la Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, Libro VI, Título I, Ley 2°: *“Es nuestra voluntad que los Indios, e Indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren, así con indios, como con naturales de estos nuestros Reynos, o Españoles, nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra, que se hubiere dado, o por Nos fuere dada, pueda impedir, ni impida el matrimonio entre los Indios, e Indias con Españoles, o Españolas, y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieren, y nuestras Audiencias procuren que así se guarde, y cumpla”*.

<sup>80</sup>Los más simbólicos de estos matrimonios fueron los que unieron a las princesas incas con los conquistadores y parientes de Santos. Se les representa en un famoso lienzo del siglo XVII que se conserva en la Iglesia de San Ignacio del Cuzco, en donde aparecen representados los enlaces matrimoniales de doña Beatriz Clara Coya, princesa inca, con don Martín García Oñez de Loyola, sobrino de San Ignacio, y la hija de ambos, doña Ana María Coya de Loyola, marquesa de Santiago de Oropesa, con Juan de Enríquez de Borja y Almansa, nieto de San Francisco de Borja y marqués de Alcañices.

<sup>81</sup>Ya en tiempos de los Reyes Católicos se le habían concedido facultades a las Audiencias y Chancillerías para que pudieran suspender los actos de los oficiales reales y corregidores de las villas si ellos contrariaban el derecho. Más tarde se concedió recurso de suplicación para suspender incluso los actos del Rey, del Consejo de Castilla y los de las mismas Audiencias.

Estas leyes de don Carlos I de España y V de Alemania (1500-1516-1556-1558), Felipe III (1578-1598-1621) y don Felipe IV (1605-1621-1665), se encuentran recogidas en la Recopilación

El fundamento de las disposiciones que hemos citado tiene su origen en la concepción que la tradición jurídica del *ius commune* asignaba al rey, su carácter de juez, como ya hemos indicado. La medida efectiva de lo que debíamos entender por justicia estaba dada por la vigencia directa del derecho natural, del cual el derecho indiano no era más que su aplicación a la realidad concreta de las Indias. La ley natural tiene un carácter dialéctico, es decir, el hombre la va descubriendo y conociendo más perfectamente en la medida en que se desarrollan los acontecimientos de la vida humana.

Todo el sistema indiano estaba permeado por esta forma de concebir la ley. La Corona y sus autoridades delegadas iban estudiando la realidad indiana, la de los indígenas y los criollos y poco a poco generaban leyes que eran la expresión del derecho natural, particularmente adaptadas a las circunstancias histórico-sociales de las Indias.

Teniendo presente este imperativo del derecho natural, de concretar exactamente los ideales de justicia en las Indias y la circunstancia histórica derivada de la lejanía del continente americano respecto de España, desde un comienzo de la conquista y colonización del Nuevo Mundo se aceptó que podían existir normas que no se ajustaran a los hechos ocurridos en nuestro hemisferio y que, por tanto, se constituyeran en injustas<sup>82</sup>.

---

de leyes de los reynos de las Indias de 1680. Su texto es el siguiente: *“Recopilación de leyes de Indias, II, 1, XXII, Que no se cumplan las Cédulas en que hubiere obrepcion o subrepcion.*

*D. Felipe III en Madrid a 3 de junio de 1620.*

*Los Ministros y Jueces obedezcan y no cumplan nuestras Cédulas y Despachos, en que interviniere los vicios de obrepcion y subrepcion, y en la primera ocasion nos avisen de la causa por que no lo hicieren.*

*Recopilación de leyes de Indias, II, 1, XXIV, Que se executen las Cédulas del Rey en las Indias sin embargo de suplicacion, no siendo el daño irreparable, ó escandaloso.*

*El Emperador D. Carlos en Monzon á 5 de Junio de 1528. D. Felipe III en Madrid á 5 de Junio de 1622.*

*Los Vireyes, Presidentes y Oidores, Alcaldes del Crímen, Gobernadores, Corregidores y Alcaldes mayores de las Indias ántes de ser recibidos al uso y exercicio de sus oficios, juren que guardarán, cumplirán y executarán nuestros Mandamientos, Cédulas y Provisiones dadas á qualesquier personas, de oficios y mercedes, y de otra qualquier calidad que sean, cuyo cumplimiento les tocare, y luego que las vean, ó les sean notificadas, la guarden, cumplan y executen, y hagan guardar, cumplir y executar en todo, segun su tenor y forma, y no hagan cosa en contrario, so las penas en ellas contenidas, y mas de la nuestra merced, y perdimiento de la mitad de sus bienes para nuestra Cámara y Fisco; pero si fueren cosas de que convenga suplicar, damos licencia para que lo puedan hacer, con calidad de que por esto no se suspenda el cumplimiento y execucion de las Cédulas y Provisiones, salvo siendo el negocio de calidad, que de su cumplimiento se seguiría escándalo conocido, ó daño irreparable, que en tal caso permitimos que habiendo lugar de derecho, suplicacion, é interponiéndose por quien, y como deba, puedan sobreseer en el cumplimiento, y no en otra ninguna forma, so la dicha pena”.*

<sup>82</sup>El 13 de diciembre de 1508 don Fernando el Católico advertía a Diego Colón en una Real Cédula: *“Podría ser que yo por no ser bien informado, mandé despachar algunas cartas para las dichas Indias, en cosa que viniere perjuicio a nuestro servicio, yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento nos lo hagáis luego saber,*

La suspensión de las normas se producía mediante una formalidad especial. Era la ceremonia del *obedecimiento y cumplimiento de la ley*. En caso de que la autoridad estimara su deber suspenderla, así lo declaraba formalmente y en público<sup>83</sup>.

Las primeras causales de suspensión de la ley injusta, debidamente precisadas, fueron las relativas al escándalo conocido y al daño irreparable. Más tarde, en la primera mitad del siglo XVII (1620), se incorporaron los vicios de obrepción y subrepción que tuvieron su origen en el derecho canónico, para el caso de la venta de un oficio a quien no reuniera los requisitos para poder desempeñar el cargo, fuere por error o fraude.

Otra situación especial fue la regulada en 1627 para el caso de la venta de un oficio que presentara omisión de requisitos, caso para el que se autorizó también disponer la suspensión de su cumplimiento.

La suspensión de la ley injusta fue una institución característica del derecho indiano, que incluso subsistió bajo los intentos de imponer el absolutismo por los borbones en el siglo XVIII. En tal caso, cuando no se cumplía una ley, como indica Malagón-Pinzón: *“se expresaba la veneración debida al rey, la ciega obediencia que se tenía con las reales órdenes o que la suspensión se hacía en servicio del rey ‘sin que se entendiera ser el ánimo de no obedecer el mandato superior’”*<sup>84</sup>.

## V. EL ESTADO DE DERECHO INDIANO, PROTECTOR DE LOS INDÍGENAS

El carácter fundamentalmente protector de los indígenas del Derecho Indiano y de sus instituciones es tema de continuidad desde los tiempos del descubrimiento hasta fines del siglo XVI. Desde el Codicilo testamentario de la reina católica a las leyes nuevas de su nieto don Carlos y las Ordenanzas sobre Pacificación y Población del Rey Prudente, don Felipe II, existe una continuidad perfecta en la acción de la Corona.

En verdad, la preocupación de la Monarquía por la defensa de los Indios y de sus libertades precede incluso al codicilo de doña Isabel. En

---

*para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga; pero en recibiendo nuestro segundo mandato, obedecerlas y cumplirlas enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilación alguna”*. El mismo principio reiteraba en 1509 el Rey Católico al gobernador don Nicolás de Obando, estableciendo la regla de que las leyes primero debían *“ser obedecidas y no cumplidas y después, consultadas”* ante el mismo rey, se entiende. Ver Malagón Pinzón, Miguel *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2012, 95.

<sup>83</sup>La práctica de suspender la vigencia de las leyes llegó a extremos. Así, según nos refiere el profesor Malagón-Pinzón, *“...en 1518 todas las cédulas y provisiones que llegaban de la península eran suspendidas en La Española”*. Ver Malagón Pinzón, Miguel *Los modelos de control*. *Op. cit.*, 95.

<sup>84</sup>Ver Malagón Pinzón, Miguel *Los modelos de control*. *Op. cit.*, 97.

efecto, en 1493, poco antes del segundo viaje del almirante don Cristóbal Colón al Nuevo Mundo, expedían los soberanos una real instrucción de 29 de mayo, por la que junto con crear las primeras normas para las tierras descubiertas señalaban al Almirante:

*“Por ende, sus Altezas, deseando que nuestra santa fe católica sea aumentada e acrecentada, mandan y encargan al dicho almirante, virrey o gobernador, que por todas las vías y maneras que pudiere e trabaje atraer a los moradores de las dichas islas y tierra firme a que se conviertan a nuestra santa fe...*

*...procure e haga el dicho Almirante que todos los que en ella van, e los que mas fueren de aquí adelante, traten muy bien e amorosamente a los dichos indios, sin que les fagan enojo alguno, procurando que tengan los unos con los otros mucha conversación e familiaridad, haciéndose las mejores obras que ser pueda...*”<sup>85</sup>.

El segundo hito fue el codicilo testamentario de doña Isabel la Católica<sup>86</sup>. La reina estaba plenamente consciente del deber de convertir a los indios en cristianos y de protegerlos de todo abuso y violencia. Por ello encargó a sus sucesores que se preocuparan de enviar sacerdotes preparados para la labor de evangelización.

Fruto de este encargo fue el traslado de religiosos de órdenes reformadas como dominicos y franciscanos a las Indias, con el fin de cumplir con

---

<sup>85</sup>Ver Fernández de Navarrete, Martín, *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV, con varios documentos inéditos concernientes a la historia de la marina castellana y de los establecimientos españoles en Indias*, tomo II, Imprenta Nacional, Madrid, 1859, 77-83. Y Sánchez Domingo, Rafael, “I Presentación. Cuando Burgos legislaba para todo un Mundo”, en *Leyes de Burgos de 1512 V Centenario*, Sánchez Domingo, Rafael, y Suárez Bilbao, Fernando, Dykinson, Madrid, 2012, 15.

<sup>86</sup>Capítulo XI (Indios, su evangelización y buen tratamiento):

*“Ytem. Por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro sexto de buena memoria, que nos fizo la dicha concession, de procurar inducir e traer los pueblos dellas e los convertir a nuestra Santa Fe católica, e enviar a las dichas islas e tierra firme del mar Océano prelados e religiosos e clérigos e otras personas doctas e temerosas de Dios, para ynstruir los vezinos e moradores dellas en la Fe católica, e les enseñar e doctrinar buenas costumbres e poner en ello la diligencia debida, según como más largamente en las Letras de la dicha concessión se contiene, por ende suplico al Rey, mi Señor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que así lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han rescibido, lo remedienn e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concessión nos es inyungido e mandado”.* Ver Testamento y Codicilo de Isabel I de Castilla, disponible en: <http://www.delsolmedina.com/TestamentoCodicilolabelCatolica.htm> (21-01-2019).

la tarea de evangelización. Las órdenes reformadas eran aquellas que se habían sometido a la extensa y profunda reforma educativa y vocacional impuesta por la Reina Católica, que elevó el nivel intelectual del clero hispano al primer nivel de la cristiandad.

Las llamadas Leyes de Burgos de don Fernando el Católico fueron el tercero<sup>87</sup>. Desde el inicio del siglo XVI surgieron voces críticas en América y en España respecto del trato indigno y la explotación que recibían los indios por parte de los españoles. La respuesta de la Corona fue convocar a la llamada Junta de Burgos, en donde teólogos y juristas debatieron sobre la mejor forma de proteger a los naturales. Fruto de esta discusión el rey Fernando dictó las Leyes de Burgos de 1512. Sin embargo, estas normas, pese a sus buenas intenciones, no surtieron los efectos deseados y los indios siguieron siendo objeto de malos tratos por parte de los europeos.

Finalmente, la respuesta definitiva de la Corona, se tradujo en las “Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por su majestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los yndios” o Leyes Nuevas del Emperador, de 20 de noviembre de 1542, que se constituyeron en el cuarto hito fundador del Derecho Indiano como protector de los indios<sup>88</sup>.

Las Leyes Nuevas tuvieron su origen en el fracaso de la Junta de Valladolid, en donde tuvo lugar la segunda polémica de Indias o disputa entre Fray Bartolomé de las Casas y Fray Juan Ginés de Sepúlveda, que se concentraron en ataques personales mutuos. Por ello el monarca decidió consultar la opinión de Fray Francisco de Vitoria (1483/86-1546), quien imposibilitado de concurrir a la Junta por su mala salud, envió al Emperador los textos de dos *relectiones* (síntesis de clases dictadas en la Universidad de Salamanca, en donde era catedrático) tituladas “*Prior de indis recenter inventis*” y “*Et de iure belli Hispanorum in barbaros*”. Fue sobre la base del análisis de Vitoria que el Emperador dictó las normas que constituyeron el sólido fundamento del derecho indiano como protector del indígena.

Dentro de ese conjunto de instituciones políticas encontramos algunas de profundo significado protector y evangelizador, como las que concedían a los indios americanos privilegios que tenían su origen en el

---

<sup>87</sup> “Burgos era la Cabeza de esta Castilla que hizo la hazaña ‘más grande después de la creación del Mundo’ como afirmaba López de Gómara en su *Historia General de las Indias*”. Ver Sánchez Domingo, Rafael, *Presentación*. *Op. cit.*, 13.

<sup>88</sup> “...7. Y porque nuestro principal intento y voluntad siempre ha sido y es de la conservación y agmento de los indios y que sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra sancta Fé cathólica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros, como lo son, encargamos y mandamos a los del dicho nuestro Consejo [de las Indias] tengan siempre muy gran atención y espeçial cuidado sobre todo de la conservación y buen gobierno y tratamiento de los dichos indios y de saber cómo se cumple y executa lo que por Nos está ordenado y se ordenare para la buena governación de las nuestras Indias y administración de la justicia en ellas, y de hazer que se guarde, cunpla y execute, sin que en ello haya remisión, falta, ni descuido alguno”. Ver Andrades Rivas, Eduardo, *Textos fundamentales*. *Op. cit.*, 469-474.

viejo *ius commune* o directamente en el derecho romano clásico, como la institución de la *restitutio in integrum* concedida solo en favor de los indígenas, o el establecimiento del Defensor o Protector de Indígenas, jurista que era encargado de velar por la defensa de los derechos de los naturales, en sede judicial o extrajudicial.

Asimismo, se debe destacar la primacía que tenían las leyes protectoras de los naturales sobre las demás que integraban el sistema indiano, por expreso mandato de la Corona. Es la ley de 1528 por la que el Emperador Carlos determinó que las leyes protectoras no pudieran ser suspendidas en su ejecución por las autoridades hispanas en América<sup>89</sup>.

El sistema jurídico institucional indiano se desarrolló sostenidamente durante el siglo XVII, el más característico de la Monarquía Hispánica. Fue el tiempo del Barroco Indiano, en el que surgiría la Recopilación de Leyes de Indias de León Pinelo de 1680 y la cultura jurídico-política hispánica llegaría a su cenit. Incluso en la dramaturgia barroca del siglo de oro, ampliamente difundida en América, encontramos referencias explícitas a este carácter popular, pactista y democrático de la Monarquía Hispánica. *Fuenteovejuna*, *Peribáñez y el Comendador de Ocaña*, *El mejor alcalde, el Rey* y *El Alcalde de Zalamea*, vuelven una y otra vez a la cuestión de los derechos del pueblo y sus relaciones con el rey, frente a los abusos de los nobles<sup>90</sup>. Tenemos constancia de la amplia circulación de estas obras en América y en Chile.

Este espíritu “democrático” del régimen de gobierno hispánico, que tenía más de mil años de tradición, no podría ser borrado de la conciencia de los españoles peninsulares y americanos por el absolutismo.

El reformismo que llevó adelante la Casa de Borbón en el siglo XVIII estuvo muy lejos de alcanzar en América el mismo éxito absolutista que logró en Europa. En el Nuevo Mundo la balanza del poder se inclinaba,

---

<sup>89</sup>Recopilación de leyes de Indias, II, 1, V, *Que las leyes que fueren en favor de los Indios se executen sin embargo de apelacion.*

*El Emperador D. Carlos en Toledo á 4 de Diciembre de 1528, cap. 15. Y á 24 de Agosto de 1529.*

*Deseando la conservacion y acrecentamiento de nuestras Indias, y conversion de los naturales dellas á nuestra Santa Fe Católica, y para su buen tratamiento, hemos mandado juntar en esta Recopilacion todo lo que está ordenado y dispuesto en favor de los Indios, y añadir lo que nos ha parecido necesario y conveniente. Y porque nuestra voluntad es, que se guarde, y particularmente las leyes que fueren en favor de los Indios, inviolablemente: Mandamos á los Virreyes, Audiencias, Gobernadores, y á los demas Jueces y Justicias, que las guarden y cumplan, y hagan guardar, cumplir y executar en todo y por todo, sin embargo de apelacion, ó suplicacion, so las penas en ellas contenidas, y demas de la nuestra merced, y de perdimiento de todos sus bienes para nuestra Cámara y Fisco, y suspension de sus oficios. Ver Andrades Rivas, Eduardo, *Textos fundamentales. Op. cit.*, 426-429.*

<sup>90</sup>Ver Bravo Lira, Bernardino, “El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXX, 2010, 473. Y Andrades Rivas, Eduardo, *Las ideas políticas en el Chile. Op. cit.*

lenta, imperceptible pero sostenidamente en favor de las élites americanas, que copaban la gran mayoría de las instituciones políticas: gobernaciones, cabildos, audiencias, obispados y milicias. Así, en la víspera del juntismo de septiembre de 1810, la totalidad de las autoridades del reino de Chile eran chilenas o de mayoría americana, incluyendo a la Real Audiencia, representante del Rey y celosa defensora de sus privilegios, cuatro de cuyos cinco oidores eran americanos (y tres chilenos).

El derecho indiano se desarrolló a lo largo de cuatro siglos hasta los inicios del siglo XIX. Su riqueza institucional y social resulta innegable. La autoría de la Monarquía Hispánica como fundadora del Estado de Derecho indiano es, asimismo, indiscutible. Por ello resulta paradójico que este enorme legado jurídico haya sido borrado tan categóricamente, o más bien, por un simple decreto, en tiempos de Director Supremo, Bernardo O'Higgins. No hay que ver en esta decisión del gobernante un deseo directo de perjudicar a los indígenas, sino una miopía política derivada de su obsesión por ese principio político tan caro a los intelectuales encandilados por la revolución de Francia, la igualdad ante la ley.

Es esa la idea que campearía en el decreto de 4 de marzo de 1819, donde el prócer declararía abolidas las leyes protectoras del Derecho Indiano, especialmente el cargo de Protector de Indígenas<sup>91</sup>.<sup>[91]</sup> Y que conduciría a que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX las relaciones jurídicas entre indígenas y chilenos se rigieran por los principios del Código Civil, con total desamparo de su verdadera condición material.

---

<sup>91</sup>“El Gobierno español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de la América bajo la denominación degradante de Naturales. Era esta una raza abyecta, que pagando un tributo anual, estaba privada toda de representación política, i de todo recurso para salir de su condición servil. Las leyes de Indias colorian estos abusos, disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado Protector Jeneral de naturales. En una palabra nacían esclavos, vivían sin participar de los beneficios de la sociedad, i morían cubiertos de oprobio i miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto declaro que para lo sucesivo deber ser llamados ciudadanos chilenos, i libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elejir las artes a que tengan inclinación, i a ejercer la carrera de las letras i de las armas, para obtener los empleos políticos i militares correspondientes a su aptitud. Quedan libres desde esta fecha de la contribucion de tributos. Por consecuencia de su igualdad con todo ciudadano, aun en lo que no se exprese en este decreto, deben tener parte en las pensiones de todos los individuos de la sociedad para el sosten i defensa de la madre Patria. Queda suprimido el empleo de protector jeneral de naturales por innecesario”. Ver Andrades Rivas, Eduardo, *Textos fundamentales*. Op. cit., 649-652.

## VI. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

### FUENTES DIRECTAS:

- Alfonso X. *Las 7 Partidas*, edición glosada de don Gregorio López, impresa por Andrea Portonaris en Salamanca en 1555. Edición facsimilar, Tomo I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985, 232 pp.
- Cerdán de Tallada, Tomás. *Verdadero gobierno desta monarquía*, 1581.
- De Mariana, Juan. *De Rege et de regis institutione*, traducido al español, 2ª edición, Imprenta de la Sociedad Literaria y tipográfica, Madrid, 1845, 468 pp.
- De Molina, Luis. *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, trad. de Manuel Fraga Iribarne, Imprenta de José Luis Cosano, Madrid, 1941, 607 pp.
- Del Pulgar, Fernando. *Crónica de los Reyes Católicos*, 2 tomos, de Mata Carriazo, Juan (editor), Marcial Pons, Granada, 2008, 458 y 526 pp. respectivamente.
- Isidoro de Sevilla, San. *Etimologías*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2004, 1472 pp.
- López de Palacios Rubios, Juan y De Paz, Fray Matías. *De las Islas del mar Océano y Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, trad. de Agustín Millares Carlo, Fondo de Cultura Económica, México, 1954, p. 129.
- Nueva Recopilación de las Leyes Destos Reynos*, tomo I, Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640, 788 pp. Edición facsímil, Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 1982.
- Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*, tomo II, 4ª impresión, Por la viuda de D. Joaquín Ibarra, Madrid, 1791, 614 pp. Edición Facsimilar, Centro de Estudios políticos y constitucionales y Boletín oficial del Estado, Madrid, 1998.
- Sánchez Domingo, Rafael y Suárez Bilbao, Fernando (editores). *Leyes de Burgos de 1512, V Centenario*, Dykinson S.L., Madrid, 2012, 372 pp.
- Solórzano Pereyra, Juan. *Política Indiana*, Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1648, 1205 pp.
- Suárez, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, Madrid, 1919, 317 pp.

### MONOGRAFÍAS Y MANUALES:

- Alemparte Robles, Julio. *El Cabildo en Chile colonial*, 2ª edición aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, 380 pp.
- Amunátegui, Miguel Luis. *Los precursores de la Independencia de Chile*, tomo 2, Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1910, pp. 514.
- Andrades Rivas, Eduardo. *Los inicios del mito fundacional republicano (estudio histórico jurídico sobre la Patria Vieja en Chile)*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2019, 601 pp.
- Andrades Rivas, Eduardo. *Textos fundamentales para el estudio de la Historia del Derecho, colección de documentos y fuentes primarias para la Historia del Derecho, con comentarios y cuestionarios*, Editorial el Jurista, Santiago de Chile, 2017, 741 pp.
- Bravo Lira, Bernardino. *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860) De Carlos III a Portales y Montt*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1994, 490 pp.

- Bravo Lira, Bernardino. *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico, del Estado de Derecho al derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, 804 pp.
- Bravo Lira, Bernardino. "El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)", en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXX, 2010, pp. 415-546.
- Bravo Lira, Bernardino. *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2ª edición, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1993, 359 pp.
- Canet Aparisi, Teresa. *Vivir y pensar la política en una monarquía plural: Tomás Cerdán de Tallada*, PUV, Valencia, 2009, 291 pp.
- Colmeiro, Manuel. *De la constitución y del gobierno de los reinos de León y Castilla*, tomo I, Librería de don Ángel Calleja, editor, Madrid, Santiago, Lima, Valparaíso, 1855. Edición facsimilar Editorial Maxtor, Valladolid, 2005, 336 pp.
- Edwards Vives, Alberto. *La fronda aristocrática en Chile*, 14ª edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993, 292 pp.
- Elliot, John H. *La España Imperial 1469-1716, Consolidación de la autoridad real de Castilla*, 6ª reimpresión, Ediciones Vicens Vives S.A. Barcelona, 1998, 456 pp.
- Encina Armanet, Francisco Antonio. *Historia de Chile, desde la Prehistoria hasta 1891*, tomo X, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1948, 640 pp.
- Escudero, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político Administrativas*. 2ª edición revisada, Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, 985 pp.
- Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime. *Historia de las Instituciones políticas y sociales de Chile*, 8ª edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1988, 216 pp.
- Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime. *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1957, 160 pp.
- Fernández de Navarrete, Martín. *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV, con varios documentos inéditos concernientes a la historia de la marina castellana y de los establecimientos españoles en Indias*, tomo II, Imprenta Nacional, Madrid, 1859, 455 pp.
- González S., Vidal. *El Testamento de Isabel la Católica y otras consideraciones en torno a su muerte*, Edición del Instituto de Historia Eclesiástica "Isabel la Católica", Arzobispado de Valladolid, Madrid, 2001, 304 pp.
- Hidalgo De La Vega, María José, Pérez y Pérez, Dionisio y Gervás, Manuel José R. (editores). "Romanización" y "Reconquista", en *La Península Ibérica, nuevas perspectivas*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, p. 285.
- Lapeyre, Henri. *Las monarquías europeas del siglo XVI las relaciones internacionales*, trad., de José Manuel Cuenca, 3ª edición, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1979, 572 pp.
- Levaggi, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho argentino (castellano-Indiano/Nacional) Estatal, Económico, Laboral*, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, 326 pp.
- Levene, Ricardo. *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956, 332 pp.
- Levene, Ricardo. *Las Indias no eran Colonias*, Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 1951, 176 pp.

- Lira Pérez, Osvaldo Pbro. SS.CC. "Introducción a la Monarquía Dantesca", en *La vida en torno*, Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, Santiago de Chile, 2004, 186 pp.
- López de Palacios Rubios, Juan y De Paz, Fray Matías. *De las Islas del mar Océano y Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, trad. de Agustín Millares Carlo, Fondo de Cultura Económica, México, 1954, 320 pp.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2012, 214 pp.
- Merello Arecco, Ítalo. *Historia del Derecho*, tomo I, Segunda reimposición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1996, 164 pp.
- Meza Villalobos, Néstor. *Historia de la política indígena del Estado español en América 1474-1974*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1975, 1060 pp.
- Muñoz Machado, Santiago. *Hablamos la misma lengua, Historia política del español en América, desde la Conquista a las Independencias*, Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2017, 832 pp.
- Orlandis Rovira, José. *Historia del reino visigodo español*, 2ª edición, Ediciones RIALP, Madrid, 2006, 461 pp.
- Payne, Stanley G. *Historia de España, La España Imperial, Desde los Reyes Católicos hasta el fin de la Casa de Austria*, Editorial Playor, Madrid, 1985, 200 pp.
- Pérez, Joseph. *La España de los Reyes Católicos, "3. Las Cortes en la vida política"*, Arlanza Ediciones S.A., Madrid, 2004, 158 pp.
- Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José. *Historia del Derecho Español*, tomo II, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, 1514 pp.
- Salazar Baena, V. "El cuerpo del Rey: poder y legitimación en la monarquía hispánica", en *Frateras de la Historia*, N° 22, 2017, pp. 140-168.
- Suárez Fernández, Luis. *Fernando el Católico*, Ariel, Barcelona, 2004, 488 pp.
- Suárez Fernández, Luis. *Isabel I, la Reina*, Editorial Ariel S.A. 3ª edición, Barcelona, 2002, 496 pp.
- Vial Correa, Gonzalo, *Chile, cinco siglos de historia, desde los primeros pobladores prehispánicos hasta el año 2006*, Tomo 1, 2ª edición, Editorial Zigzag, Santiago de Chile, 2010, 748 pp.

#### ARTÍCULOS DE REVISTAS:

- Andrades Rivas, Eduardo. "Felipe II y las instituciones jurídicas en el reino de Chile", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, tomo I, N° 22, 2010, pp. 391-416.
- Andrades Rivas, Eduardo. "Las ideas políticas en el Chile de fines del siglo XVIII: entre el barroco y el absolutismo", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 40, 2019 (en prensa).
- Andrades Rivas, Eduardo. "Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13, 2006, pp. 371-392.
- Bravo Lira, Bernardino. "El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)", en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXX, 2010, pp. 415-546.
- Maravall, José Antonio.A. "Las etapas del pensamiento político de Carlos V", en *Revista de estudios políticos*, N° 100, 1958, pp. 93-146.
- Martínez De Vega, María Elisa. "El marqués de Gelves: un militar del siglo XVII novohispano", en *Militaria: revista de cultura militar*, N° 2, 1990, pp. 87-102.

- Merle, Alexandra. "El De rege de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio: ¿un discurso de ruptura?", en *Criticón*, 120-121, 2014, pp. 89-102.
- Orlandis Rovira, José. "El Canon 2 del XIII Concilio de Toledo en su contexto histórico", en *Anuario de historia del Derecho español*, N° 67, 1997, 1601-1607.

#### FUENTES ELECTRÓNICAS:

- Arquidiócesis de Sevilla, disponible en <http://www.archisevilla.org/el-juramento-de-los-reyes-de-aragon/>.
- Caballero, Julián. "Los Reyes Católicos y los procuradores", en *Historia y Derecho*, publicación electrónica. Octubre, 2004, pp. 57 a 62. <http://www.cgpe.es/descargas/revista/52/57-62HISTORIA.pdf>
- Constitución Web, disponible en <http://constitucionweb.blogspot.cl/2012/02/bulas-alejandrin-as-la-segunda-bula.html>.
- <http://cvc.cervantes.es/obref/arnac/valladolid/>
- <http://www.grandesbatallas.es/matrimonios%20mixtos.html>
- Maura, Juan Francisco. *Adelantadas, virreinas y aventureras en los primeros años de la conquista de América*, Vermont, 2002, sitio electrónico disponible en <http://parnaseo.uv.es/Lemir/Revista/Revista6/Maura/Maura.htm>
- Testamento y Codicilo de Isabel I de Castilla, disponible en: <http://www.delsol-medina.com/TestamentoCodicilolsabelCatolica.htm>

## CONSENSUALISMO Y DERECHOS HUMANOS EN EL MAGISTERIO DE BENEDICTO XVI: UN APOORTE PARA LA INTERPRETACIÓN REALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

*Carlos Gabriel Arnossi\*\**

SUMARIO: I. Introducción. II. El consensualismo y el fundamento de los derechos humanos. III. El Magisterio de Benedicto XVI en materia de derechos humanos. IV. Acerca de las enseñanzas de Benedicto XVI. V. Conclusión.

*“[E]s un hecho que los derechos humanos no se pueden comprender sin presuponer que el hombre, en su mismo ser, es portador de valores y de normas que hay que descubrir y reafirmar, y no inventar o imponer de modo subjetivo y arbitrario”<sup>1</sup>*

S. S. Benedicto XVI

### I. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de la Organización de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales se pretendió dar una respuesta a futuros ataques contra la persona humana a través de la constitución de una serie de instrumentos internacionales que fueron poco a poco conformando el Derecho Internacional de los

---

\*Este breve artículo consiste –más allá de algunos retoques– en la comunicación leída en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural “Ley Natural y Consenso”, organizadas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la sede de la primera, durante octubre de 2010. Agradezco los comentarios de Luciano Laise a una versión previa de este trabajo.

\*\*Profesor Asistente de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

<sup>1</sup>Discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los miembros de la Comisión Teológica Universal, 1 de diciembre de 2005 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

Derechos Humanos, rama del Derecho hoy en pleno auge luego de setenta años de vida.

Las diversas cosmovisiones encarnadas por los representantes de los Estados que participaron en el proceso de negociación de los instrumentos de derechos humanos<sup>2</sup> fueron un obstáculo no menor en el proyecto de lograr instrumentos jurídicos internacionales de carácter vinculante. Un gran problema fue –y sigue siéndolo– el reconocimiento del fundamento de los DD.HH. Frente a esta dificultad han surgido a lo largo de unas siete décadas diversas justificaciones de estos derechos. De todas las posibles justificaciones propuestas, parece haber triunfado la consensualista.

La cuestión del fundamento no es menor, ya que como ha dicho Benedicto XVI “[l]os derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”<sup>3</sup>. Desde la vereda opuesta, también Eugenio Bulygin reconoció la importancia de este tema al escribir: “El problema de los derechos humanos no solamente se ha convertido en nuestra época en un tema central de la discusión teórica, en la que participan activamente representantes de diversas disciplinas (juristas, filósofos, politólogos, etc.); desde el punto de vista de la política se trata de una cuestión sumamente actual, cuya importancia práctica difícilmente pueda ser exagerada”<sup>4</sup>.

En el campo del Derecho constitucional, con el advenimiento del neoconstitucionalismo<sup>5</sup>, los derechos humanos han pasado a ocupar un lugar privilegiado, desde el cual se proyectan con fuerza a todas las ramas del Derecho. Este avance de los derechos humanos sobre el ámbito jurídico en general y constitucional en particular tiene uno de sus orígenes mediatos en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano cuando se afirmó:

---

<sup>2</sup>En adelante, DD.HH.

<sup>3</sup>*Discurso de Su Santidad Benedicto XVI a la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Nueva York, 18 de abril de 2008 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>4</sup>Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa* 4 (1987), Alicante, 79.

<sup>5</sup>Sobre este tema, ver el certero artículo de Ricardo Dip, “Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: Direito Natural da pós-modernidade?”, en *Aquinate* N° 17, Brasil, 2012, 13-27 ([http://www.aquinate.net/revista/edicao\\_atual/Artigos/17/C.Aq.17.Art.Dip.13-27.pdf](http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/17/C.Aq.17.Art.Dip.13-27.pdf), consultado el 03/12/2012). También son de utilidad los siguientes trabajos publicados en nuestro país: Bandieri, Luis María, “Notas al margen del neoconstitucionalismo”, *El Derecho. Serie Especial Constitucional*, Buenos Aires, 19/04/2011, y del mismo autor, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, *El Derecho*, 2012, 34-51; Vigo, Rodolfo L., “Neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico como teorías no positivistas (coincidencias y diferencias)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 17/02/2012; Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, <http://ancmp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 03/12/2012); y Gallo, Orlando J., “¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios...cit.*, 413-437.

“Toute Société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”, si bien los revolucionarios franceses “probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación”<sup>6</sup>.

Respecto de esta influencia iushumanista en el Derecho constitucional, explica Cristóbal Orrego: “El uso de la noción de derecho subjetivo se comienza a extender a partir de Europa, en el siglo XVI, aunque el sentido subjetivo del *ius* ya era prominente en Occam, y estaba implícito, aunque secundariamente, en algunas fuentes del derecho canónico y del derecho romano precedente. En el caso de los derechos subjetivos más altos (*i.e.*, los derechos naturales o humanos), su lugar subordinado en la argumentación jurídica y en el razonamiento práctico en general resultaba patente porque su aplicación requería siempre de leyes que establecieran sus contornos más definidos y que configuraran las respectivas obligaciones. Esta situación comienza a cambiar cuando los tribunales supremos o constitucionales y, en algunas jurisdicciones, incluso todos los tribunales ordinarios, comienzan a aplicar directamente la Constitución o los derechos fundamentales. Entonces la apelación a los derechos humanos comienza a servir para dejar sin efecto normas imperativas o prohibitivas específicas, esto es, para cancelar obligaciones definidas mediante la apelación a derechos abstractos. El fenómeno ha sido explosivo y ha operado en dos direcciones. Por una parte, ha convertido la Constitución escrita en norma directamente aplicada en concurrencia con las leyes ordinarias, y, por ende, en un instrumento para anularlas –la norma inconstitucional no vale, ya en general, ya en el caso– o para darles una interpretación acorde con la visión constitucional –política– de los jueces. Así se habla de la *juridificación de la Constitución*, pues la Norma Suprema constituye derecho aplicable por sí mismo, sin necesidad de la mediación de leyes aplicadoras. Por otra parte, como otra cara de la misma moneda, las mismas normas subconstitucionales y todas las áreas del derecho, que antes existían con relativa autonomía dentro del marco político provisto por la Constitución, han comenzado a configurarse mediante normas de creación doctrinal o jurisprudencial basadas en los principios, valores y normas de jerarquía constitucional, entre los cuales sobresalen los derechos esenciales reconocidos o garantizados por los textos constitucionales. Así se habla de la *constitucionalización del derecho*”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>Ayuso, Miguel, “¿Hay un poder constituyente?” en Ayuso, Miguel (Editor), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 139.

<sup>7</sup>Orrego Sánchez, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 N° 2, Santiago de Chile, 2010, 312.

Además, debe tenerse en cuenta que, cuanto más se han inflado las declaraciones relativas a los derechos del hombre, el respeto a los seres humanos ha ido decreciendo, en una relación inversamente proporcional.

Este escenario que observamos tiene que ver con que la aplicación de una norma o conjunto de normas referidos a un “derecho humano” puede ser de tal o cual manera concreta dependiendo –en parte– de la interpretación respecto de sus fundamentos, puesto que estos echan luz sobre la naturaleza y finalidad de la norma y del derecho subjetivo en cuestión, ayudando al legislador nacional o internacional y al operador jurídico. He aquí la trascendencia del tema para el aludido Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y también para el Derecho constitucional actual<sup>8</sup>.

Ahora bien, el problema del fundamento de los derechos humanos podría tratarse tanto desde una perspectiva sistemática como desde el pensamiento de alguno de los tantos autores relevantes que han escrito al respecto. Así, en esta oportunidad se acudirá para una aproximación a esta cuestión al pensamiento de Benedicto XVI, porque “el tema que hoy se denomina ‘derechos humanos’ encuentra mayor sustento en una doctrina como la de la Iglesia, que pretende una fundamentación antropológica, ontológica y ética que resulte suficiente”<sup>9</sup>, y –además– porque Joseph Ratzinger ha sido una de las personalidades más relevantes del orbe en los últimos años. Por ello, nos limitaremos en esta ocasión a una lectura de las enseñanzas del Romano Pontífice emérito, dejando de lado cuestiones de gran importancia respecto de una Teoría de los Derechos Humanos con base realista, como por ejemplo el problema del título jurídico, es decir, la razón o fundamento más inmediato por el cual determinada persona es titular de un poder jurídico o bien de un deber jurídico correlativo<sup>10</sup>, o la cuestión de si existen o no reales conflictos de derechos.

---

<sup>8</sup>Ver Toller, Fernando M., “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos” en Cianciardo, Juan (Coordinador), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, 134.

<sup>9</sup>Limodio, Gabriel, “Una doctrina permanente”, *El Derecho*, Buenos Aires, 12/05/2008, 2.

<sup>10</sup>Esta caracterización del título jurídico se toma fundamentalmente de Guido Soaje RAMOS (*El concepto de Derecho. 2a. Parte. Examen de cada una de las acepciones principales de la palabra “derecho”. El título. El poder jurídico*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía Práctica, 1980, 1) y sus destacados discípulos Héctor Humberto Hernández (*Derecho Subjetivo. Derechos Humanos. Doctrina Solidarista*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, 92) y Félix Adolfo Lamas (*La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1991, 344-345, y su magisterio oral reiterado), quienes coinciden en lo fundamental, con ciertas variaciones.

## II. EL CONSENSUALISMO Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El consensualismo en materia de DD.HH.<sup>11</sup> sostiene que el fundamento de estos se encuentra en el consenso, desvinculando a estos derechos de las nociones clásicas de *ley natural*, *naturaleza*, *derecho natural* o *derechos subjetivos naturales*.

Esta posición consensualista podría encontrarse en dos vertientes distintas: La primera (consensualismo *puro* o *teórico*), más radical, no admite otro fundamento de los DD.HH. que el mero consenso; y la segunda (consensualismo *práctico*), reconoce la existencia de un fundamento previo al consenso, adscribe a algún tipo de iusnaturalismo<sup>12</sup> pero pretende sortear las diferencias entre las distintas cosmovisiones en orden a lograr un sistema eficaz de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, y para ello postula al acuerdo práctico como la mejor manera de evitar estas diferencias. Es decir, en materia de DD.HH., el consensualismo *teórico* es una doctrina que niega a dichos derechos un fundamento más allá del consenso —el *único* fundamento posible sería el consenso— mientras que el consensualismo *práctico* reconoce la existencia de un fundamento mediato no consensual, pero en la práctica omite esa verdad acerca de la base de los derechos y hace hincapié en el acuerdo práctico como fundamento inmediato de los DD.HH. Como muestra del “consensualismo práctico” se expondrán algunas afirmaciones del muy difundido filósofo Jacques Maritain en su libro *El hombre y el Estado*.

Maritain comienza el capítulo de dicha obra referido a los DD.HH. afirmando que “[l]os hombres mutuamente opuestos en sus concepciones teóricas pueden llegar a un acuerdo práctico sobre una lista de derechos humanos”<sup>13</sup>, y sosteniendo unas líneas más adelante que “sería absolutamente fútil buscar una *justificación racional* común”<sup>14</sup> de esos derechos. El mismo autor, en idéntico capítulo del mismo libro, y solamente unas páginas más adelante, escribe que “[c]on respecto a los derechos humanos, lo que más importa a un filósofo es la cuestión de sus fundamentos racionales”<sup>15</sup>, y acto seguido afirma correctamente: “El fundamento filo-

---

<sup>11</sup>Una descripción y crítica del consensualismo en esta materia puede encontrarse en Massini Correas, Carlos I., “Consensualismo y derechos humanos”, en *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

<sup>12</sup>Respecto de los diversos iusnaturalismos ver Soaje Ramos, Guido, “Diferentes concepciones de derecho natural” en Massini Correas, Carlos I. (compilador), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, 321-346.

<sup>13</sup>Maritain, Jacques, *El hombre y el estado* (traducción castellana de *Man and the state* por Manuel Gurrea), Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, 93.

<sup>14</sup>Maritain, Jacques, *op. cit.*, 93-94.

<sup>15</sup>Maritain, Jacques, *op. cit.*, 98.

sófico de los derechos del hombre es el derecho natural”<sup>16</sup>. Esta postura<sup>17</sup> ha sido expresamente seguida por nada menos que uno de los más grandes maestros del Derecho constitucional argentino e iberoamericano, Germán J. Bidart Campos<sup>18</sup>.

El mencionado filósofo francés no niega que sea importante reconocer la auténtica justificación de los derechos, pero piensa que esta búsqueda puede resultar un obstáculo para la concreción del acuerdo. Como se ve, Maritain es exponente de un consensualismo “práctico”, toda vez que él reconoce teóricamente un fundamento suprapositivo de los DD.HH.

### III. EL MAGISTERIO DE BENEDICTO XVI EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Desde la encíclica *Pacem in terris*, el Magisterio Pontificio ha decidido aceptar el término “derechos humanos”, decisión que el paso del tiempo dirá si fue acertada o no<sup>19</sup>. Esta aceptación se debe a que, en el siglo XX –y en el siglo XXI también– la Iglesia Católica se ha erigido como *la* defensora de la ley natural. Sorpresivamente, la Iglesia ha debido poner gran parte de sus energías en defender cuestiones que hacen a lo más básico del orden natural. Es así que los papas se dirigirán en numerosos documentos a “todos los hombres de buena voluntad”, sean o no católicos. Por ello, los últimos pontífices han elegido usar en numerosas oportunidades el término “derechos humanos”, pero sin perder tiempo en identificarlos como derechos subjetivos naturales<sup>20</sup>. Según Danilo Castellano, “...los ‘derechos humanos’ que ‘proclama’ la doctrina católica están anclados en la ‘dignidad’ de la persona humana, de la persona humana en sí, es decir

---

<sup>16</sup>*Ibidem*.

<sup>17</sup>Para una breve crítica a esta postura *maritainiana* ver Gentile, Francesco, *Inteligencia política y razón de Estado* (traducción castellana de *Intelligenza politica e ragion di stato*, por María de Todos los Santos de Lezica y María Natalia Bustos de Lezica), Buenos Aires, EDUCA, 2008, capítulo II. También el trabajo de Úrsula Cristina Basset, “La universalidad de los derechos humanos, ¿sigue siendo tal?”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009-A-839-846, y Hernández, Héctor H., *Derecho Subjetivo...cit.*, 295-296.

<sup>18</sup>Cf. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 98.

<sup>19</sup>Sobre lo inconveniente del uso de dicho término ver Hernández, Héctor H., *op. cit.*, 297.

<sup>20</sup>Explicó el Cardenal Tarcisio Bertone, Secretario del Estado vaticano durante buena parte del Pontificado de Benedicto XVI: “Cuando el Magisterio de la Iglesia habla de los derechos humanos no se olvida de fundarlos en Dios, fuente y garantía de todos los derechos, ni tampoco se olvida de enraizarlos en la ley natural. La fuente de los derechos no es nunca un consenso humano, por notable que sea” (“Los derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI”, conferencia dictada en Madrid, el 5 de febrero de 2009, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/card-bertone/2009/documents/rc\\_seg-st\\_20090205\\_madrid\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/card-bertone/2009/documents/rc_seg-st_20090205_madrid_sp.html), consultado el 08/01/2013). Se deja para otra ocasión la discusión acerca de si los llamados “derechos humanos” y los “derechos subjetivos naturales” son exactamente lo mismo.

en su naturaleza, no en su voluntad. Por tanto, no pueden ser separados de la moral”<sup>21</sup>.

A continuación, se verá que el Obispo de Roma emérito ha continuado esta línea, profundizada oportunamente por su inmediato predecesor.

Al tratar el tema de los derechos humanos, Benedicto XVI no ha dejado de lado la necesaria referencia a la naturaleza humana, y por ello ha explicado que uno de los motivos por los que la paz pelagra es la “indiferencia ante lo que constituye la verdadera naturaleza del hombre. En efecto, son muchos en nuestros tiempos los que niegan la existencia de una naturaleza humana específica, haciendo así posible las más extravagantes interpretaciones de las dimensiones constitutivas esenciales del ser humano. También en esto se necesita claridad: una consideración ‘débil’ de la persona, que dé pie a cualquier concepción, incluso excéntrica, solo en apariencia favorece la paz. En realidad, impide el diálogo auténtico y abre las puertas a la intervención de imposiciones autoritarias, terminando así por dejar indefensa a la persona misma y, en consecuencia, presa fácil de la opresión y la violencia”<sup>22</sup>.

No resulta difícil comprender la fuerza de estas afirmaciones: el negar la verdadera naturaleza del hombre impide tanto la paz verdadera y cristiana como la paz comprendida –como suele entenderse hoy en la mayoría de los ámbitos– como ausencia de conflictos armados; el no tener en cuenta la verdad sobre el ser humano deja a este indefenso.

También alertó el entonces Papa que si los DD.HH. “se basan en una concepción débil de la persona, ¿cómo evitar que se debiliten también ellos mismos? Se pone así de manifiesto la profunda insuficiencia de una concepción relativista de la persona cuando se trata de justificar y defender sus derechos. La aporía es patente en este caso: los derechos se proponen como absolutos, pero el fundamento que se aduce para ello es solo relativo. ¿Por qué sorprenderse cuando, ante las exigencias ‘incómodas’ que impone uno u otro derecho, alguien se atreviera a negarlo o decidiera relegarlo? Solo si están arraigados en bases objetivas de la naturaleza que el Creador ha dado al hombre, los derechos que se le han atribuido pueden ser afirmados sin temor de ser desmentidos”<sup>23</sup>.

Continuó Benedicto haciendo referencia a la necesidad de no desvincular a los deberes de los derechos, y sostuvo que “[ú]nicamente aclarando estos presupuestos de fondo, los derechos humanos, sometidos hoy a continuos ataques, pueden ser defendidos adecuadamente. Sin esta aclaración, se termina por usar la expresión misma de «derechos

---

<sup>21</sup>Castellano, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la “modernidad”*, trad. Coral García, Madrid, Marcial Pons, 2004, 110. Sobre el tema en general, ver 97-118.

<sup>22</sup>*Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la Jornada Mundial de la Paz 2007*, 1 de enero de 2007, n. 11 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>23</sup>*Ibidem*, n. 12.

humanos», sobrentendiendo sujetos muy diversos entre sí: para algunos, será la persona humana caracterizada por una dignidad permanente y por derechos siempre válidos, para todos y en cualquier lugar; para otros, una persona con dignidad versátil y con derechos siempre negociables, tanto en los contenidos como en el tiempo y en el espacio<sup>24</sup>.

El Soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano siguió con sus lúcidas reflexiones, llegando a afirmar sobre la Declaración Universal de 1948 que “[s]e considera dicha Declaración como una forma de *compromiso moral asumido por la humanidad entera*. Esto manifiesta una profunda verdad sobre todo si se entienden los derechos descritos en la Declaración no simplemente como fundados en la decisión de la asamblea que los ha aprobado, sino en la naturaleza misma del hombre y en su dignidad inalienable de persona creada por Dios. Por tanto, es importante que los Organismos internacionales no pierdan de vista el fundamento natural de los derechos del hombre. Eso pondría a salvo del riesgo, por desgracia siempre al acecho, de ir cayendo hacia una interpretación meramente positivista de los mismos. Si esto ocurriera, los Organismos internacionales perderían la autoridad necesaria para desempeñar el papel de defensores de los derechos fundamentales de la persona y de los pueblos, que es la justificación principal de su propia existencia y actuación<sup>25</sup>.”

Más aún, profundizando sus enseñanzas sobre la materia, y durante el discurso referido al sesenta aniversario de la Declaración de la ONU, quien fue la Cabeza visible de la Iglesia manifestó que “[e]stos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones<sup>26</sup> y también que “[a]rrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos<sup>27</sup>.”

El Sucesor del Príncipe de los Apóstoles continuó diciendo que “el respeto de los derechos humanos está enraizado principalmente en la justicia que no cambia, sobre la cual se basa también la fuerza vinculante de las proclamaciones internacionales<sup>28</sup>.”

A fines de 2008, en una alocución recordatoria de la Declaración de 1948 Benedicto XVI reafirmó la vinculación entre los derechos fundamentales, la naturaleza humana y la ley natural, como así también el reconocimiento de Dios como fundamento. Así ha explicado:

---

<sup>24</sup>*Ibidem*.

<sup>25</sup>*Ibidem*, n. 13.

<sup>26</sup>*Discurso de Su Santidad Benedicto XVI a la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Viernes 18 de abril de 2008*. Disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>27</sup>*Ibidem*.

<sup>28</sup>*Ibidem*.

“Desde siempre, la Iglesia reafirma que los derechos fundamentales, más allá de la diferente formulación y del distinto peso que pueden revestir en el ámbito de las diversas culturas, son un dato universal, porque está inscrito en la naturaleza misma del hombre”.

Y a continuación dijo: “La ley natural, escrita por Dios en la conciencia humana, es un común denominador a todos los hombres y a todos los pueblos; es una guía universal que todos pueden conocer. Sobre esa base todos pueden entenderse. Por tanto, en última instancia, los derechos humanos están fundados en Dios creador, el cual dio a cada uno la inteligencia y la libertad. Si se prescinde de esta sólida base ética, los derechos humanos son frágiles porque carecen de fundamento sólido [...]. Así pues, no ha de cesar el compromiso común de promover y definir mejor los derechos humanos, y se debe intensificar el esfuerzo por garantizar su respeto”.

En su encíclica *Caritas in veritate*, el entonces Sumo Pontífice de la Iglesia Universal ha enseñado que es necesario el rescate de la noción de deber por sobre la de derecho subjetivo, señalando que “es importante urgir una nueva reflexión sobre los deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales estos se convierten en algo arbitrario”. También habló de la existencia de una reivindicación de “presuntos derechos, de carácter arbitrario y superfluo, con la pretensión de que las autoridades públicas los reconozcan y promuevan”, mientras que por otro lado se violan los verdaderos derechos<sup>29</sup>. Se puede observar aquí que –contra todo indivi-

---

<sup>29</sup>Benedicto XVI, *Caritas in veritate*, n. 43. Se transcribe a continuación el párrafo completo, que es importante: “En la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que solo son titulares de derechos y con frecuencia les cuesta madurar en su responsabilidad respecto al desarrollo integral propio y ajeno. Por ello, es importante urgir una nueva reflexión sobre los deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales estos se convierten en algo arbitrario. Hoy se da una profunda contradicción. Mientras, por un lado, se reivindican presuntos derechos, de carácter arbitrario y superfluo, con la pretensión de que las estructuras públicas los reconozcan y promuevan, por otro, hay derechos elementales y fundamentales que se ignoran y violan en gran parte de la humanidad. Se aprecia con frecuencia una relación entre la reivindicación del derecho a lo superfluo, e incluso a la transgresión y al vicio, en las sociedades opulentas, y la carencia de comida, agua potable, instrucción básica o cuidados sanitarios elementales en ciertas regiones del mundo subdesarrollado y también en la periferia de las grandes ciudades. Dicha relación consiste en que los derechos individuales, desvinculados de un conjunto de deberes que les dé un sentido profundo, se desquician y dan lugar a una espiral de exigencias prácticamente ilimitada y carente de criterios. La exacerbación de los derechos conduce al olvido de los deberes. Los deberes delimitan los derechos porque remiten a un marco antropológico y ético en cuya verdad se insertan también los derechos y así dejan de ser arbitrarios. Por este motivo, los deberes refuerzan los derechos y reclaman que se los defiendan y promuevan como un compromiso al servicio del bien. En cambio, si los derechos del hombre se fundamentan solo en las deliberaciones de una asamblea de ciudadanos, pueden ser cambiados en cualquier momento y, consiguientemente, se relaja en la conciencia común el deber de respetarlos y tratar de conseguirlos. Los gobiernos y los organismos internacionales pueden olvidar entonces la objetividad y la cualidad de «no disponibles» de los derechos. Cuando esto sucede, se pone

dualismo— el Siervo de los Siervos de Dios hizo énfasis en los deberes. Como enseña Lamas: “...el *primum datum* de la vida jurídica —como en la moral en general— no es el poder sino el deber; ello es así, porque el fin, tanto del Derecho como de la moral, es el bien común, que es un fin del cual surge un deber incondicionado”<sup>30</sup>.

En la misma encíclica, refiriéndose al mal —*peste*<sup>31</sup>, según Pío XI— del laicismo, Benedicto XVI afirmó que por privar a los derechos humanos de su fundamento trascendente se corre el riesgo de que estos derechos no sean respetados<sup>32</sup>.

Posteriormente, el mismo Sumo Pontífice retomó estas enseñanzas en un discurso durante su viaje a Chipre en 2010<sup>33</sup>. En esta oportunidad recordó sus palabras a la Asamblea General de las Naciones Unidas, y acto seguido enseñó que es necesaria la fundamentación de la ley positiva en los principios de la ley natural, diciendo: “...la promoción de la verdad moral en la vida pública requiere un esfuerzo constante para fundamentar la ley positiva sobre los principios éticos de la ley natural. Esta exigencia, en el pasado, fue considerada como algo evidente; sin embargo, la corriente positivista en las teorías legales contemporáneas está pidiendo la recuperación de este axioma fundamental. Individuos, comunidades y Estados, sin la guía de verdades morales objetivas se volverían egoístas y sin escrúpulos, y el mundo sería un lugar más peligroso para vivir”.

Cuando se acercaba el fin de su reinado, y durante un discurso en el cual —entre otras cosas— criticó expresamente una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>34</sup>, el Obispo de Roma afirmó: “Sobre todo en Occidente, se encuentran lamentablemente muchos equívocos sobre el significado de los derechos del hombre y los deberes que le están unidos. Los derechos se confunden con frecuencia con manifestaciones exacerbadas de autonomía de la persona, que se convierte en autorreferencial, ya no está abierta al encuentro con Dios y con los demás y se repliega sobre ella misma buscando únicamente satisfacer sus propias

---

en peligro el verdadero desarrollo de los pueblos. Comportamientos como estos comprometen la autoridad moral de los organismos internacionales, sobre todo a los ojos de los países más necesitados de desarrollo. En efecto, estos exigen que la comunidad internacional asuma como un deber ayudarles a ser «artífices de su destino», es decir, a que asuman a su vez deberes. *Compartir los deberes recíprocos moviliza mucho más que la mera reivindicación de derechos*”.

<sup>30</sup>Lamas, Félix Adolfo, *La experiencia...cit.*, 320-321.

<sup>31</sup>Pío XI calificó así al laicismo en la encíclica *Quas Primas*, quizás el más importante documento pontificio en materia social.

<sup>32</sup>Cf. Benedicto XVI, *Caritas in veritate*, n. 56, disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>33</sup>Benedicto XVI, “Tres caminos para realizar la verdad moral en política” (discurso en encuentro con las autoridades civiles y el cuerpo diplomático en el palacio presidencial de Nicosia, Chipre), en *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, domingo 13 de junio de 2010, 6.

<sup>34</sup>*Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C Nº 257.

necesidades. Por el contrario, la defensa auténtica de los derechos ha de contemplar al hombre en su integridad personal y comunitaria<sup>35</sup>.

Poco tiempo antes, el Vicario de Cristo que precedió al Papa Francisco se había expresado del siguiente modo: "...Tampoco es justo codificar de manera subrepticia falsos derechos o libertades, que, basados en una visión reductiva y relativista del ser humano, y mediante el uso hábil de expresiones ambiguas encaminadas a favorecer un pretendido derecho al aborto y a la eutanasia, amenazan el derecho fundamental a la vida"<sup>36</sup>.

#### IV. ACERCA DE LAS ENSEÑANZAS DE BENEDICTO XVI

Estas consideraciones pontificias importan la necesidad de entender los llamados DD.HH. desde su fundamento, incluso por aquellos organismos internacionales que se proclaman los defensores de dichos derechos. La claridad del Magisterio de Benedicto XVI no deja lugar a dudas: el desligar a estos derechos de la naturaleza humana conlleva necesariamente el fracaso de las declaraciones e instituciones que dicen defenderlos.

Pero el entonces Sucesor de Pedro fue más allá: introdujo la vinculación del hombre con Dios. Tampoco puede soslayarse que el Papa Ratzinger vinculó la interpretación positivista con la pérdida de la autoridad de los organismos internacionales como "defensores de los derechos fundamentales", implicando también que, al dejar de lado el orden natural, estos entes supranacionales abandonarían la justificación de su misma existencia.

Es interesante destacar que Benedicto XVI ha enseñado que la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales que refieren a los derechos del hombre debe surgir de esa "*justicia que no cambia*", es decir *lo justo natural o derecho natural*<sup>37</sup>, el cual tiene como causa ejemplar a la ley natural<sup>38</sup>. Volvamos también a esa frase que se eligió para comenzar este trabajo, en la cual el entonces líder de la Iglesia Católica afirmó que los derechos del hombre *no se pueden comprender sin tener en cuenta la naturaleza del ser humano*.

Seis décadas después de la Declaración de 1948, el Primado de Italia categóricamente rechazó la actitud de esquivar al fundamento. Debe tenerse en cuenta que estas reflexiones pontificias responden no solo a un

---

<sup>35</sup>Benedicto XVI, *Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede*, 7 de enero de 2013 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>36</sup>Benedicto XVI, *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la celebración de la XLVI Jornada Mundial de la Paz*, 1 de enero de 2013 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>37</sup>Ver Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 7, y Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 2.

<sup>38</sup>Sobre la distinción entre *ley natural* y *Derecho natural* recomendamos la lectura de Herrera, Daniel Alejandro, "Derecho natural y ley natural", *Prudentia Iuris XXI-XXII*, Buenos Aires, Enero-Diciembre 1989, 53-71.

estudio teórico del tema, sino también a una constatación de lo ocurrido durante más de medio siglo en el ámbito internacional.

Si Benedicto XVI insistió constantemente –incluso ante auditorios no católicos– en el fundamento de los DD.HH., olvidando al “acuerdo práctico”, pareciera ser que es porque reconoce la ineficacia del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos como instancia autosuficiente, y porque se propone plantear una serie de criterios válidos universalmente para aquello que considera una recta comprensión e interpretación de los derechos humanos. Es que, si lo justo positivo es aquello que depende del acuerdo de los hombres, los DD.HH. –de aceptarse el acuerdo práctico como fundamento– no serían derechos subjetivos naturales<sup>39</sup>. Y al no ser naturales, no podría plantearse su universalidad. Lo ha reconocido el profesor decididamente *no iusnaturalista* Laporta: “...si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo...”<sup>40</sup>. También lo ha reconocido otro *no iusnaturalista* como el ya citado Bulygin: “Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles...”<sup>41</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Puede sintetizarse la enseñanza de Benedicto XVI en lo siguiente: los DD.HH. no pueden depender del consenso, y solo en la medida en que se recuperen y sean verdaderamente tenidas en cuenta por las autoridades políticas las nociones de *naturaleza humana*, *ley natural*, *derecho natural* y *derechos subjetivos naturales* podrá garantizarse –al menos de un modo muy superior al actual– el auténtico respeto por la persona humana, que la Teología católica<sup>42</sup> reconoce creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de razón y justicia.

---

<sup>39</sup>Siguiendo a Lamas, es posible sostener que el Derecho o *lo justo* se verifica de manera análoga en el objeto terminativo de la conducta justa, en la norma jurídica y en la facultad jurídica, poder jurídico o derecho subjetivo. De este modo, es posible hablar de un derecho subjetivo natural como algo justo por naturaleza. Cf. Lamas, Félix Adolfo, “Dialéctica y Derecho”, *Circa Humana Philosophia* N° III, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1998, 54-56.

<sup>40</sup>Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* 4 (1987), 32.

<sup>41</sup>Bulygin, Eugenio, *art. cit.*, 84.

<sup>42</sup>No debe olvidarse que Joseph Ratzinger ha sido un prestigioso teólogo y que la cosmovisión católica es el marco teórico dentro del cual Benedicto XVI ha desarrollado sus enseñanzas.

# ANÁLISIS DE UN FALLO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA

*Silvia Estela Marrama\**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El caso. 3. Análisis doctrinario. 4. Sentencias infundadas. 5. *Iura novit curia*. 6. Nulidad de la sentencia. 7. *Excursus*. 8. Conclusión. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es desarrollar brevemente la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación y aplicarla al análisis de un fallo sobre maternidad subrogada<sup>1</sup>.

Del análisis referido se concluirá que la sentencia incurre en un exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos proyectados no vigentes. Asimismo se demostrará que la hermenéutica judicial efectuada en el fallo es inexacta e indebida, que el juez –en violación de la separación de poderes– se apartó dogmáticamente del derecho vigente, cuya aplicación al caso hubiese concluido en una decisión justa y razonable.

Esta pretende ser, por lo tanto, una breve investigación aplicada<sup>2</sup> sobre la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación.

---

\*Abogada-Mediadora Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario, Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Investigadora categorizada (Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación).

Se publica con la gentil autorización de la autora y de la Revista *República y Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, vol. III, 2018 (revistaryd.derecho.uncu.edu.ar). Correo electrónico: silviaemarrama@gmail.com

<sup>1</sup>JNCiv., Nº 81, “S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación”, 14/06/2017; RC J 3934/17.

<sup>2</sup>Tal como sostiene la doctrina especializada, es una investigación aplicada en tanto “Si la orientación es hacia el examen de los datos de la experiencia jurídica, también en esta nos encontramos en el orden de la construcción sistemática de los conceptos, aun cuando hay una realidad empírica que analizar”. Lara Sánchez, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. 1ra. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, 43.

## 2. EL CASO

El caso se origina con la demanda de impugnación de filiación extramatrimonial de los coactores contra la mujer gestante que dio a luz un niño, para que se le desplace del estado de madre de aquel y se ordene la emisión de una nueva partida de nacimiento donde consten como padres. Alegan que la gestante –quien se allana a la demanda– se ofreció para ayudarlos de forma libre, altruista y desinteresada para que pudiesen tener un hijo, prestando su consentimiento libre y espontáneo a la transferencia a su vientre del óvulo aportado por una tercera mujer y fecundado con material genético masculino aportado por uno de los coactores<sup>3</sup>. El niño, nacido el 4 de junio de 2015, fue inscripto el mismo año, de oficio, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, consignándose como madre a la gestante y como padre al actor no relacionado biológicamente con el niño.

Luego de celebrarse una audiencia a la que fueron convocadas las partes, la tutora *ad litem* del niño y a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, y del dictamen emitido por los Ministerios Públicos Fiscal y Pupilar, se resuelve hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar que el niño no es hijo de la gestante que lo dio a luz sino de los coactores. Asimismo se ordena librar oficio al instituto médico que intervino en el procedimiento de fertilización y de transferencia embrionaria, haciéndole conocer su deber de mantener reservada la documentación correspondiente, a fin de que el niño pueda requerir a futuro, por sí, los datos médicos de la donante y, eventualmente, por razones fundadas, su identidad. Por último, se ordena librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas –en los términos del artículo 559 del Código Civil y Comercial (en adelante, art. y CCyC)–, y notificar a los Ministerios.

Al fundar la sentencia, el juez incurre en arbitrariedad por exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos proyectados no vigentes –proyectos legislativos de regulación de la gestación por sustitución– en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas vigentes aplicables –tales como el art. 9 de la Ley N° 26.994, y los arts. 562 y art. 620 CCyC, entre otros–. Una correcta aplicación del derecho hubiese concluido en el rechazo de la impugnación de la maternidad y en la confirmación de la inscripción del niño como hijo de quien lo dio a luz.

---

<sup>3</sup>“El nacimiento de J. P. fue a través de técnicas de Reproducción Humana Asistida utilizándose ovodonación y material genético de ambos, de los preembriones transferidos a C. se implantó y tuvo vida solo el embrión que fuera conformado por ovodonación y material genético de L.” (confrontar punto a) de las resultas de la sentencia).

Si bien esta sentencia ha sido comentada por la doctrina especializada<sup>4</sup>, no se la ha analizado bajo el aspecto de su arbitrariedad por defecto de fundamentación. Por otra parte, cabe señalar asimismo que diversos artículos de doctrina<sup>5</sup> han comentado fallos cuyo sustrato fáctico es similar al que se glosará en estas líneas, pero tampoco lo han hecho desde esta perspectiva. Ello permite afirmar que se trata de un abordaje novedoso de la cuestión.

### 3. ANÁLISIS DOCTRINARIO

#### 3.a. EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD

Sabido es que pesa sobre los jueces el deber constitucional de fundamentar las sentencias. Esta obligación constituye, junto con el principio de publicidad, la síntesis de una larga evolución que terminó de afirmarse como uno de los pilares del sistema democrático<sup>6</sup>.

En efecto, el Estado Constitucional o Estado de Derecho conlleva la exigencia de un mínimo inexcusable de racionalidad en todos y cada uno de los actos estatales, incluidos los actos jurisdiccionales. La referida exigencia, que fluye del art. 33 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), y nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, constituye la garantía innominada del debido proceso legal. Esta garantía sustenta la descalificación de una sentencia por irracional, es decir, por arbitraria. Por ello se afirma que el recurso

---

<sup>4</sup>Briozzo, María Soledad. "La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional". *DFyP* 2017, núm. 30, noviembre. Cita Online: AR/DOC/2665/2017. Notrica, Federico. "Dos nuevos fallos sobre gestación por sustitución. ¿Hasta cuándo el vacío legal?". *RDF* 2017, núm. 57. Cita Online: AP/DOC/995/2017.

<sup>5</sup>Entre ellos, remito especialmente al lector a los enjundiosos análisis del fallo del Juz. Familia Viedma, N° 7, "Reservado s/Autorización Judicial" (f), 06/07/2017. Cita Online: AR/JUR/39473/2017, comentado por Sambrizzi, Eduardo A. "Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes". *L L* 22/08/2017, 7. Cita Online: AR/DOC/2116/2017; y del fallo del Juz. N de Primera Instancia en lo Civil N° 8, "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/impugnación de filiación", 20/09/2016, comentado por Lafferrière, Jorge Nicolás. "La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil". *ED* 270 del 21/12/2016, núm. 14.105. Asimismo, ver Marrama, Silvia. "La justicia declara la validez de los 'actos extrapatrimoniales' de subrogación de vientres". *ED* 264 del 21/01/2015 núm. 13.837.

<sup>6</sup>Guzmán, Leandro. *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires: Astrea, 2013, 11. Citado por Conte-Grand, Julio. En: Sánchez Herrero, Andrés (dir.). *Tratado de derecho civil y comercial*. 1ra. ed. 1ra. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016. Tomo I. Parte General, 48.

contra la arbitrariedad de las sentencias emana directamente del orden público constitucional argentino<sup>7</sup>.

Dicho de otro modo, la arbitrariedad se configura cuando el órgano que dicta la sentencia lo hace al margen de su constitucional forma de actuar. Es decir que la inconstitucionalidad nace del proceder viciado del magistrado, que viola, además del debido proceso legal, el principio de legalidad<sup>8</sup>. Y dado que la legalidad constitucional puede quebrantarse en cualquier etapa de creación o aplicación del derecho, de consumarse el referido quebranto, los actos y normas producidos carecerán de sustento en la norma suprema de la cual se deriva la validez de todo el ordenamiento. La tacha de arbitrariedad de las sentencias constituye, entonces, una de las herramientas del control de constitucionalidad, en pos de afianzar la suprallegalidad constitucional<sup>9</sup>.

Una de las consecuencias del principio de legalidad es la exigencia de que cualquier restricción de derechos efectuada por cualquiera de los poderes del Estado esté normativamente prevista, exigencia consagrada constitucionalmente en los arts. 14, 17, 18 y 19 CN y en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). La exigencia constitucional del principio de legalidad conlleva el debate sobre la cuestión acerca de qué debe entenderse por el término “ley”, excepto en las áreas en las cuales rige el principio de reserva legal o que se encuentran incluidas en la zona de reserva<sup>10</sup>.

El origen de la construcción jurisprudencial sobre las sentencias arbitrarias se encuentra en un *obiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en el caso “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, del que surgen claramente las notas fundamentales de las sentencias arbitrarias: son aquellas “desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup>Vanossi, Jorge R. “La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anti-constitucionalidad)”. En: AAVV. *Temas de casación y recursos extraordinarios: en honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Librería Editora Platense SRL, 1982, 179-209.

<sup>8</sup>Fiorini, Bartolomé. “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales”, La Ley 03/12/57 y La sentencia arbitraria, en La Ley 19-06-68. Citado por Vanossi, Jorge R. *Op. cit.*, 185.

<sup>9</sup>Vanossi, Jorge R. *Op. cit.*, 179-209.

<sup>10</sup>Sánchez Brígido, Rodrigo. “Principio de legalidad, decretos y fallos plenarios”. En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Rivera, Julio C. (h); Elías, José S.; Grosman, Lucas S.; Legarre, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I, 307 ss.

<sup>11</sup>Fallos: 112-384.

### 3.b. EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD

La garantía del debido proceso legal y el principio de legalidad antes mencionados se vinculan con el principio de razonabilidad, y todos ellos conforman la estructura de limitación del poder<sup>12</sup>.

El principio o mandato de razonabilidad emerge, conforme con la jurisprudencia de la CSJN, del art. 28 CN, y se circunscribe al examen de la vinculación o proporcionalidad existente entre los medios empleados y los fines perseguidos por la ley que reglamenta los principios, garantías y derechos constitucionales<sup>13</sup>, y a un control de legitimidad de aquellos fines<sup>14</sup>, mientras que excluyen de este control de constitucionalidad las cuestiones políticas no justiciables, es decir, las razones de oportunidad, mérito o conveniencia del dictado de la ley<sup>15</sup>, exclusión fundada en el principio de separación de los poderes del Estado<sup>16</sup>.

Cabe aquí aclarar que los conceptos de debido proceso y razonabilidad se refieren a realidades relacionadas pero diferentes.

Debido proceso comprende una serie de garantías en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que pudiesen alterar el estado, posición, intereses o derechos de las personas, y desde una concepción más amplia, prescribe la exigencia de razonabilidad de las disposiciones estatales relacionadas en forma directa con los derechos constitucionales<sup>17</sup>.

Por su parte, la finalidad primera del principio constitucional de razonabilidad es controlar la validez sustancial de la reglamentación legislativa de los derechos constitucionales. Pero también entiende la CSJN<sup>18</sup> que el resultado de la actividad judicial en la resolución de un caso –norma individual– debe ser razonable y proporcionado. Es decir, que el análisis o control de razonabilidad previsto por el art. 28 CN se aplica asimismo a la norma individual creada por el juez, que avala la pretensión de las partes adversas en el proceso. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se afirma que el requisito de la razonabilidad es un estándar de control de la decisión judicial. En esta línea, la Comisión

---

<sup>12</sup>Gelli, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. 2da. ed. Ampl. y act. Buenos Aires: La Ley, 2003, 249.

<sup>13</sup>Fallos: 248: 800, entre otros.

<sup>14</sup>Fallos: 199: 145; 199: 483; 299: 428, entre otros.

<sup>15</sup>Fallos: 98: 20, 147: 402, 150: 89, 160: 247, 200-450; 224: 810, 238: 60, 257: 127, entre muchos otros.

<sup>16</sup>Fallos: 155: 248, 311: 2580, entre otros.

<sup>17</sup>Cianciardo, Juan; Romero, Maximiliano J. "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Rivera, Julio C. (h); Elias, José S.; Grosman, Lucas S.; Legarre, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I, 432 ss.

<sup>18</sup>Fallos: 310: 234, 311: 2580; 321: 1252; 333: 1023, entre otros.

entiende que “razonablemente fundada” es una resolución que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias<sup>19</sup>.

El arribo al resultado judicial razonable implica sucesivas determinaciones, tales como la elección de los hechos, pruebas y normas relevantes para el caso, y la correcta hermenéutica aplicable a ellas<sup>20</sup>. En efecto, las normas constituyen razones para resolver el caso, pero el operador jurídico debe escoger de entre ellas (normas relevantes), y escoger la interpretación de ellas (hermenéutica adecuada). Esas elecciones o determinaciones deben hacerse, a su vez, sobre la base de razones (principios jurídicos constitucionales), ya que el intérprete no puede elegir arbitrariamente.

Por todo ello se afirma que el principio de razonabilidad de la ley encuentra su necesario complemento en el principio de razonabilidad en la interpretación de la ley<sup>21</sup>.

Este criterio exigible de razonabilidad de las sentencias tiene como límite el juzgar el mero error o acierto de la sentencia en su aplicación del derecho<sup>22</sup>, e impide anular resoluciones judiciales por disconformidad en la selección, interpretación y aplicación de la ley.

### 3.c. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

La Corte Suprema tiene dicho en diversos fallos que toda sentencia debe estar fundada, es decir, debe consistir en una derivación razonada del derecho vigente, y no ser un mero producto de la voluntad del juez<sup>23</sup>. En la misma línea, el Código Civil y Comercial exige al juez el dictado de decisiones razonablemente fundadas (cfr. art. 3 CCyC).

La doctrina del derecho procesal desglosa el deber constitucional de fundamentación de la sentencia en dos actos: fundar y motivar. Fundar refiere a las normas jurídicas vigentes, y significa derivar de ellas en forma lógica y coherente la sentencia, en tanto motivar refiere a la apreciación crítica de los hechos del caso<sup>24</sup>. En resumen, “la sentencia deberá propor-

---

<sup>19</sup>Lorenzetti, Ricardo L.; Highton de Nolasco, Elena; Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Punto III, 4 (Fecha de consulta: 10/12/2016). Disponible en web: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

<sup>20</sup>Cianciardo, Juan; Romero, Maximiliano J. “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”. *Op. cit.* Tomo I, 472 ss.

<sup>21</sup>Toller, Fernando M. “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”. En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. *Op. cit.* Tomo I, 169.

<sup>22</sup>Fallos: 286: 85, 310: 676, entre otros.

<sup>23</sup>Fallos: 42: 917, 19/03/1958, entre otros.

<sup>24</sup>Arazi, Roland; Rojas, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Tomo I, 92 ss.

cionar una adecuada relación entre los hechos probados y la normativa vigente<sup>25</sup>.

#### 4. SENTENCIAS INFUNDADAS

La doctrina enumera cinco subclases de arbitrariedad normativa<sup>26</sup>. Una de ellas se configura cuando el juez, en violación de la separación constitucional de poderes, se atribuye la función legislativa<sup>27</sup>. Se trata de las sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas, causal que Carrió desglosa en su célebre clasificación, que conserva actualidad y aceptación general, a la par que señala los criterios relativos a la fundamentación de la decisión, de entre los cuales se subrayan los siguientes, aplicables a la sentencia que se analizará:

- 1) sentencias en las que los jueces se arrogan una función de legisladores (exceso funcional o arrogancia legislativa);
- 2) sentencias que prescinden del derecho aplicable, se apartan del derecho vigente o actúan derecho no vigente (exceso hermenéutico por subsunción en preceptos derogados o aún no vigentes);
- 3) sentencias que solo se basan en afirmaciones dogmáticas del juez que revelan apoyo en su mera voluntad personal (exceso dogmático)<sup>28</sup>.

##### 4.a. EXCESO HERMENÉUTICO

Enseñaba Salvat a mediados de siglo pasado, que la interpretación judicial de las normas que hacen los jueces en sus sentencias tiene los siguientes presupuestos: todo el derecho está contenido en el texto de la ley, por consiguiente la tarea esencial y única del intérprete es establecer su verdadero sentido y alcance; b) para la interpretación de la ley se toma como base la voluntad del legislador, que se encuentra en las palabras o en el espíritu

---

<sup>25</sup>Conte-Grand, Julio. "Parte General: tomo I". En: *Tratado de derecho civil y comercial*. Sánchez Herrero, Andrés (dir.). 1ra. ed. 1ra reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016, 249-250.

<sup>26</sup>Sagües, Néstor P. *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. Cap. XVI, 613 ss.

<sup>27</sup>Bielsa, Rafael. *Cuestiones de jurisdicción*. Buenos Aires: La Ley, 1956, 280-281. Citado por Vanossi, Jorge R. *Op. cit.*, 199.

<sup>28</sup>Carrió, Genaro. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 1ra. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. Citado por Morello, Augusto M. y Rosales Cuello, Ramiro. *El recurso extraordinario*. 2da. ed. reelaborada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Librería Editora Platense, 1999, 474 ss.

Carrió, Genaro. "Sentencia arbitraria". *Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1965, I y II, 9 y ss. Citado por Vanossi, Jorge R. *Op. cit.*, 184.

de la ley; c) para suplir el silencio de la ley se recurre a la ley misma, ya sea en leyes análogas o en los principios generales del derecho<sup>29</sup>.

Bajo sus directivas se puede afirmar que:

- a) los hechos de la causa “S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación”<sup>30</sup> se subsumen en lo dispuesto por la norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta”;
- b) la ley debió interpretarse conforme a sus antecedentes parlamentarios (cfr. interpretación sistemática, desarrollada más adelante en este acápite), de los cuales se concluye la expresa exclusión por parte del legislador de la figura de la maternidad subrogada;
- c) si se hubiese entendido que existía silencio en la ley, debió recurrirse a la ley misma, es decir, al art. 562 CCyC, que dispone que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”, y al instituto de la adopción integrativa, previsto por el art. 620 CCyC.

Las enseñanzas de Salvat siguen vigentes y se plasman en el art. 2 del CCyC<sup>31</sup>, con el fin de aportar coherencia al sistema de fuentes. El texto conserva cuatro reglas del Código anterior: a) las palabras de la ley –“la aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción”<sup>32</sup>–; b) sus finalidades –lo que Vélez denominaba “el espíritu de la ley”–; c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A la par incluye reglas novedosas, tales como e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento de modo coherente.

El texto del artículo destaca en primer lugar la ley, para recordar a los jueces que las sentencias que no la aplican o se apartan de ella sin declarar

---

<sup>29</sup>Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1947. Tomo 1, 145 y ss.

<sup>30</sup>JNCiv., N° 81, “S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación”. *Op. cit.*

<sup>31</sup>Cfr. desarrollo del tema en Marrama, Silvia, “Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma”. DFyP 2017, núm. 76, mayo. Cita Online: AR/DOC/997/2017.

<sup>32</sup>Lorenzetti, Ricardo L.; Highton de Nolasco, Elena; Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.* Punto III, 4.1.

su inconstitucionalidad, resultan decisiones *contra legem*. También establece el criterio de coherencia como orientador básico de la práctica jurídica.

La sentencia analizada es incoherente y fue dictada *contra legem*. En efecto, en el considerando II afirma el magistrado que aplica el método gramatical –que denomina “método literal”–, y luego cita el art. 7 CCyC en virtud del cual se remite a la norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994, que claramente establece que los niños nacidos antes de la entrada en vigencia del CCyC son hijos de quien los dio a luz. Sin embargo, la parte dispositiva de la sentencia contradice estas afirmaciones al declarar que el niño es hijo de los coactores. La aplicación de la norma citada (norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994) hubiese determinado el rechazo de la impugnación de la maternidad y la confirmación de la inscripción del niño como hijo de la mujer gestante que lo alumbró.

Afirma el juez a continuación: “Siendo ello así, la norma en cuestión (art. 9 de la Ley N° 26.994, norma transitoria tercera) da efectos retroactivos al CCyC en este tipo de filiación; norma necesaria porque esta fue incorporada en nuestro ordenamiento legal con la sanción del citado código, es decir, la filiación por voluntad procreacional, por lo que sus normas resultan aplicables” (cfr. considerando II). Esta afirmación también es arbitraria, porque cita la norma transitoria pero su aplicación retroactiva la realiza en forma parcial, a la par que ignora sus claras disposiciones que obstaculizan la procedencia de la impugnación de maternidad<sup>33</sup>.

Por otra parte, si –tal como sostiene el magistrado– la norma transitoria citada otorgase efectos retroactivos al CCyC, no se explica cuál es el motivo que el juez encuentra para apartarse, al resolver, de lo que dispone el artículo del CCyC que trata específicamente el tema, es decir, el art. 562, que establece: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

El art. 562 del CCyC excluye el emplazamiento filiatorio directo de la gestación por sustitución. Ello se evidencia en el doble requisito para la gestante que establece el artículo en cuestión, explicitado por el término “también”: la mujer debe prestar su consentimiento informado y dar a luz<sup>34</sup>. El nacido será su hijo e hijo de “el hombre o la mujer” que haya prestado su consentimiento informado.

---

<sup>33</sup>Lafferrière, Jorge Nicolás. “La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil”. ED, 270. *Op. cit.*

<sup>34</sup>Basset, Úrsula C. “La democratización de la filiación asistida”. Calvo Costa, Carlos A. (dir.). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*. Tomo II. Relaciones de familia. Buenos Aires: La Ley, 2016, 904-905.

Cabe destacar además, que al mismo resultado hubiera debido arribar el magistrado si hubiese aplicado el art. 242 del Código Civil, vigente al momento del nacimiento del niño: madre, conforme el derecho civil argentino, era (cfr. art. 242 del Código Civil y norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994) y es (cfr. art. 562 CCyC) quien da a luz en el parto.

Lo expuesto evidencia la arbitrariedad de la sentencia analizada por exceso hermenéutico, ya que el juez ha transgredido el límite de posibilidades interpretativas que el ordenamiento jurídico permite.

#### 4.b. EXCESO FUNCIONAL

El art. 2 del CCyC contempla asimismo la interpretación sistemática, en cuanto alude a la directriz teleológica-objetiva, criterio hermenéutico que pretende dilucidar el fin, el sentido, o la *ratio* de la norma<sup>35</sup>. Para desentrañarlo, tanto la doctrina<sup>36</sup> como la jurisprudencia<sup>37</sup> recurren a los antecedentes parlamentarios –trabajos de las comisiones, debates en el recinto o exposiciones de motivos, entre otros–.

Analizada la Ley N° 26.994 a la luz de sus antecedentes parlamentarios, resulta evidente que se excluyó de su articulado la regulación de la gestación por sustitución en atención a las críticas expresadas por la ciudadanía en diversas audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral para debatir el proyecto de CCyC, críticas centradas fundamentalmente en la cosificación de la mujer y del niño gestado, y en el tráfico humano que esta práctica generalmente encierra<sup>38</sup>. Se aprecia en la lectura de la sentencia aquí comentada que el magistrado cita el Dictamen de la Comisión Bilateral que explica las razones de la eliminación expresa de la maternidad subrogada del texto del CCyC. Sin embargo, pese a reconocer la supresión expresa de la figura efectuada por el legislador, y sin perjuicio de citar la norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994 y el art. 562 CCyC, hace caso omiso del antecedente parlamentario y del texto de la ley, y resuelve hacer lugar a la demanda, reconociendo implícitamente la validez del contrato de subrogación de vientres (cfr. considerando V), en

---

<sup>35</sup>Rabbi Baldi Cabanillas, Renato. “Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, arts. 1 a 400*. Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.). 1ra. ed. 2da. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2015, 62.

<sup>36</sup>Cfr. entre otros, Tobías, José W. Autor de las glosas a los arts. 1 a 103. Alterini, Jorge H. (Dir.) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. Vol. 1, 13-25.

<sup>37</sup>Desde antaño la CSJN utiliza los antecedentes parlamentarios para fundar sus sentencias (cfr. Fallos: 177: 390).

<sup>38</sup>Marrama, Silvia *et al.* “Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015”. *El Derecho* 267 del 20/05/2016 núm. 13.961.

clara violación de la división de poderes, lo que permite afirmar que se trata de una arbitrariedad de sentencia por exceso funcional.

#### 4.c. EXCESO DOGMÁTICO

El juez incurre en exceso dogmático al afirmar, en el considerando V, que “la gestación por sustitución no ha sido prohibida en el CCyC habiendo quedado el tema sujeto a la discrecionalidad judicial” y que este presunto vacío legal “va siendo completado por la jurisprudencia”. Su mera voluntad personal expresada como verdad inconcusa colisiona tanto con el articulado del Código de Vélez Sársfield como con el texto del Código Civil y Comercial: ambos vedan la pretendida discrecionalidad judicial respecto del tema.

La utilización de la jurisprudencia como fuente del derecho en lugar de aplicar las normas vigentes, constituye otra cara de la arbitrariedad que se señala en la sentencia comentada. Cabe recordar que el art. 1 del CCyC, que enumera las fuentes del derecho, en la versión sancionada y vigente no comprende como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, pese a haber sido prevista en la redacción del artículo elaborada por la Comisión redactora<sup>39</sup>.

Asimismo, haciendo caso omiso del Dictamen de la Comisión Bicameral –antecedente que la sentencia cita en el considerando V–, se remite en el mismo considerando “al tratamiento que ha recibido la gestación por sustitución a nivel nacional en los proyectos legislativos respecto a su regulación, siendo, por lo demás, su aceptación legal la tendencia que prevalece –con distintas variantes– en el Derecho Comparado”.

Al respecto cabe mencionar que, amén de que los proyectos de ley no resultan derecho vigente aplicable al caso, no solo existen proyectos regulatorios de la gestación por sustitución, sino también otros que prohíben esta práctica<sup>40</sup>.

Debe ser señalado, asimismo, que el juez prescinde de la aplicación del derecho vigente (cfr. norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley

---

<sup>39</sup>Porras, Alfredo Rafael. “La interpretación en el derecho”. DJ 02/11/2016, 12. Cita Online: AR/DOC/1597/2016.

<sup>40</sup>Bortolozzi de Bogado, Adriana, pretendía incorporar al Código Civil la nulificación expresa de los acuerdos de maternidad por subrogación. Proyecto de Ley 2439/07. Tipo Origen Senado de La Nación.

Bortolozzi de Bogado, Adriana. Proyecto de ley incorporando al código civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación (Fecha de consulta: 20/09/2017). Disponible en web: [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro\\_comision=&tConsulta=4](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro_comision=&tConsulta=4).

Nº 26.994 y art. 562 CCyC), sin declararlo inconstitucional, pese a la inveterada doctrina de la CSJN al respecto<sup>41</sup>.

Por lo expuesto se puede afirmar que se configura de modo patente en esta sentencia lo que Carrió denomina exceso hermenéutico por actuar derecho no vigente (proyectos legislativos), a la par que se descarta la aplicación de la solución prevista por las normas vigentes; y exceso funcional o arrogancia legislativa por aplicar una figura expresamente excluida por el legislador<sup>42</sup>.

Por último, cabe aclarar que es errónea la afirmación del magistrado respecto de la tendencia del derecho comparado en favor de la figura de la gestación por sustitución. Esta afirmación dogmática, basada en su mera voluntad personal de sentenciar conforme a la figura de la gestación por sustitución, es desmentida por numerosas publicaciones<sup>43</sup>, entre ellas, la que da cuentas de: a) países en los que la maternidad subrogada es ilegal: es el caso de España, Francia, Italia, Alemania o Suiza, b) países en los que se permite solo cuando no medie contraprestación económica (México, Canadá, Brasil o Reino Unido); d) países que la admiten: Ucrania, Rusia, India y algunos pocos estados de Estados Unidos, d) la mayor parte de los países no regulan la práctica de la maternidad subrogada<sup>44</sup>.

## 5. IURA NOVIT CURIA

Más allá de lo señalado, es necesario decir que el magistrado cita erróneamente el principio *iura novit curia* (cfr. considerando II), ya que este principio procesal obliga a los jueces a aplicar el derecho vigente. El principio indica el deber de los magistrados de calificar en forma autónoma la realidad fáctica y de subsumirla en las normas jurídicas vigentes, sin encontrarse constreñidos por la calificación jurídica de los hechos que

---

<sup>41</sup>No es admisible una interpretación del juez que prescinda del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, ya que la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuar los principios y garantías constitucionales, debe efectuarse sin violencia de su letra y de su espíritu. Cfr. Fallos: 301: 595, entre otros.

<sup>42</sup>Carrió, Genaro. *Ibidem*. Citado por Morello, Augusto M.; Rosales Cuello, Ramiro. *Op. cit.*, 474 ss. Carrió, Genaro. *Ibidem*. Citado por Vanossi, Jorge R. *Op. cit.*, 184.

<sup>43</sup>Marrama, Silvia. "La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley Nº 5700-D-2016". DFyP 2017, núm. 226, agosto. Cita Online: AR/DOC/1798/2017. Ver asimismo Marrama, Silvia *et al.* *Op. cit.*

<sup>44</sup>Ruiz Sáenz, Ángela. "Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado". *Tempus*, actas de saúde colet, Brasília. 2015. Junio. Vol. 9, núm. 2, 121-132 (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: [www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501](http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501).

puedan haber hecho las partes, pues “el derecho lo dice el juez”<sup>45</sup>, y ello es fundar adecuadamente las sentencias.

La calificación correcta de la realidad fáctica del caso y su subsunción en las normas vigentes hubiese debido concluir en el rechazo de la impugnación de maternidad y la confirmación de la inscripción del niño como hijo de la mujer gestante que lo dio a luz –cfr. norma transitoria tercera del art. 9 de la Ley N° 26.994, y art. 562 CCyC–.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez incluso podría haber instado a las partes a readecuar sus pretensiones y resolver el caso de acuerdo con el instituto de la adopción por integración –cfr. art. 620 CCyC–, pero le estaba vedado apartarse del derecho vigente.

## 6. NULIDAD DE LA SENTENCIA

Como se ha explicado *ut supra*, es condición de validez de las sentencias que sean fundadas, y por ende, que constituyan una derivación razonada del derecho vigente. La omisión del deber de fundar la sentencia, o la incoherencia entre sus fundamentos y su parte dispositiva, vicia el acto<sup>46</sup> y puede provocar la declaración de su nulidad, aun de oficio<sup>47</sup>.

Por todos los argumentos mencionados anteriormente, se concluye que la sentencia analizada incurre en dogmatismo y crea una norma individual que se encuentra al margen de la lógica del deber ser, y por ello es una sentencia que no debería ser<sup>48</sup>, es decir, es nula –cfr. art. 386 y 387 CCyC–.

## 7. EXCURSUS

En algunas publicaciones referidas al tema de la maternidad subrogada<sup>49</sup> se ha advertido acerca de la violación de los derechos de las mujeres gestantes que esta práctica conlleva. Cabe poner de resalto que no es óbice a la configuración de la referida vulneración de derechos el hecho de que, en el caso analizado en estas líneas, la gestante demandada se haya allanado a la pretensión de los coactores, allanamiento que, por otra parte, carece de efectos, de conformidad con lo establecido por los arts. 1.644 del CCyC y 307 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>45</sup>Arazi, Roland y Rojas, Jorge A. *Op. cit.* Tomo I, 92 ss.

<sup>46</sup>Arazi, Roland y Rojas, Jorge A. *Op. cit.* Tomo I, 104 ss.

<sup>47</sup>SCBA, 22/04/1986, Ac. 34573, voto del Dr. Cavagna Martínez. Citado por Conte-Grand, Julio. Parte General: Tomo I. Sánchez Herrero, Andrés (dir.) *Op. cit.* Nota 119, 49-50.

<sup>48</sup>Cossio, Carlos. La plenitud del ordenamiento jurídico. 2da. ed. Buenos Aires: Losada, 1947. Cap. I.

<sup>49</sup>Cfr. entre otras, Marrama, Silvia. “La dignidad de la madre subrogada...”. *Op. cit.*

Otra de las personas afectadas por la práctica es el niño gestado por subrogación de vientres. Al respecto, afirma el magistrado en el considerando VI que “por aplicación del principio rector del interés superior del niño, el que debe primar en todo proceso en que se halle involucrado un menor (arts. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, 3 de la Ley N° 26.061 y 706 inc. c) del CCyC), la respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres”. Ello constituye una nueva afirmación dogmática del magistrado, que no se basa ni en una correcta hermenéutica de las normas vigentes –a las que ya se ha hecho alusión–, ni en evidencia antropológica, ni en el verdadero interés superior del niño sino en el interés de los coactores.

En cuanto a la evidencia antropológica<sup>50</sup> –cuya importancia adquiere más relieve para quien entiende que el derecho necesariamente debe subalternarse–, señala que el período del embarazo –desde la concepción hasta el alumbramiento– es trascendental para el desarrollo físico<sup>51</sup> y psíquico<sup>52</sup> de la persona por nacer.

La genetista Elba Giorgiutti, al disertar en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, explicaba que la medicina contemporánea ha demostrado la existencia de mecanismos no genéticos –epigenéticos– que influirían tanto o más que los genéticos en las enfermedades que padecen los seres humanos. La influencia epigenética en la maternidad subrogada –considerada una práctica experimental– no ha sido aún lo suficientemente estudiada<sup>53</sup>.

Ello así, en tanto “la dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de

---

<sup>50</sup>Se utiliza el término “antropología” en su sentido etimológico y primigenio. Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española (Fecha de consulta: 08/03/2018). Disponible en web: <http://www.rae.es/>

<sup>51</sup>Ver la extensa bibliografía citada en Errázquin, Alicia. “¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia”. Jornadas de Derecho Natural III Nacionales y I Iberoamericanas, Universidad Católica Argentina, Paraná, septiembre de 2005. Errázquin, Alicia. “Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano”. *El Derecho*, diario especial de Política Criminal, 8-9-05. López Moratalla, Natalia. “La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido” (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/06c-perdida-de-la-relacion-inicial-madre-hijo/gmx-niv959-con18332.htm>. Madrazo Cabo, José M. y Marcó BACH, Javier. “El embrión humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas”. Material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA, año 2007.

<sup>52</sup>Roncallo, Claudia P. *et al.* “Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana”. *Escritos de Psicología* 2015. Málaga, Mayo/agosto. Vol. 8, núm. 2 (Fecha de consulta: 16/09/2017). Disponible en web: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1989-38092015000200004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092015000200004).

<sup>53</sup>Giorgiutti, Elba. “Ciencia y mercado, una alianza peligrosa”. Disertación en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 04/09/2015.

arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser<sup>54</sup>. Desde el primer día, el embrión comienza a comunicarse con la gestante a través de citocinas –variedad de proteínas que actúan como mensajeros químicos– llamadas “interleuquinas IL-1”, que interactúan con receptores específicos de las trompas uterinas; comunicación que se transformará en un diálogo molecular<sup>55</sup>. Al producirse la implantación en la pared endometrial –durante la primera semana– el embrión toma contacto con los vasos sanguíneos de la gestante y recibe de ellos la energía necesaria para su desarrollo –diálogo tisular–. Es decir que a lo largo de su vida, el individuo, sin estar prefigurado ni determinado por la dotación genética recibida de sus padres, mantiene, gracias a ella, su identidad biológica, a la par que va recibiendo nueva información –epigenética– que proviene del medio. Así se da una interacción de los componentes del medio interno y externo<sup>56</sup>.

Respecto del interés superior del niño gestado por subrogación de vientres, caben asimismo algunas consideraciones. La primera de ellas es que en materia de filiación se encuentra fuertemente comprometido el orden público, e incumbe al Estado garantizar el emplazamiento familiar de la persona. Los arts. 242 del Código Civil y 565 del CCyC son normas de orden público por involucrar cuestiones indisponibles tanto para las partes (cfr. art. 12 CCyC) como para los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y magistrados intervinientes.

La sentencia considera implícitamente válido el contrato cuyo objeto prestacional es entregar un niño al nacer, y acordar sus vínculos filiatorios, so pretexto de su interés superior. La sentencia trasunta en este aspecto una cierta tendencia liberal de privatización de la filiación<sup>57</sup> que no considera la dignidad del niño.

Por otra parte, cabe recordar brevemente, que si bien el interés superior del niño es una pauta que debe regir toda sentencia judicial, y se la ha incorporado especialmente como principio general de los procesos de familia (cfr. art. 706 inc. c) del CCyC), este principio se traduce en la consecución y preservación de la mayor cantidad de derechos para los

---

<sup>54</sup>López Moratalla, Natalia. “El embrión humano como individuo: una visión epigenética, en *La humanidad in vitro*”. Ballesteros, Jesús (coord.). Granada: Comares, 2002. Citado por Quintana, Eduardo M. “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”. DJ, 4-3-15, 10. DFyP 2015. Marzo, 9-3-15, 182. Cita Online: AR/ DOC/8/2015.

<sup>55</sup>López Moratalla, Natalia. “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano. The Zygote of our Species is the human” (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/01f-el-cigoto-de-nuestra-especie-es-ser-humano/gmx-niv959-con18266.htm>

<sup>56</sup>López Moratalla, Natalia y Iraburu Elizalde, María J. *Los quince primeros días de una vida humana*. 2da. ed. España: Ediciones Universidad de Navarra, 2006, 17/18.

<sup>57</sup>Lafferrière, Jorge Nicolás. *Op. cit.*

niños, y en su menor restricción. En este sentido y tal como se adelantó al inicio de este acápite, el magistrado confunde en el caso el interés superior del niño con el de los adultos coactores. En efecto, ¿cuál sería el mejor interés del niño, sino conservar el vínculo que tuvo durante sus primeros nueve meses de vida y que le permitió nada menos que crecer, desarrollarse y nacer? Es decir, los nueve meses de embarazo de la gestante, período –como se señaló– de suma importancia en la configuración de la salud psicofísica del niño. Máxime cabe conservarlo si, como afirma la gestante en autos, “medió de su parte un fin altruista basado en la amistad con los peticionantes” (cfr. considerando VI). Ello hubiese sido factible si se hubiese resguardado la inscripción registral del niño, y se hubiese decretado la adopción por integración, uno de cuyos efectos es mantener el vínculo entre el adoptado y su “progenitor de origen” (cfr. art. 630 CCyC).

La conservación del vínculo con la madre gestante se basa en el hecho de que ella es madre también orgánicamente por haber contribuido al desarrollo del embrión –nutriéndolo y cuidando de él– y a su alumbramiento, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos. Es madre biológica, aunque no genética –cabe recordar que de ninguna norma jurídica argentina puede colegirse que la calidad de madre resulta con exclusividad del aporte genético<sup>58</sup>–. Asimismo, la conservación de ese vínculo tiene en cuenta el interés primordial del niño, ya que, de permitirse y prosperar una acción de impugnación de maternidad, el niño quedaría sin una madre cierta en el supuesto de que el óvulo proviniera de una donante anónima<sup>59</sup>, como en este caso.

Por otra parte, la preservación del vínculo con la gestante se encontraría en consonancia con lo que los profesores de Derecho Civil, reunidos en la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>60</sup>, en forma unánime votaron: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”. Por el contrario, la identidad disociada del niño que la sentencia habilita, rompe con parámetros morales, éticos y naturales reconocidos por el derecho desde hace años (*mater semper certa est*, sostenían los romanos). Los roles parentales se desdoblán: hay padres biológicos, madres gestantes y padres legales o sociales. El fantasma de los diversos progenitores produce un daño estructural a la propia identidad del niño y al desarrollo normal de su futura personalidad<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup>Marrama, Silvia. “La justicia declara...”. *Op. cit.*

<sup>59</sup>Esto también es puesto de relieve, entre otros, por Alterini, Atilio. “Cuerpo humano, persona y familia”, citado por Sambrizzi, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho, 2004.

<sup>60</sup>Que se realizaron en el 2011 en la Universidad Nacional de Tucumán.

<sup>61</sup>Errázquin, Alicia. “La maternidad en los actuales escenarios de la concepción humana”, Discurso de incorporación como Académica a la Academia del Plata, pronunciado el 2 de

## CONCLUSIÓN

De las pautas hermenéuticas explicadas y los argumentos vertidos, se deduce que la sentencia analizada es arbitraria por incurrir en exceso hermenéutico, al subsumir el caso en preceptos meramente proyectados. El juez se ha arrogado una función legislativa al actuar derecho no vigente, incurriendo de este modo en arbitrariedad por violación de la división de poderes.

A la par, se configura en la sentencia analizada una inexacta e indebida hermenéutica, prescindente, elusiva y desnaturalizadora del derecho vigente, cuya aplicación al caso hubiese concluido en una decisión justa y razonable.

Asimismo incurre el juez en exceso dogmático, ya que funda su decisión en su sola voluntad.

Todo ello permite concluir que la sentencia es arbitraria y nula.

Del *excursus* realizado se concluye que la práctica de la maternidad por subrogación, que se realiza en Argentina en clara violación del derecho vigente –que ha eliminado expresamente esa figura del texto legal–, es contraria al interés superior de los niños así gestados.

Por último, y más allá de la sentencia analizada, es pertinente señalar que preocupa el dictado de otras sentencias en el mismo sentido<sup>62</sup>, lo que podría llegar a habilitar por vía jurisprudencial un claro fraude al instituto de la adopción. En efecto, ¿qué diferencia existe entre estos contratos de gestación por sustitución celebrados con la intermediación de una clínica y homologados judicialmente, y los contratos de entrega directa de niños (prohibidos actualmente por el art. 611 CCyC) celebrados con intermediación de una escribanía que recabe el consentimiento informado de la madre que da a luz y de los que desean ser sus padres?

La adopción es un proceso estrictamente controlado tanto en sede administrativa –Registros de Adoptantes– como judicial, y ofrece garantías para resguardar la identidad del niño y comprobar la idoneidad de los padres. En cambio, la gestación por sustitución es una práctica privada que se realiza al margen del control estatal<sup>63</sup> y sin protección alguna de los derechos fundamentales de las personas involucradas, en especial de las más vulnerables: la mujer gestante y el niño gestado.

---

julio de 2014 (Fecha de consulta: 29/09/2017). Disponible en web: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610\\_CICV-Errazquin\\_Maternidad-2014.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610_CICV-Errazquin_Maternidad-2014.pdf).

<sup>62</sup>Algunos de cuyos análisis doctrinarios se han citado en la nota 5 de este trabajo.

<sup>63</sup>Centro de Bioética, Persona y Familia. *La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina*.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arazi, Roland y Rojas, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Tomo I.
- Basset, Úrsula C. "La democratización de la filiación asistida". Calvo Costa, Carlos A. (dir.). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*. Tomo II. Relaciones de familia. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Briozzo, María Soledad. "La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional". *DFyP* 2017, núm. 30, noviembre. Cita Online: AR/DOC/2665/2017.
- Centro de Bioética, Persona y Familia. *La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina* (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>
- Cianciardo, Juan; Romero, Maximiliano J. "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Rivera, Julio C. (h); Elias, José S.; Grosman, Lucas S.; Legarre, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I.
- Conte-Grand, Julio. "Parte General: tomo I". En: *Tratado de derecho civil y comercial*. Sánchez Herrero, Andrés (dir.). 1ra. ed. 1ra. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Cossio, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2da. ed. Buenos Aires: Losada, 1947.
- Errázquin, Alicia. "Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano". *El Derecho*, diario especial de Política Criminal, 8-9-05.
- Errázquin, Alicia. "La maternidad en los actuales escenarios de la concepción humana". Discurso de incorporación como Académica a la Academia del Plata, pronunciado el 2 de julio de 2014 (Fecha de consulta: 29/09/2017). Disponible en web: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610\\_CICV-Errazquin\\_Maternidad-2014.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2015/01/32610_CICV-Errazquin_Maternidad-2014.pdf).
- Errázquin, Alicia. "¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia". Jornadas de Derecho Natural III Nacionales y I Iberoamericanas, Universidad Católica Argentina, Paraná, septiembre de 2005. (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: <http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>
- Gelli, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. 2da. ed. Ampl. y act. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Giorgiutti, Elba. "Ciencia y mercado, una alianza peligrosa". Disertación en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 04/09/2015.
- Lafferrère, Jorge Nicolás. "La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil". ED, 270. *Op. cit.*
- Lara Sánchez, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. 1ra. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.
- López Moratalla, Natalia. "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano. The Zygote of our Species is the human" (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/01f-el-cigoto-de-nuestra-especie-es-ser-humano/gmx-niv959-con18266.htm>

- López Moratalla, Natalia. "El embrión humano como individuo: una visión epigenética, en *La humanidad in vitro*". Ballesteros, Jesús (coord.). Granada: Comares, 2002. Citado por Quintana, Eduardo M. "Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio". DJ, 4-3-15, pág. 10. DFyP 2015. Marzo, 9-3-15, pág. 182. Cita Online: AR/ DOC/8/2015.
- López Moratalla, Natalia. "La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido" (Fecha de consulta: 02/09/2017). Disponible en web: <http://arvo.net/ciencia-avances-de-relevancia-etica/06c-perdida-de-la-relacion-inicial-madre-hijjo/gmx-niv959-con18332.htm>.
- López Moratalla, Natalia y Iraburu Elizalde, María J. *Los quince primeros días de una vida humana*. 2da. ed. España: Ediciones Universidad de Navarra, 2006, págs. 17/18.
- Lorenzetti, Ricardo L.; Highton de Nolasco, Elena; Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Punto III, 4 (Fecha de consulta: 10/12/2016). Disponible en web: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.
- Madrazo Cabo, José M. y Marcó Bach, Javier. "El embrión humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas". Material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA, año 2007.
- Marrama, Silvia, "Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma". DFyP 2017, núm. 76, mayo. Cita Online: AR/ DOC/997/2017.
- Marrama, Silvia. "La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de Ley N° 5700-D-2016". DFyP 2017, núm. 226, agosto. Cita Online: AR/DOC/1798/2017.
- Marrama, Silvia. "La justicia declara la validez de los "actos extrapatrimoniales" de subrogación de vientres". ED 264 del 21/01/2015 núm. 13.837.
- Marrama, Silvia et al. "Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015". El Derecho 267 del 20/05/2016 núm. 13.961.
- Morello, Augusto M. y Rosales Cuello, Ramiro. *El recurso extraordinario*. 2da. ed. reelaborada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Librería Editora Platense, 1999.
- Notrica, Federico. "Dos nuevos fallos sobre gestación por sustitución. ¿Hasta cuándo el vacío legal?". RDF 2017, núm. 57. Cita Online: AP/DOC/995/2017.
- Porras, Alfredo Rafael. "La interpretación en el derecho". DJ 02/11/2016, 12. Cita Online: AR/ DOC/1597/2016.
- Proyecto de Ley N° 2439/07. Tipo Origen Senado de la Nación. Bortolozzi de Bogado, Adriana. Proyecto de ley incorporando al código civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación (Fecha de consulta: 20/09/2017). Disponible en web: [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro\\_comision=&tConsulta=4](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2439/07&nro_comision=&tConsulta=4).
- Rabbi Baldi Cabanillas, Renato. "Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial". En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I*,

- arts. 1 a 400. Rivera, Julio César (Dir.); Medina, Graciela (Dir.); Esper, Mariano (Coord.). 1ra. ed. 2da. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española (Fecha de consulta: 08/03/2018). Disponible en web: <http://www.rae.es/>
- Roncallo, Claudia P. et al. "Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana". *Escritos de Psicología* 2015. Málaga, mayo/agosto. Vol. 8, núm. 2 (Fecha de consulta: 16/09/2017). Disponible en web: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1989-38092015000200004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092015000200004).
- Ruiz Sáenz, Ángela. "Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado". *Tempus, actas de saúde colet*, Brasília. 2015. Junio. Vol. 9, núm. 2, págs. 121-132 (Fecha de consulta: 17/09/2017). Disponible en web: [www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501](http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501).
- Sagües, Néstor P. *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1947. Tomo 1.
- Sambrizzi, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho, 2004.
- Sánchez Brigido, Rodrigo. "Principio de legalidad, decretos y fallos plenarios". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales*. Rivera, Julio C. (h); Elias, José S.; Grosman, Lucas S.; Legarre, Santiago (dir.). 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: praxisjuridica, 2014. Tomo I.
- Tobías, José W. Autor de las glosas a los arts. 1 a 103. Alterini, Jorge H. (Dir.) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 1ra. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Toller, Fernando M. "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales". En AAVV. *Tratado de los derechos constitucionales. Op. cit.* Tomo I.
- Vanossi, Jorge R. "La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anticonstitucionalidad)". En: AAVV. *Temas de casación y recursos extraordinarios: en honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Librería Editora Platense SRL, 1982.

## FALLOS

- Fallos: 199:145; 199: 483; 299: 428.
- Fallos: 248: 800.
- Fallos: 98: 20, 147: 402, 150: 89, 160: 247, 200-450; 224: 810, 238: 60, 257: 127.
- Fallos: 155: 248, 311: 2580.
- Fallos: 310: 234, 311: 2580; 321: 1252; 333: 1023.
- Fallos: 286: 85, 310: 676.
- Fallos: 42: 917, 19/03/1958.
- Fallos: 301: 595.
- Fallos: 112-384.
- Juz. Familia Viedma, N° 7, "Reservado s/Autorización Judicial"(f), 06/07/2017. Cita Online: AR/ JUR/39473/2017, comentado por Sambrizzi, Eduardo A. "Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes". LL 22/08/2017, 7. Cita Online: AR/ DOC/2116/2017.

Juz. N de Primera Instancia en lo Civil N° 8, "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/impugnación de filiación", 20/09/2016, comentado por Lafferrière, Jorge Nicolás. "La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil". ED 270 del 21/12/2016, núm 14.105.  
JNCiv., N° 81, "S., I. N. y otro vs. A., C. L. s. Impugnación de filiación", 14/06/2017; RC J 3934/17.



## LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. UNA VISIÓN IUSNATURALISTA

*Eduardo Soto Kloss\**

*El Derecho sin historia y sin filosofía  
es una mera tecnología e instrumento  
de dominación\*\*.*

Para iniciar la exposición del tema, y proceder con rigor intelectual podría pensarse que habría que indagar primeramente sobre lo que ha de entenderse por “Derecho Administrativo”, para, así, conocer luego los fundamentos que lo conforman o constituyen. Sin embargo, pareciera que según sea su “fundamento” será lo que podrá afirmarse como Derecho Administrativo.

1. Un muy sano principio en materia científica, que ya los griegos tenían adquirido y la escolástica medieval elevó a “principio elemental” de todo trabajo intelectual, es el *esclarecer muy bien el contenido y sentido de los términos que se usan* y, ello muy en especial, por cuanto así no solo se evitan discusiones interminables al caerse en equivocidades sino, sobre todo, porque así se alcanza más fácilmente la verdad de lo que se indaga, su esencia más intrínseca, *aquello que es*.

Veamos, pues, qué significa el término “fundamentos” que aquí se utiliza.

---

\*Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne). Doctor h.c. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (por concurso público, julio 1973). Ex-Decano (1998-2010) y profesor titular de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

\*\*Sin filosofía el hombre cae indefectiblemente en la inconsistencia, en una frivolidad intelectual y pierde densidad su expresión, y rigor y seguridad en sus conclusiones. El texto que se publica tiene como base la exposición del autor en la clase inaugural del Magíster en Derecho Administrativo organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, efectuada el viernes 5 de abril de 2019, complementado con algunos desarrollos y las notas correspondientes.

2. El término “fundamentos” nos conduce al arte de la arquitectura y, propiamente, a aquello que “sustenta”, que “sostiene”, que “cimenta”, una construcción, para que subsista en pie, permanezca y, si es posible, por siglos; piénsese en el Partenon ateniense o la ciudad de “Palmira” de los persas. Es decir, aquello que “sostiene”, que “da base firme”, a una construcción intelectual porque se “sustenta” no solo en la lógica de la exposición sino en la “realidad” que ese término señala, en la “verdad” que significa.

3. Ahora bien, preguntarse por el “fundamento del derecho administrativo” nos lleva, ahondando el tema, al “*por qué*” un derecho administrativo, lo que conduce necesariamente a preguntarse por el “*para qué*” un derecho administrativo. O sea, es preguntarse por la “causa” y el “fin” de esta rama del derecho público. “Causa” y “fin” que no son sino las dos caras de lo mismo, porque la “causa” está determinada por el “fin”, desde que el fin es lo primero en la intención y lo último en la ejecución, como ya enseñaba Aristóteles y luego lo desarrollará Santo Tomás. Es que “el hombre sabe verdaderamente cuando tiene una convicción y conocimiento de los “principios”, pues si estos no le son más conocidos que las conclusiones, tendrá una ciencia casual, como el Estagirita lo enseñaba en sus *Analíticos posteriores* (1.2.71 y 2.2.9). Y no cabe olvidar que “en el orden práctico [como sucede con el derecho] los fines son los principios”<sup>1</sup>.

4. Veamos el “*por qué*”. Bases firmes, pétreas, de lo que es el Derecho, y entenderlo bien, son, por una parte, el hecho de que *el Derecho es algo solo humano*, tal como Hermogeniano<sup>2</sup> lo expresaba de modo clarísimo en un texto que recoge el *Digesto* 1.2.5, “es en razón del hombre que existe el Derecho”, *Hominum causa omne ius constitutum est*. Y, por la otra, siendo el Derecho algo propiamente humano, para tener una exacta comprensión de *lo que es el Derecho* (y, luego, el derecho administrativo) es imprescindible tener una exacta comprensión de *lo que es el hombre*, el ser humano.

5. Si el Derecho es algo solo humano, un “principio fundamental”, de base (ya que el hombre es un “ser activo”, que actúa, que obra), es aquel que la antigüedad clásica griega formulaba de modo tan breve como preciso, a saber que *todo agente obra por un fin*, o sea, todo ser que actúa, que obra, como el hombre, actúa en razón, movido, por un *fin*; es el “omne

---

<sup>1</sup>G. Soaje Ramos, *El fin de la comunidad política para el Aquinate*. Ocho tesis, en Verbo (Madrid) 569-570 (2018), 775-786.

<sup>2</sup>Jurista romano de fines del siglo III, cuyo Código, escrito hacia los años 293/294 (una colección de rescriptos de Dioclesiano) fue tomado en cuenta por Justiniano para la elaboración del *Codex*.

agens agit propter finem”, de Aristóteles (*De anima*, 3.10) y que Santo Tomás lo acuñara en este brocardo en su *Suma contra gentiles* (Libro III, cap. 2 y 3), y *Suma teológica* (1-2, 94. 2 respondeo, y antes en 1-2, 1.1 respondeo). Pero no solo saber que actúa siempre en razón de un fin, sino antes saber *qué es el hombre*.

6. Yendo directamente al fondo de la cuestión, *según sea lo que se entiende por hombre, ser humano, persona humana, será lo que se entienda por Derecho*. Ello nos parece que es incontrastable, puesto que de otra manera jamás se llegará a algo coherente.

En efecto, si no se abarca o comprende *todo lo que es el hombre*, es decir en su totalidad, y todos los hombres, y se reduce a solo alguno o algunos de sus caracteres (como podría ser su solo aspecto de racionalidad, o sola su libertad, o sola su voluntad, o su individualidad, o lo que es peor, su sola materialidad/corporeidad), la idea de Derecho quedará, consecuentemente, reducida, recortada, disminuida y, por tanto, *falsa*. Es lo que ocurre con la visión “positivista”, que reduce al hombre, por una parte, a su sola individualidad y, por otra, a pura voluntariedad, en una libertad sin límites (la llamada “libertad negativa”), exenta de toda vinculación (heredera del más clásico luteranismo), en una autonomía total y autosuficiente y, además, materialista al no reconocer su trascendencia<sup>3</sup>.

El ser humano es un ser completo, en el cual todos sus caracteres son comunicables, interconectados, sin que ninguno pueda ser excluido al considerársele, ya que hacerlo así se falsea y corrompe, enteramente, la comprensión de lo que verdaderamente es, lo que muestra su realidad de hombre, de ser humano.

Como ya la filosofía clásica lo describía (v.gr. Boecio, siglo VI d.C), es una sustancia, individual de naturaleza racional, y con más precisión, agregará Santo Tomás, subsistente e incomunicable, “el ser subsistente en la naturaleza racional”, textualmente, *persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*, como expresa en su *Suma teológica* 1, 29.3, respondeo.

En su constitutivo esencial, *el hombre es un ser compuesto*, de cuerpo (elemento material) y de alma/espíritu (elemento incorporeal), lo que

---

<sup>3</sup>Propiamente el positivismo adopta una visión materialista del hombre y, por tanto, su visión del Derecho será una visión igualmente materialista, como un instrumento de poder, de dominación, de fuerza, como es la visión típicamente marxista, en cualquiera de sus vertientes, incluso actuales. Esta visión materialista –no cabe soslayarlo– pretende “animalizar” al hombre y convertirlo en un mero ser material, solo cuerpo, hedonista, relativista y librado incluso a su más baja sensibilidad, un ser destinado al placer, de cualquier tipo y sin más límite que lo que decida su propio yo; tal vez, la forma más aguda de relativismo, aunque igualmente el relativismo de base idealista, desprendida de la corporeidad, que impone sus limitaciones e “hipotecas ontológicas”.

significa que hay que atender, necesariamente, a ambos elementos para saber con propiedad *qué es el hombre*.

Y ello muestra que el ser humano, el hombre, es un ser “racional”, dotado de razón (una razón discursiva), que se conduce y guía por la razón (no por el instinto, que es lo propio de los animales), “libre”, dotado de libre albedrío, libertad para “elegir” lo que le perfecciona, esto es su bien, “sociable”, que vive en sociedad y participa de múltiples sociedades, y es “contingente”, es decir, un ser no necesario, que ha nacido por voluntad de Otro (Dios para los creyentes) y con un fin trascendente<sup>4</sup>.

El ser humano es, pues, un ser completo, en el cual todos sus caracteres son comunicables, interconectados, sin que ninguno pueda ser excluido al considerársele, ya que hacerlo así se falsea y corrompe, enteramente, la comprensión de lo que verdaderamente es, lo que muestra su realidad de hombre de ser humano.

De allí que sus caracteres esenciales son precisamente un ser racional, libre, sociable y contingente, destinado a un fin trascendente.

Lo dicho nos lleva de la mano a indagar con mayor precisión *qué es el Derecho*, algo que es solo humano, como nos muestra la realidad misma de cada día y que expresara tan bien Hermogeniano hace más de 1700 años.

7. Basta atender al sentido común de las personas normales para advertir que *quien dice “Derecho” dice “justicia”*, que el derecho es un medio, un instrumento, para que la “justicia” rija la convivencia de las personas que viven en comunidad y, muy en especial, en la comunidad política. Y es que toda persona ansía y desea vivir en concordia, vivir en paz, lo que solo es posible en la medida que la “justicia” reine en las relaciones sociales, ya que “la paz es obra de la justicia” (*pax opus iustitia*), como lo proclamaba Isaías 32,17) ya más de 2800 años en el antiguo Israel.

---

<sup>4</sup>*Ser finito, ser eterno*, como titulara Edith Stein su famosa obra, *Endliches Sein, ewiges Sein*. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. S.S. Pío XII decía que “el hombre es un ser vivo dotado de inteligencia y libertad, en el que el cuerpo y el alma están unidos en una sola naturaleza que posee una existencia independiente”, en *Discurso a los participantes en el XIII Congreso Internacional de Psicología Aplicada*, 10.4.1958, parágrafo 4; en su parágrafo 5 señala que “la personalidad humana, con sus caracteres propios, es, en efecto, lo más noble y la más brillante de las obras de la creación”; y ha de agregarse que es una creatura de Dios irreplicable, es decir es única (Dios no se repite dada su sabiduría y omnipotencia infinitas), irremplazable e indispensable (dado que cada una tiene una misión propia que desarrollar, como ser racional que es y cuyo fin es trascendente). Debe insistirse que el ser humano es por su propia naturaleza intrínseca, “sociable” –carácter en donde se inserta lo “jurídico”– por su propia naturaleza, por su propia intrínseca forma de existir, y no solo ha sido creado para vivir en sociedad sino para vivir en común unión/comunión con sus semejantes, de manera fraterna, puesto que todos hemos sido creados por el mismo Creador, y creados todos, sin excepción, a Su imagen y semejanza.

8. Pues bien, la “justicia” –y ello desde los más remotos tiempos y, sobre todo, en las reflexiones de Aristóteles en el tema (*Ética a Nicómaco*, Libro V)– se ha entendido como aquella “armónica relación de igualdad en el intercambio o reparto de bienes y servicios entre las personas” y como enseñaba Santo Tomás, “lo propio de la justicia es ordenar/regir al hombre en las cosas relativas a otro, ello implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre lo evidencia; en el lenguaje vulgar se dice de las cosas que ‘se igualan’, que ‘se ajustan’” (*Suma teológica*, 1-2, 57.1 respondeo). Lo justo, lo igual, lo que se ajusta, lo que equivale, lo que se corresponde, lo que se adecua, algo con algo, un sujeto respecto de otro en algo. Esto es lo que los romanos llamaban *ius*, *lo justo*, *el derecho*, y que Santo Tomás refiriera como “la misma cosa justa” (*ipsa res iusta*, *Suma teológica*, 1-2, 57.1 ad 1: “así también, este vocablo derecho/*nomen ius* originariamente se empleó para significar la misma cosa justa/*ipsam rem iustam*). Es decir, lo justo, o sea, el derecho (*ius sive iustum*)<sup>5</sup>.

9. Si el derecho es lo justo (estrictamente, “el objeto de la justicia”), habrá que atender a la realidad que ocurre en la vida de las personas que viven agrupadas en sociedad y en la comunidad política. Así, es posible ver y comprobar que las personas unas con otras tienen relaciones de intercambio de las más diversas especies y ellas –que están en un plano de igualdad, desde que en esas relaciones ninguna tiene poder de supremacía sobre las otras– se regirán para que la convivencia sea en paz, por *lo justo conmutativo*, una igualdad de “equivalencia”, lo justo de conmutación, que rige las relaciones entre los particulares, entre los privados, o sea lo justo de los privados, el *ius privatum*<sup>6</sup>.

Pero las personas que viven en una comunidad política tienen también relaciones de “intercambio”, sea de bienes o servicios, y “de reparto o distribución” con “la autoridad” que rige esa comunidad, autoridad que está al servicio de ellas para atender las necesidades que ellas no pueden satisfacer por sí mismas y ello porque la autoridad existe para regirla y se le encarga de “promover el bien común” de esa comunidad, o sea el bien de cada uno y de todos los miembros que la conforman (vid. v. gr. el artículo 1º inciso 4º de la Constitución: “El Estado está al servicio de la persona humana...”). El bien común político es de los miembros en tanto es participable por ellos, pero como fin es fin del todo comunitario, un fin

---

<sup>5</sup>Valga recordar algunos textos tomistas clásicos: “el acto de justicia consiste en lo debido” 1-21, 1 dif. 3 y ad 3; en el respondeo ad 3 “a cada cual se le debe lo que es suyo. Decimos que es de alguien lo que está ordenado a él” y en el respondeo ad 4 “la justicia está en los actos” y allí dice que “los elementos esenciales pueden ser principios de acción”; en 1-2. 2 ad 1 señala que “la justicia, en cuanto reguladora, está en el entendimiento” y en cuanto mandato en la voluntad.

<sup>6</sup>Como expresa el *Digesto*, Título 1 (*De iustitia et iure*), 4, (*ius privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

que trasciende lo particular incluso como suma de los bienes perfectivos de todos ellos. El bien común político es de las personas como fin *cui*, en razón de su naturaleza de humano y de participable pero no porque el fin –propiamente– de la comunidad política sea la suma de los bienes de sus miembros. La comunidad tiene su fin, propio y específico, en cuanto es un todo de orden, y este bien no se subordina al de las personas sino que el bien de estas (bien particular) es causado por la participación del bien del todo.

Y esa “promoción del bien común” ha de hacerlo “de modo justo”, con justicia. Para poder así hacerlo se dota a la autoridad, por la ley, de poderes jurídicos de supraordenación con el fin de hacer primar ese “bien común”, que es la “finalidad” de su propia existencia y de su propia actividad como autoridad, su razón de ser, y de su obrar como tal; supraordenación que permite imponer sus decisiones respecto de los miembros de esa comunidad, *en la medida, obviamente, que sean justas*, lo que habrá de ser comprobado por un juez (órgano independiente e imparcial, en cuanto sea requerido por los afectados), y en un debido proceso judicial. Estos miembros de la comunidad, política en nuestro caso, no se encuentran en un plano de igualdad de equivalencia con la autoridad, dado que en el actuar de ella está en juego el bien de cada uno pero también del todo social, atendido que a ella le toca el deber de atribuir, repartir o distribuir esos bienes (sean materiales, o bien intangibles como la seguridad pública) y/o servicios.

Se advierte bien que hay aquí un “lo justo” que incide en “lo común”, no en lo particular o privado, sino en lo referente al conjunto, al todo, al *populus/poplicum/publicum*, a lo “público”, es decir a “lo justo público”, esto es al “derecho público”, vale decir al derecho de la comunidad, para que se concrete “lo justo distributivo”<sup>7</sup>.

10. Por eso, el uno como el otro Derecho responde a una finalidad y una finalidad igual en cuanto tienden a concretar “lo justo”, pero poseen una “naturaleza” diversa desde que el derecho privado pretende realizar “lo justo conmutativo” que es lo procedente entre las relaciones entre particulares, que miran a un interés o utilidad particular, mientras que el derecho público (en tanto mira a los particulares) ha de concretar “lo justo distributivo” en las relaciones entre la autoridad y los miembros de la comunidad, autoridad cuya misión no es otra que “estar al servicio” de las personas *para promover el bien común* de los miembros de la comunidad que rige, tanto en su aspecto material como espiritual (puesto que esas personas, esos hombres, son cuerpo y espíritu, no solo cuerpo/materia) y debe hacerlo *con pleno respeto de los derechos de las personas*

---

<sup>7</sup>Como dice el *Digesto* cit., *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*, es decir lo que concierne al estado de la cosa romana, o sea de la república.

(como lo precisa nuestra Constitución, artículo 1° inciso 4° cit. y extensivo a los derechos “que emanan de la naturaleza humana” como agrega su artículo 5° inciso 2°). Uno de los elementos fundamentales que integra este “bien común de la comunidad política” es la *paz social*. Valga agregar que la paz es una virtud unitiva, una especie de ordenada concordia de voluntades, “que se da con otro en cuanto las voluntades de diversos corazones convienen juntamente en lo mismo”, como enseña Santo Tomás en su *Suma teológica* 2-2, 29, 1 resp., y “que a ambos conviene” (cit., ad 1), y que conlleva al gozo tranquilo de ese bien, la tranquilidad en el orden justo.

Sin justicia, y aquí distributiva, no habrá paz social, y no pasará de ser sino una mera ilusión, ya que el bien común no anula sino que presupone los preceptos primarios de la ley natural, si bien debe precisarse que “la paz es indirectamente obra de la justicia en cuanto remueve obstáculos, pero directamente es obra de la caridad porque la causa en esencia”, según afirma certeramente el Aquinate, cit, 4 ad 3.

11. Ahora bien, ese “justo distributivo” en su forma más concreta en la realidad, la autoridad lo realiza, por medio de lo que se ha dado en llamar “la función administrativa”, una organización que suele denominarse la “Administración del Estado”. Y dado que en ello está involucrado *el bien de las personas miembros de la comunidad* que ella dirige, está regida dicha función por el “derecho público”, que es *el derecho que mira a la utilidad común*, como expresara Ulpiano de modo tan clarividente (*Digesto*, cit.). Y aquí es en donde incide lo “administrativo”, el “administrar”.

En “lo justo administrativo” se comprueba con la mayor plenitud el principio señalado por Santo Tomás de que “detrás de todo otro hay otro mayor” la comunidad y su bien (*Suma teológica* 1-2, 21.3).

12. ¿Qué es “administrar”?

Si uno revisa tanto las obras de ciencia de la administración (¿es verdaderamente una ciencia?) como de derecho administrativo, es posible encontrar la más diversa cantidad de nociones o descripciones, pero bien a menudo, dan la impresión que no siempre van al fondo. Vale recordar lo que Adolfo Merkl, profesor del ramo en la Viena de los años 1925/1930, señala en su “Derecho Administrativo”<sup>8</sup> que la función administrativa es aquella que no es ni legislativa ni judicial..., ante la imposibilidad de encontrar un concepto que lo describiera en su núcleo esencial.

---

<sup>8</sup>*Teoría general del derecho administrativo* (1935), cito por la edición mexicana Editora Nacional. 1975 (hay edición Comares. Granada. 2004, 488 pp.; también edición Coyoacán. Ciudad de México. 2014, 501 pp.). Cabe señalar que Merkl es el verdadero autor de la llamada “pirámide” del orden jurídico en un sistema jurídico constitucional.

Pues bien, si uno atiende a lo que “administrar” significa en su etimología griega (*némein* = administrar) y especialmente latina, es posible encontrar su alma o núcleo esencial, ya que *ministrare* es desempeñar un *munus*, es decir un “oficio”, un “encargo”, un “servicio” a otro. En otros términos, “administrar” supone para el Derecho la existencia de dos sujetos, uno que es el *dominus* de algo y otro a quien este le confía un “encargo”, para bien del *dominus*. De allí nace la “idea central” de que, propiamente, “administrar” es ejercer un “oficio” (*munus* en el lenguaje romano, un obrar en bien de un tercero/la *civitas*), una actividad que se nos encarga en bien de otro que nos lo ha encomendado.

O sea, “administrar” es de suyo una *actividad subordinada*, “sub” / “bajo”, sujeta a lo que ha sido dispuesto por el dueño de la cosa, y en el caso de la autoridad pública esta se encuentra “subordinada” a lo que ha sido dispuesto por la comunidad política, al darse v. gr. su propio “estatuto”, su Constitución, desde que la *res publica*, la “cosa pública”, la cosa del pueblo/*populus*, de la comunidad política, es la “cosa” (la *res*) “del conjunto de los miembros que la integran y conforman”, actividad que ha de ser realizada por la autoridad *en bien* de estos miembros; actividad que no tiene otra finalidad que el bien de ellos en cuanto miembros de esa comunidad<sup>9</sup>.

Por ello es que se dice que la autoridad pública/el Estado y toda su organización, “*está al servicio de la persona humana y su misión es promover el bien común*”, específicamente el “bien común político”. Esa es su misión, esa es la razón de su existencia misma, para ello es que ha sido concebido, creado y es hoy regulado enteramente por el Derecho, desde que “el hombre es anterior al Estado”<sup>10</sup>, y “el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado”<sup>11</sup>. Cuánta sabiduría –uno advierte hoy– la desplegada por don Mariano Egaña cuando proponía en su Voto Particular, allá en 1831, su artículo 17, cuyo texto ha atravesado ya casi dos siglos: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”, que sería el

---

<sup>9</sup>Valga acudir aquí otra vez a Santo Tomás, cuya claridad y profundidad siempre abisma: “Lo que solo actúa por otro es como un instrumento, en cambio, lo que actúa por sí mismo es el agente principal. Y el instrumento no se busca por sí mismo sino para que lo use el agente principal; luego necesariamente todo cuidado que se ponga en los instrumentos debe referirse al agente principal como a su fin”, en *Suma contra gentiles*, Libro III, cap. 112, 1. Sobre “administrar” vid. nuestro *¿Qué es administrar?*, anexo 2 de la Introducción de *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (tercera edición). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012. 35-37.

<sup>10</sup>S.S. Pío XII, *Summi pontificatus* (1939), 48.

<sup>11</sup>S.S. Pío XI, *Divini redemptoris* (1937), 29.

artículo 160 de la Constitución de 1833, 4° en 1925 y, ahora, 7° incisos 2° y 3° de la de 1980<sup>12</sup>.

13. Desde que el “administrar” es un *munus*, es decir un “oficio”, algo que alguien realiza en bien de otro, de un tercero, además de ser una *actividad subordinada* al “encargo” de otro, es una *actividad, por ello mismo, “controlada”*, puesto que el “encargado” debe “rendir cuenta” de su actividad en bien del *dominus*, ese tercero que es la comunidad política, los miembros que la conforman. En el caso del bien común y, especialmente, del bien común político, ese “encargado” desarrolla una *actividad subordinada, controlada y, además, responsable* (en los casos que su actividad provoque daño a esos miembros de la comunidad). Y estas características intrínsecas del “administrar” justifican muy bien lo que Egaña expresaba en su Voto, como son el que el encargado de “administrar algo”/la autoridad pública en nuestro caso, solo posee “poderes” (“potestades” se llaman en cuanto son poderes públicos) en la medida que le han sido “expresamente” atribuidos y, por lo tanto, son poderes “limitados”, “tasados”, “específicos”, “acotados”, y en ningún caso (es decir “jamás”) extensibles o pretendidamente “inherentes”, “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”<sup>13</sup>.

14. Decíamos hace un instante que la misión de la autoridad pública/ estatal no es sino “promover el bien común” de la comunidad política en el orden temporal. Y en cuanto a que ese administrar es “una” de las formas en que dicha autoridad promueve dicho bien común. Debe preguntarse aquí ¿de qué forma lo promueve el “administrar”, la Administración estatal?

15. Todo grupo humano, como la familia (célula básica de la sociedad), o la sociedad civil, o el Estado, es “una unidad de orden” animada por un “fin”, que es la idea que la vivifica, nutre y fortalece, para hacerla realidad. Esa “idea/fin” es un “bien”, algo que la perfecciona y perfecciona a sus miembros, es “su bien común”, en el que ellos, sus miembros, “participan” y viven.

Si se entra a considerar *qué es el bien común político* de que estamos hablando, tendremos que convenir 1) que es un “bien”, esto es algo que “perfecciona” al hombre (no un mal que lo corrompe y destruye), por tanto es un “bien humano”, 2) que ese “bien humano” incide en “todo

---

<sup>12</sup>Sobre esta “genialidad” de don Mariano Egaña puede verse nuestro *Derecho Administrativo* cit. 505-510, más ampliamente en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 130-145.

<sup>13</sup>Que no existen los “poderes inherentes” en nuestro estado de derecho lo ha afirmado muy bien la Corte Suprema (31.1.2000) en *Asociación Nacional de la Prensa con Metro S.A.* (amparo económico), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 97/2000, 2.5, 8-19, vid. mi comentario en *Ius Publicum* N° 4/2000, 185-190.

el hombre”, compuesto de cuerpo material y alma espiritual/inmortal, cuerpo y espíritu, por lo cual 3) ese bien común *ha de tener en cuenta tanto su perfección material como espiritual*, esto es permitir que tanto uno como el otro aspecto sea realizado, desde que no es solo materia/hedonismo individualista, reducción que no pocas veces las autoridades estatales lo hacen a sabiendas “animalizando” al hombre olvidando que así no promueven ningún bien sino el mal y mal común, lo que es propiamente perverso<sup>14</sup>.

16. De acuerdo con lo dicho, el bien común tiene por misión el poder alcanzar –en la medida de lo posible según sean las comunidades políticas concretas y la cultura de una determinada sociedad– (1) “la unidad del conglomerado social” (“todo reino dividido camina a su ruina”), (2) “un orden de justicia” para poder asegurar la paz social, y así alcanzar esa perfección a que tiende el hombre al vivir en sociedad, pero también (3) “una cierta suficiencia de bienes materiales” para poder subsistir y desarrollar sus potencialidades.

Aquí es en donde el “administrar” que ejerce la autoridad pública se hace presente en cuanto su especificidad puesto que se radica en *“satisfacer las necesidades de las personas que conforman la comunidad que ellas no pueden hacerlo por sí mismas” y que en tal situación el legislador establece que deben ser satisfechas por la autoridad pública/estatal que al efecto determina* (un organismo de la Administración del Estado que precisa).

---

<sup>14</sup>Como bien dice Ayuso Torres, “el bien común, entendido rectamente, no es un bien ajeno, erigido como un ser singular que domina a los restantes, sino el mejor bien de las partes, que de él participan” (vid. su *Libertad y dignidad: los orígenes religiosos de los derechos fundamentales*, en Verbo (Madrid) N° 419-420/2003, 853-862, la cita en 858. Es imprescindible proclamar fuerte y sin cesar la grandísima diferencia existente entre el hombre y el animal y la superioridad del hombre sobre la naturaleza y sobre la materia. Y es que, se reconozca o no, el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, única fuente de donde proviene su dignidad ontológica, al ser además de un cuerpo, un alma espiritual, inmortal, un ser llamado, por su propia naturaleza, a la eternidad. Por eso hay que insistir “a tiempo y a destiempo, con ocasión o sin ella”, recordando a San Pablo (2 Timoteo, 4,2), en que hay que rechazar ese “clamoreo” para oprimir la verdad y jamás claudicar en la defensa de los fueros de la inteligencia y de la razón, frente a aquellos que pretenden imponer la animalización del ser humano (hombre y mujer); claudicar en esa lucha demuestra o cobardía o pusilanimidad, y ello atenta de manera directa al bien de las personas y al bien común de la sociedad política en el orden temporal. Hoy más que nunca asume actualidad aquello de que el mundo tiene necesidad de verdad; es cierto que “el hombre conserva un secreto temor a la verdad por el sacrificio que esta pide en la práctica del bien, en la observancia de la ley y en el cumplimiento de sus obligaciones propias”, como diría J. P. Galvao de Sousa (Legitimidad, hispanidad y tradición. Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II. Colección De Regno. Madrid, 2019, 42), y es ello necesario ya que cada vez más dada la barbarie existente se vive en la mentira (“lo políticamente correcto”, en el eufemismo usado por la propaganda gramsciana), que es el dominio propio del demonio.

Entiéndase que no se trata de las “necesidades colectivas”, como suele encontrarse afirmado por algún autor e incluso lo hace la ley N° 18.575, artículo 28/26, sino solo aquellas que “expresamente”, a través de una ley, determina el legislador que deba ser satisfecha por un organismo estatal que precisa.

17. Ahora ¿estaremos en condiciones de encontrar el *fundamento del derecho administrativo* y, en caso afirmativo, poder llegar a una noción realista y no ideológica de esta rama del derecho público? Pienso que sí. Veámoslo.

18. Si el Derecho es “lo justo”, este derecho administrativo tiende a concretar precisamente ese “lo justo”, pero de una manera especial, específica, propia de su contenido.

Si “el Derecho es solo humano”, tiene que tener en cuenta para concretar su contenido “lo que es el hombre”, el ser humano, y ello tanto en su carácter racional, como libre, sociable, contingente y con un destino trascendente.

Si el Derecho implica “una relación de alteridad”, o sea entre personas, entre sujetos, aparece que el Derecho apunta especialmente al “carácter o naturaleza sociable” del hombre, un ser que vive en sociedad, en una comunidad dada, familia, vecindario, ciudad, región, país, etc., y convive en una variada gama de asociaciones o cuerpos asociativos, para obtener el más variado tipo de fines.

Aquí nos aparece la idea de que siendo esas comunidades algo “natural” –que emanan de la propia naturaleza humana– persigue cada una de ellas un “bien” específico pero que es “común”, un bien del todo, que es general, no apropiable sino “participable”, perfectivo, y público (ni particular ni individual).

Estamos ya en el ámbito del “*fin*” tanto del “Derecho” como de lo “Administrativo”, “*fin*” que es el fundamento del ser y del obrar del hombre, del ser humano.

Ese “*bien común*” implica la suficiencia de bienes materiales, un orden de justicia (para que haya paz social), y condiciones que permitan la perfección espiritual de los miembros de esa comunidad (política, en nuestro caso) para alcanzar su fin último, que es Dios.

19. El fin del Derecho, hemos dicho, es concretar “lo justo” y en lo que toca al “administrar público” es concretar “lo justo distributivo”.

Con lo cual el “*fundamento del derecho administrativo*” vendría a ser “la concreción práctica de lo justo distributivo”.

20. Sin embargo, falta algo para llegar a término en el análisis. ¿En qué consiste esta concreción?

No es otra que promover y realizar, en la medida de lo posible, el bien común de la comunidad política en el orden temporal de una manera muy propia, a saber a través y por medio de *“la satisfacción en la realidad de las necesidades públicas, esto es aquellas que en un momento determinado el legislador dispone que deben ser satisfechas por la Administración del Estado a través de un organismo de ella que precisa al efecto.* Teniendo, sí, presente –y muy importante– que los particulares no han podido realizarlo de modo efectivo o excede sus capacidades técnicas o financieras. Y ello hasta que estos puedan asumir esa actividad, no siendo de aquella que solo corresponda a la autoridad pública (como defensa, seguridad pública, percepción de tributos, justicia, entre otras). Salvando así el “principio de subsidiariedad”, pilar fundamental de una sociedad libre y no totalitaria.

21. En otros términos, *“el fundamento del derecho administrativo”* –atendiendo al “ser” del derecho y al “ser” del hombre–, que es su principio, sujeto y fin –*es el bien común* de la sociedad política en el orden temporal, que implica su realización concreta *a través de un “obrar justo”* por parte de la Administración del Estado, *satisfaciendo las necesidades públicas que le ha encargado el legislador*, actualizando en cada actuación ese *“justo distributivo”* que es la razón misma de su existencia.

22. De allí que podamos “definir” el derecho administrativo, en esta perspectiva, como *“el derecho de la justicia distributiva”*, que vinculándolo con el “principio de juridicidad” que la Constitución que nos rige establece, ha de concretarse “con pleno respeto de los derechos de la persona humana” (artículo 1° inciso 4°) y de “los derechos que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° inciso 2°).

23. Ahora bien, de ese fundamento arranca la “definición” de lo que es el derecho administrativo, y en nuestro Derecho chileno, pero su desarrollo ya es otro tema.

IN MEMORIAM



## DR. CARLOS RAÚL SANZ (10/11/1942-16/3/2019)

Tras recibir los santos sacramentos y rodeado del cariño de su esposa, doña María Angélica Chayer y de sus hijos y nietos, recientemente hubo que lamentar el fallecimiento del doctor Carlos Raúl Sanz, ocurrido en la ciudad de Buenos Aires, el 16 de marzo de 2019 –fiesta de San Gabriel Brochero, cuya vida y obra difundiera. Sus restos descansan en Vela (Tandil, provincia de Buenos Aires).

Nacido el 10 de noviembre de 1942 en San Andrés de Giles (provincia de Buenos Aires), donde se educó, cursó luego sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, en la que se graduó como abogado con diploma de honor. Complementó su formación en la Facultad de Filosofía de esa misma casa de estudios, con la guía de Mons. Guillermo P. Blanco. También en Lenguas Clásicas, Política y Economía.

Ayudante del P. Domingo Basso, O.P. en la Cátedra de Teología Moral en la Facultad de Filosofía y Letras –Escuela de Pedagogía y Psicopedagogía–, de la Universidad en que se graduara, también tuvo a su cargo la Cátedra de Filosofía Social. En la carrera de Historia de la misma Facultad, fue Profesor Titular de la asignatura Elementos de Derecho y Economía.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA fue ayudante del Dr. Tomás Casares, en la Cátedra de Filosofía del Derecho. Posteriormente fue designado Profesor Titular de las Cátedras de Introducción al Derecho y de Derecho Civil I –Parte General–. Fue también Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil I –Parte General– en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, como integrante de las cátedras de los Dres. Samuel W. Medrano y Bernardino Montejano, respectivamente. En la Universidad Católica Argentina también ocupó la Cátedra de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas –Licenciatura de Economía–.

Se retiró de la docencia universitaria como Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la UCA.

La Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” premió su vasta trayectoria designándolo Profesor Emérito.

No se agota en los antecedentes citados, ciertamente, su vasta labor académica.

Así, debe recordarse que pronunció gran número de conferencias en Argentina y también en el exterior. Por otra parte, publicó una importante cantidad de artículos, casi todos ellos de gran riqueza doctrinaria. Solo a título de ejemplo, pueden mencionarse tres de ellos “Reflexiones jus filosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, “Consideración en torno al abuso del Derecho” y “Sobre el Derecho y el proceso”, publicados en la revista *La Ley*, en 1978, 1981 y 1983, respectivamente, que son profusamente citados por otros autores.

Muchos de sus artículos, notas y reflexiones fueron reeditados y sistematizados en forma de libro (*Sobre estoy aquello: De la lex al ius y Sobre esto y aquello: Cosas y personajes*, Buenos Aires, Ed. Teodicea, 2009).

Entre sus obras debe recordarse también la publicación del libro *Iusfilosóficas Cuestiones*, prologado por Abelardo Rossi y editado hace aproximadamente una década. Una nueva edición del mismo, actualizada y ampliada con sus notas por quienes fueran sus discípulos, está próxima a ser editada, como homenaje póstumo de estos a su maestro, con el título de *Lecciones de Filosofía del Derecho*.

No puede obviarse en este breve recorrido de sus actividades, la traducción que realizó de la casi totalidad de la extensa obra de Michel Villey, uno de los maestros más notables entre los pensadores y juristas católicos contemporáneos.

Prestigió, como Director de ella, la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho que contribuyera a fundar.

Dirigió también la Comisión para la Celebración del V Centenario de la Evangelización de América (conmemoración esta que diera origen a una compilación con cuatro publicaciones con el título *Cuadernos del Milenio*).

Del mismo modo, coordinó en la Universidad Católica Argentina la celebración del Segundo Centenario de la sanción del Código Napoleón, cuyas exposiciones –de juristas nacionales y extranjeros– ordenó y compiló en tres volúmenes titulados: *La codificación, raíces y prospectiva* (editados por El Derecho, 2002, 2003, 2004).

Otra de las múltiples tareas que desempeñó fue ocupar la Dirección del diario jurídico *El Derecho*. E idéntica función cumplió en la revista *Prudentia Iuris*, de la Facultad de Derecho de la UCA.

Miembro de la Corporación de Abogados Católicos, lo fue también de la Junta Nacional de la Acción Católica Argentina y del Centro Católico Universitario.

Luego de su retiro, fundó y animó –junto con numerosos discípulos– durante cinco años el Ateneo de Estudios iusfilosóficos *San Justino Mártir*, aunque ello no le impidió seguir escribiendo. También se dedicó a la dirección de varias tesis doctorales así como a la actividad agropecuaria que desempeñara con singular éxito. Como productor rural, fue uno de los fundadores del CREA Nuestra Señora de las Pampas.

En lo que a su desempeño profesional respecta, este discurrió sustancialmente en el Poder Judicial, donde ocupó la Magistratura, tanto en la Capital Federal, donde fue designado titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 13, como en la provincia de Buenos Aires, donde llegó a ser Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes. Dejado sin acuerdo en 1984, ejerció la profesión de abogado hasta 1994, año en que se reintegró a la Justicia, al ser designado Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por acuerdo otorgado por ley del Congreso Nacional. Son particularmente valiosos muchos de los dictámenes que produjera en cumplimiento de tal función.

Podrían seguir llenándose páginas con el recuerdo de las numerosas e importantes labores llevadas a cabo por el Dr. Sanz a lo largo de su existencia. Pero sin embargo, todo el brillo de su actividad académica, la prudencia y justicia de sus sentencias y dictámenes como magistrado, su personalidad austera y modesta, su bonhomía para con quienes disfrutaron del privilegio de su amistad, y el amor que dispensara a los suyos en el seno de su familia, no pueden analizarse prescindiendo de su profunda fe en Dios. Porque la suya fue una fe que no supo de claudicaciones, auténticamente sentida en extensión y hondura, pero también vivida con el mismo sentimiento y la misma vastedad. Sus actos, en todos los órdenes, no fueron sino el producto y reflejo de un catolicismo vivido intensamente y con plena convicción. Por ello, su paso por la vida estuvo marcado por una poco

común coherencia entre el sentir y el actuar, por convicciones fuertes apoyadas en argumentos sólidos, y por un coraje enorme que lo llevó durante toda su existencia y hasta el último momento a librar el buen combate, para hacer prevalecer, en cuanto estuviera a su alcance, la justicia que conlleva la infinita bondad de Dios.

ANTONIO BUDANO ROIG\*

---

\*Publicado con la gentil autorización de *Prudentia Iuris*/Buenos Aires, N° 87/2019.



# CRÓNICA



## REFLEXIONES TOMISTAS

### I. EXPERIENCIAS DE CONTRASTES Y VICTORIA FINAL

*Manifestación de la batalla cuya victoria final  
es la de la vida sobre la muerte*

En la naturaleza, en los sucesos y acontecimientos, e incluso en nuestros propios sentimientos personales vemos multitud de contrastes, especialmente en los tiempos recientes. Todo eso es señal de la riqueza y complejidad de la vida, pero también de algo más profundo que le da sentido.

Mientras las hojas se amarillean y caen de los árboles, imprimiendo en bosques y parques una tonalidad entrañable, y los días se acortan en el hemisferio sur, sucede lo contrario en el Norte, donde la primavera hace florecer todo, imprime un nuevo resplandor y crecen las horas de luz. Contrastes de otro orden hemos vivido al ver arder la magnífica Iglesia de Notre Dame en París y el posterior compromiso de su reconstrucción, que ha unido personas y países en un fin común. O la conmoción ante los sangrientos atentados de Sri Lanka que dejaron cientos de muertos justo el día en que el mundo cristiano celebraba la Resurrección de Cristo, vencedor de la muerte o ante las diarias noticias de violencia en Chile. Todos estos contrastes parecieran un caos sin sentido que deja en el corazón muy mal sabor de boca. Sin embargo, también hay señales de que, al final, es la vida, el orden y la luz los que vencen, y eso da pie a la esperanza, pues siempre termina saliendo el sol.

Es cierto, en lo más profundo de nuestros corazones compartimos un deseo de vida, de luz, de felicidad y de vivir para siempre. Y es ciertamente algo que todos, de una u otra manera, sentimos en nuestro interior. Quisiéramos perpetuarnos y dejar un legado para siempre. Algunos lo reducen a los años que vivimos en la Tierra, mientras que otros dejan abierto el deseo de inmortalidad y buscan esa puerta a lo infinito. Y este, que es el más fuerte contraste –entre muerte y vida, oscuridad y luz– se da en un campo de batalla. Sí, los que hemos experimentado la partida de un ser querido, lo sabemos muy bien. Pero lo más hermoso es que ese deseo de inmortalidad que todos descubrimos porque responde a nuestra naturaleza espiritual, no queda sin respuesta sino que se le presenta una de gran claridad desde la filosofía y otra, especialmente, desde la revelación cristiana, la de Cristo. Se perfila así una victoria en esa batalla.

Desde la primera perspectiva y apoyándose en nuestra naturaleza racional, Santo Tomás de Aquino afirma que: “todo ser dotado de entendimiento desea naturalmente existir siempre: y, como el deseo natural no puede ser vano, de ahí se sigue que toda sustancia intelectual es inmortal” (*Suma Teológica*, Ia, q. 75, a. 6). Igual que el deseo de beber y de comer tiene sentido porque existe algo capaz de satisfacer nuestra sed y hambre, igual sucede con el deseo de inmortalidad: el deseo existe porque puede ser saciado.

Pero como esta respuesta no es tan fácil de conseguir, se nos regala otra más asequible: tanto que se dejó ver y palpar durante su existencia terrena en la persona de Jesús de Nazaret. Vino desde la eternidad para abrirnos definitivamente esa puerta, que no es otra que Él mismo. Y así, con su vida, muerte y Resurrección, y con su mensaje ha mostrado que la última palabra no la tiene la muerte sino la vida: una vida purificada a través de la cruz, sí, pero no una vida cualquiera sino una eterna. Esto les sonó tan extraño a sus seguidores que pensaron que todo había terminado en la cruz y no creyeron a quienes les decían que, tres días después, lo habían visto resucitado con un cuerpo glorioso, hasta que lo vieron con sus propios ojos. Incluso uno de ellos, el apóstol Tomás, persistió en su incredulidad hasta que el mismo Cristo le hizo tocar sus llagas gloriosas. “Vio y creyó”. Y a través del testimonio de los que así lo percibieron, muchos han creído a lo largo de los siglos en Aquel que dijo de Sí mismo: “Yo soy la Resurrección y la Vida, quien crea en Mí, aunque muera, vivirá para siempre” (Jn 11, 25). Esta revelación de Jesucristo en el Evangelio no es mera teoría, sino que está avalada con su vida. Abre por eso unas perspectivas infinitas al dar un nuevo sentido a lo que sucede y vivimos, pues recuerda que esta vida no es la definitiva, sino que es preparación o antecámara para la definitiva, y por eso todo adquiere un valor de eternidad.

Definitivamente estos contrastes no son manifestación del caos sino de la batalla que se libra cada día en el corazón humano y que se hace eco en la sociedad, y cuya victoria final es la de la vida sobre la muerte.

## II. NUESTROS ORÍGENES: LO QUE SOMOS Y PODEMOS SER

*Día del padre, gratitud más allá de regalos materiales*

“Dime con quién andas, y te diré quién eres”, dice el conocido refrán, y es cierto, pero también lo es este otro: “De tal árbol, tal astilla”. Ambos se originan a partir de una gran verdad del ser humano: no nos podemos entender ni explicar totalmente sin la referencia a los demás, sea desde nuestro origen, o en lo que hoy se denomina vínculos sociales, que nos marcan fuertemente en lo que somos como personas. El Principito apunta a esa gran verdad, que se capta con el corazón.

La vida, el ser, los hemos recibido como un regalo, aunque es tarea nuestra apreciarlo, llevarlo a su plenitud y desenvolverlo, y así hacerlo fructificar. Ese es el origen más profundo y remoto, sin el cual no nos podemos entender cabalmente. En efecto, no procedemos de la nada, como piensan algunos que creen que somos un producto del azar; todo lo contrario, las evidencias nos llevan a descubrir una intención y un designio en ese inicio de la vida. Podríamos no existir, y, sin embargo, existimos y cada persona existe en su particularidad y unidad, pues es absolutamente única e irrepetible. Pues bien, la filosofía metafísica realista siempre ha considerado que el ser y la vida que recibimos en último término procede de Aquel que es el Ser y la Vida, es decir, de Dios –verdad que reafirma más firmemente aun nuestra fe–. Y precisamente por nuestra participación en el ser y la vida de Dios, quedamos vinculados a Él de una manera especial y originaria. Por eso hay algo, o mucho,

en nosotros de esa huella divina que nos remite a lo absoluto y que es la causa de que solo cuando lo hallamos, descansenos verdaderamente y logremos nuestra plenitud, como bien dijo San Agustín, el gran buscador de la verdad. Pero, junto a eso, al remontarnos a nuestro origen también descubrimos la importancia de nuestros padres, de los que nacimos, nos educaron y rodearon de un ambiente apto para crecer y aprender lo más importante: a ser personas plenas. Tal vinculación se transforma en una deuda de gratitud hacia ellos, que, vivida de manera consciente y constante, se denomina virtud de piedad.

Con razón afirma santo Tomás de Aquino, “De dos maneras se hace un hombre deudor de los demás: según la diversa excelencia de los mismos y según los diversos beneficios que de ellos ha recibido. En uno y otro supuesto, Dios ocupa el primer lugar, no tan solo por ser excelentísimo, sino también por ser el primer principio de nuestra existencia y gobierno. Aunque de modo secundario, nuestros padres, de quienes nacimos, y la patria, en que nos criamos, son principio de nuestro ser y gobierno. Y, por tanto, después de Dios, a los padres y a la patria es a quienes más debemos. De ahí que como pertenece a la religión dar culto a Dios, así, en un grado inferior, pertenece a la piedad darlo a los padres y a la patria” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 101, a. 1).

Tal deuda de gratitud se manifiesta mostrándonos “servicial y respetuoso con los padres del debido modo” (*Ibid.*, a. 4). Y además agradeciendo y reconociendo no solo todo lo recibido hasta ahora sino también lo que se nos sigue entregando. Ahí encaja la celebración del Día de la madre y del padre que, más allá de regalos materiales, busca dar un espacio real a esa gratitud hacia aquellos que, de manera tan especial, tanto nos entregan. Hace bien mirar, entonces, nuestros orígenes y dar gracias por lo recibido a Dios y a nuestros padres –y a los que nos ayudaron a crecer–. Y, por lo mismo, hacernos conscientes de lo que somos y desde ahí relacionarnos con cuantos nos rodean hoy y con quienes nos vinculamos. Precisamente tales vínculos originarios dan a nuestra vida un sentido especial: porque siempre hay Alguien que nos ama y con Quien permanecemos vinculados, podemos superar la tentación de individualismo y de soledad –tan extendida– y salir de sí para dar amor a los demás, a aquellos con los que construimos los vínculos sociales.

Así, desde el amor conscientemente recibido con la vida, podemos a su vez darlo a cuantos nos rodean. Y transformar así esta sociedad. A lo que nos invita el Principito.

### III. LA AMISTAD: UNA DE LAS PRINCIPALES FUENTES DE FELICIDAD

*“El amigo que se conduce en las tribulaciones es naturalmente consolador”.*

Parte del peso de una sociedad se puede detectar en la reiteración de determinados temas en ciertos foros. Y me ha llamado la atención la elección reiterada de un tema de estudio en una asignatura sobre la persona y el sentido de su vida

desde la mirada de Tomás de Aquino: el de la amistad. En la mayoría de los casos porque se la valora para una vida sana y feliz, y solo en algunos por la soledad y tristeza que provocan su ausencia. Copio aquí el extracto de la reflexión de un joven estudiante:

“La amistad es una de las principales fuentes de felicidad. Donde puedes tener un mal día o estar pasando por el peor momento de tu vida, donde sientes que estás solo, te sientes angustiado, con un dolor que crees que te va a matar, [en medio de eso] el tener a una persona importante que te escuche, que brinde su apoyo en todo momento, un amigo que te ayude a olvidar el mal momento, [todo eso] son pequeñas acciones que hacen que todo se olvide y solo sientas una completa paz en tu interior”.

Qué verdad tan evidente brota de estas palabras: en el camino diario hacia la felicidad, que a todos nos toca recorrer, la presencia del amigo transforma las vivencias, incluso las de sufrimiento, en experiencias de crecimiento. Y esto es porque el amigo verdadero nos quiere no por lo que le retribuimos ni por nuestra apariencia o bienes, sino por nosotros mismos. Por eso está presente en las buenas y en las malas, en las primeras para alegrarse y en las segundas para sobrellevar en conjunto el peso del dolor; también comparte metas e ideales profundos por los que trabajar juntos. El amigo real es el que ha aprendido a querernos de verdad y en la verdad –incluso llegando a corregirnos si andamos errados–. Y como sabemos queridos de esa manera, sin condiciones, es lo que nos proporciona mayor alegría interior y nos hace sacar lo mejor de cada uno, eso contribuye, como se dijo, a la paz interior. Esto, como descubrió el zorro al Principito, “es invisible a los ojos”: el valor de cada persona solo se descubre mirando más allá de las apariencias sensibles.

Solo en el amor encontramos auténtica plenitud y felicidad, pues a él nos remiten tanto nuestro origen como nuestra meta final. Y la manifestación del amor en una amistad real, en tanto que amor recíproco, pone de manifiesto esta gran verdad. De ahí que sea uno de los remedios más eficaces contra la tristeza, como señaló con acierto hace siglos el santo de Aquino al decir: “El amigo que se conduele en las tribulaciones es naturalmente consolador. La segunda razón es que, por el hecho de que sus amigos se contristan con él, entiende que le aman, lo cual es deleitable. Luego se sigue que el amigo que se conduele mitiga la tristeza” (*Suma Teológica*, I-IIa, q. 38, a. 3, in c). Por eso, incluso “pasando por el peor momento de tu vida, donde sientes que estás solo, te sientes angustiado, con un dolor que crees que te va a matar”, la presencia del amigo nos puede devolver la paz.

Sin embargo, esos amigos no nacen por generación espontánea. Por un lado, hay que hacerse dignos de ellos y, por otro, hay que aprender a ser amigo auténtico y también a amar de verdad. Eso implica descentrarse, dejar de ser el centro del mundo, para buscar el bien del amigo con actos concretos: darle tiempo y dedicación, tener paciencia, aprender a dar consejos y a corregir, a tener un solo corazón que comparte lo bueno y lo malo. El Principito supo hacerse muchos amigos, porque, al buscar con constancia la verdad de la persona, aprendió que cada una era única e irrepetible, y por ello la veía como un don para él y para su vida. Y no lo desaprovechó. Tampoco este joven estudiante.

#### IV. TAN NECESARIO COMO EL AGUA

*“Amar a Dios y amar al prójimo,  
es el agua sin el que no se puede vivir”.*

Los últimos acontecimientos en el sur de Chile han llenado páginas de diarios con algo tremendamente sencillo pero de absoluta necesidad para la vida del ser humano y que, precisamente porque nos hemos acostumbrado a tenerlo disponible y nos parece obvio, su ausencia lo ha llevado al primer plano: el agua. La necesitamos para vivir, lavar y cocinar, también para regar. Prácticamente en todas las casas hay agua corriente y es cuestión de un mínimo esfuerzo para obtenerla, caliente o fría. Es algo muy simple, que no tiene color, ni sabor, ni olor, pero que es vital para nuestra vida, algo como ese gran secreto que el zorro le transmitió al Principito, lo esencial que es “invisible” a los ojos.

Esto me hace pensar en varias cosas. La primera es que es fácil acostumbrarse a todo, hasta a lo más vital e importante para la vida y que al acostumbrarnos nos puede parecer obvio. Y cuando sucede eso, corremos el riesgo de valorarlo menos, o incluso de desestimarlo. Otro riesgo es el de sentirnos dueños de lo que recibimos de manera natural y evidente y, por lo mismo, creernos con derecho a ello y perder la capacidad de asombrarnos y de agradecer que esté disponible para nosotros.

Pues bien, lo que el agua es para la vida en el plano material, lo es el amor en el plano espiritual y profundo de la existencia humana. También en este ámbito se corre el riesgo de acostumbrarse, dejar de valorarlo, de exigirlo como un derecho o de banalizarlo. Pero es innegable que no podemos vivir sin amor. Su ausencia se manifiesta en rencillas, guerras, peleas, odios, indiferencias, angustia, sinsentido, suicidios, homicidios, alevosía, etc. Llegados a este punto, no es de extrañar el núcleo de los conocidos mandamientos de la ley de Dios que, como sabemos, a lo que, en resumen, obligan, es a amar. Sí: amar a Dios y al prójimo. Parece un contrasentido que se nos obligue a amar cuando resulta que el amor es lo máximamente libre y gratuito. Sin embargo, por otro lado, sabemos que la ley siempre cumple una misión de pedagoga y de orientadora, para evitar el mal y promover el bien hasta que uno llegue a la perfección y no la necesite. Y, si avanzamos un paso más, es claro que como el mayor bien para la persona es amar y llegar a la unión con lo máximamente perfecto, que es Dios, en primer lugar, y, por ser su imagen y semejanza, cada persona humana, entonces es razonable que “la ley divina se ordene a amar”.

Al respecto afirma santo Tomás de Aquino, que estudió mucho estos temas, que “El fin de la criatura humana es unirse a Dios, pues en esto consiste su felicidad”, y, en efecto, la “mejor manera de unirse a Él es por el amor” (*Suma contra Gentes*, Libro III, cap. 115 y 116). Sí, entre los seres humanos, que comparten un fin común, debiera darse unión de afectos, lo que le hace deducir que “es preciso que se unan entre sí con un mutuo amor” (cap. 117). Varias razones más da para vivir ese amor fraterno que creo pueden sernos de utilidad para ponerle más empeño: “Quien ama a otro es lógico que ame también a los que aquel ama y a los que están unidos a él. Mas los hombres son amados por Dios, quien les preparó la fruición de Sí mismo como fin último. Es preciso, que al hacerse uno

amador de Dios, se haga también amador del prójimo" (*Ibíd.*). De esta forma se genera un círculo virtuoso: el que ama, hace capaz a aquel que se sabe amado de amar a su vez a otros, de perdonar, de tener paciencia, y así sucesivamente. Otro argumento que esgrime alude a nuestra condición de seres sociales, por la que cada uno de nosotros precisa "ser ayudado para conseguir su propio fin. La mejor manera de ayudarse es el amor mutuo entre los hombres", de ahí que "recibimos el mandato del mutuo amor". Por último, lo justifica porque "por un cierto instinto natural, un hombre socorre a otros, incluso desconocido, en caso de necesidad, por ejemplo, apartándolo de un camino equivocado, ayudándole a levantarse".

Si la ausencia del agua pone de manifiesto cuánto la necesitamos y la valoramos, con mayor razón sucede con aquello tan esencial para la vida e invisible como es el amor, el buscar el bien para el otro incluso hasta dar la vida por él y agradecerlo como un don. Y aunque por nuestra terquedad y egoísmo lo perdamos a veces para volver así a valorarlo, contamos, sin embargo, con el recordatorio de esa ley íntima a nosotros mismos, puesta por nuestro Creador en el fondo del corazón, que nos invita a esforzarnos para amar: amar a Dios y amar al prójimo. Ese es el agua sin el que no se puede vivir.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO\*

---

\*Doctora en Filosofía, Universidad de Barcelona. Profesora de Ética. Directora Nacional de Formación e Identidad. Universidad Santo Tomás.

## REFLEXIONES ÉTICAS

### I. LA ERA DEL SUBJETIVISMO

#### LOS ORÍGENES

La doctrina de los nominalistas, encabezados por Ockham, rompió la armonía entre la fe y la razón y desmontó la mente occidental, deconstruyendo sus principios. De las cenizas de esta deconstrucción surgió una nueva era, la era del subjetivismo. En ella se levantaron dos grandes movimientos disolventes, el protestantismo y el humanismo. De la interconexión de ambos emerge la Modernidad.

*El espíritu del subjetivismo se impone mediante revoluciones; es "titánico; se gasta en la Civilización del Hombre, pero resurge siempre; cuantificador de sus propias valoraciones, las sistematiza en valores; postula la acción, a la que subordina el ser. Se realiza mediante el principio de independencia, por el cual la criatura pretende autodeterminarse.*

*El espíritu del subjetivismo se opone, por su propia esencia, al espíritu del cristianismo. Este se basa en realidades naturales y sobrenaturales. Aquel, en la sola voluntad subjetiva. Recientemente, en esta sub-era de la posmodernidad, el subjetivismo instrumentaliza la religión católica mediante un espiritualismo existencialista de corte kantiano.*

*Esta instrumentalización del catolicismo por parte del espíritu de subjetivismo, esto es, de la Modernidad, se lleva a cabo mediante:*

- I. *La hibridación de lo natural y lo sobrenatural a través del Método de Inmanencia (Blondel, De Lubac).*
- II. *La filosofía de la acción, que hace depender al ser del acto autodeterminante (Wojtyła) o autoposesivo (Guardini) o de autodefinition (Frankl).*
- III. *La escisión del individuo y la persona en un mismo sujeto personal, social o jurídico, a través del liberalismo de tercer grado y sus formas suaves de laicidad (Maritain) y de comunitarismo (Mounier).*
- IV. *La sustitución del concepto de ley por el de norma, y del de pena por el de sanción.*
- V. *La devaluación del conocimiento real u objetivo (Marcel, Heidegger), puesta entre paréntesis de los saberes heredados (Husserl), misteriosismo eclesiológico (De Lubac) o intimista (Marcel).*
- VI. *La introducción de falsas dicotomías: el ser contra Dios (Heidegger), la ley universal contra el ethos individual (Kierkegaard, Rahner); la metafísica contra la espiritualidad (Marcel), contra la subjetividad (Wojtyła), contra la axiología (Guardini), contra la espontaneidad del espíritu (Mounier), contra el misterio de Cristo y de la Iglesia (De Lubac), contra los valores vitales (Scheler) contra*

la apertura al mundo moderno y al hombre (Rahner); contra la belleza (Von Balthasar); contra la conciencia “transcendental” (Husserl).

## LA AVERSIÓN A LA REALEZA SOCIAL DE CRISTO

En el contexto humanista actual, es el reverso de la conversión a la persona. Los santos, en los templos, han sido sustituidos por valores humanos. Ha dejado de contemplarse la gloria de Dios en sus santos, para “imaginarla” en el cuerpo, en los atributos de la persona preadámica (de antes de la Caída), en los derechos humanos. La glorificación de la dignidad humana sustituye a la glorificación de Dios en sus santos, por lo que la dignidad moral queda reemplazada por la ontológica preadámica. La vida es contrapuesta al ser, como hace Scheler, y el ser es contrapuesto a Dios, como hace Heidegger. La vida personal en busca de sentido, como diría Frankl, se absolutiza. Hasta el cuerpo queda absolutizado y convertido en medio de elevación sobrenatural, mientras el alma se devalúa como alma.

No congenia este engrandecimiento de la causa segunda ni con el principio de subordinación aristotélico-tomista, ni con la realeza de Cristo Rey. Simpatiza mucho más con el tercer grado de liberalismo y con las democracias individualistas de hoy.

## FE CONTRA RAZÓN

Se asegura que nuestro Dios es de vivos y no de muertos para dar un supuesto sabor bíblico al desmantelamiento de la metafísica y de la tradición en cuanto *traditio* (*entrega*) y no en cuanto creatividad afectiva o vida axiológica (Scheler) o acción inmanente postuladora de lo sobrenatural (Blondel). La influencia de Scheler y Heidegger no es en vano: el Dios *bíblico* (¿la Tradición no cuenta como fuente?) es contrapuesto al ser, y la axiología fenomenológica preferida a la metafísica. Las consecuencias son nefastas para toda disciplina de raigambre teórica, sea el derecho natural, la doctrina política, o el mismo derecho penal.

*La verdad polifónica* de Von Balthasar, el poliedrismo epistemológico, la alergia a los saberes ciertos y objetivos, caracterizan la nueva teoría del conocimiento. La verdad no se ve clara en el caleidoscopio del subjetivismo. Se prefiere una epistemología de muchos lados, que simpatice con perspectivismos, con formas cognitivas de muchos ángulos, con diversos instrumentos de interpretación y multiformes armonías. Para que la verdad quede pulverizada y se acomode a un medio ambiguo de expresión, en que puede significar una cosa pero también la contraria, se descompone la certeza en confianzas subjetivas.

*En manos del subjetivismo*, la fe católica es una forma eufemística de la teología, como decía Maeztu de la teoría de los valores en su *Defensa de la Hispanidad*. La Modernidad, como era del subjetivismo, sea racionalista o irracionalista (Posmodernidad) pretende convertir a Cristo en principio de bienestar universal, para quitarle la sal y espada a su doctrina.

Depende de los católicos recuperar el sano realismo, la sana objetividad, la recta armonía entre la fe y la razón; la justa consideración de la ley y de la pena;

la debida concepción de lo justo por naturaleza, o sea del derecho natural; y de lo justo por sobrenaturaleza, o sea la doctrina de la justificación; la equilibrada y sana metafísica tradicional; el vivo sentido de la fe, sin interferencias ideológicas; la temperada y clásica doctrina de la realeza social de Cristo, con sus implicaciones sociales y políticas.

Recuperar, en definitiva, la integridad de la fe católica y del pensamiento clásico y tradicional.

ALONSO GRACIÁN\*

## II. ALGUNOS MALES DE LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

Los sistemas democráticos están en manos de seres humanos. Con su libertad y sus ideas, con sus bondades y con sus intrigas, los hombres promueven mejoras o provocan daños en las democracias que luego afectan a toda la sociedad.

No resulta posible hacer un elenco de los diversos males que hieren a las democracias, pero sí pueden ser señalados algunos bastante visibles y otros menos observados, en vistas a prevenirlos y, cuando se produzcan, a promover una buena terapia.

Un gran mal que afecta a los sistemas democráticos radica en las ambiciones de grupos de poder que buscan manipular a los partidos para defender sus intereses, en detrimento del bien común.

Otro mal surge dentro del mismo sistema de partidos políticos, cuando estos se convierten en algo autorreferencial, cuando buscan perpetuarse en el poder sin tener en cuenta la promoción de la justicia.

Un mal constante en algunas democracias consiste en las luchas internas por ocupar los mejores lugares en las listas electorales. En esa lucha se recurre en ocasiones a amiguismos, a trampas, a manipulaciones en las así llamadas “primarias”, y otras agucias orientadas al triunfo “de los míos”.

En las votaciones de la gente no falta el peligro de fraudes, “pucherazos”, invención de votos fantasmas, supresión de votos válidos contrarios a los intereses de algunos. El sistema de control en las mesas electorales no es garantía suficiente para evitar este tipo de peligros y de engaños.

Junto a esos males, muy visibles en algunos sistemas democráticos, hay uno mucho más profundo y grave: suponer que no existan principios básicos fundamentales que sirvan como punto de referencia para la vida social, y que permitan distinguir objetivamente entre propuestas buenas y propuestas malas.

¿Por qué ese sería un mal tan grave? Porque lleva a pensar que un gobierno o parlamento no tiene más límite que el de los votos. Es decir, porque supone que

---

\*Publicado en *Infocat*, 13.4.2019.

los triunfadores en las elecciones no estarían obligados a respetar los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad.

De ahí surgen otros males que constatamos continuamente en sistemas democráticos que rechazan esos derechos fundamentales, por ejemplo, se aprueban leyes y programas de gobierno que permiten la muerte de inocentes (como ocurre cuando se aprueba el aborto); o cuando se implementan normas laborales inicuas.

Las democracias, como todo lo humano, necesitan ser curadas de las tentaciones y de los pecados que pueden herirlas gravemente. Y la mejor curación es la que cambia las mentes y los corazones de quienes están llamados a la vida pública.

Solo desde políticos honestos, amantes de la justicia y la verdad, dispuestos a perder su cargo con tal de defender el bien común, será posible evitar los males en esos sistemas políticos y permitir que sirvan, realmente, a la promoción de la concordia, la paz y la armonía entre las personas y los pueblos.

P. FERNANDO PASCUAL\*

### III. POPULISMO, ABORTO Y DEMOCRACIA

En diversos lugares saltan las alarmas cuando grupos y partidos considerados como populistas empiezan a recibir votos y más votos, sobre todo si un día consiguen entrar en los parlamentos de modo más o menos relevante. Tales alarmas suponen, primero, la idea de que el populismo sería un daño para la vida social. Lo cual, hay que decirlo, significa admitir que entre las propuestas políticas algunas son buenas y otras son malas.

Segundo, tales alarmas, quizá de un modo no plenamente consciente, señalan un punto débil que afecta a los sistemas democráticos: su incapacidad de impedir que los populistas (y cualquier propuesta considerada como dañina) lleguen al poder.

Además, las alarmas ante el populismo están unidas, a veces de modo implícito, al miedo que tienen los grupos políticos “dominantes” y “tradicionales” de perder el control de la vida pública.

Es importante subrayar que algunas críticas y reacciones ante el auge de grupos populistas están unidas a propuestas que necesitan ser analizadas a fondo: las que buscan caminos para que malas propuestas, como las populistas, no lleguen a ocupar espacios decisionales en la vida pública.

¿Por qué habría que analizar a fondo tales propuestas? Porque significan superar el relativismo radical que algunos defienden. Según ese relativismo, toda propuesta sería vista como apta para entrar en el debate público y podría incluso tener un espacio en el parlamento si consigue los votos necesarios.

---

\*Publicado en *Portaluz*, 24.6..2019.

En realidad, existen constituciones y leyes que impiden a ciertos grupos el acceso a las elecciones. Por ejemplo, cuando las normas vigentes impiden la legalización de partidos promotores del racismo o de otras ideologías agresivas. Pero esas leyes son insuficientes y parciales cuando permiten a otros partidos defender ideas y programas que dañan gravemente la convivencia y que van contra derechos fundamentales de los seres humanos.

Por eso resulta sorprendente que algunos críticos del populismo deseen marginar, incluso prohibir, a ciertos partidos políticos, mientras aceptan, o incluso defienden, a otros partidos políticos que promueven ideas y programas a favor del aborto o la eutanasia.

Si de verdad uno quiere defender un sistema democrático basado en el principio de justicia y en la búsqueda de la tutela de los derechos de todos, sin exclusiones, debe ir en contra de cualquier forma de populismo dañino, y en contra de cualquier grupo que defienda el “derecho” de la muerte de los hijos antes de nacer.

No hay democracia sana cuando se legaliza a grupos políticos que defienden ideas como el racismo, el aborto o la eutanasia. Al revés, la democracia es sana cuando garantiza, eficazmente, la vida y los derechos fundamentales de todos.

P. FERNANDO PASCUAL\*

#### IV. EL OCASO DEL LICEO

Lo ocurrido en el Instituto Nacional es impactante, por los incidentes protagonizados por alumnos: tomas destructivas, que resultara quemado uno de ellos mientras manipulaba una molotov, la agresión a carabineros con elementos contundentes y artefactos incendiarios. No es muy distinto de lo ocurrido en el Liceo Darío Salas: hubo que detener y allanar casas de estudiantes que rociaron con bencina a una profesora, en medio de una protesta (3 alumnos y 3 exalumnos).

El año pasado, estudiantes del Liceo Javiera Carrera prendieron fuego en un pasillo, arrojaron cuadernos como proyectiles a una profesora y un balde de agua a otra. Algo más contundente fue lo que protagonizaron alumnos del Liceo Amunátegui casi en paralelo: en la quinta toma, quemaron gran parte de la sala de profesores, aulas de clases, la cocina y libros de clases. Los daños han representado cientos de millones de pesos, debiendo adelantarse vacaciones o trasladar un liceo completo a varios establecimientos de Santiago.

Todos los años se registran manifestaciones estudiantiles. Entre 2016 y 2018 los liceos perdieron 316 días de clases por estar en tomas. En el Javiera Carrera, por ejemplo, hubo 12 tomas el último año y, en el primero, 10 liceos hicieron

---

\*Publicado en *Portaluz*, 8.7.2019.

lo propio en forma prolongada. Todo dice que este “ecosistema” perdurará *ad infinitum*.

Hay que remontarse a 2006 para mirar en perspectiva el panorama. Durante varios meses estudiantes secundarios protagonizaron la llamada “revolución pingüina”, la mayor protesta de escolares conocida en el país hasta ese momento, que instaló a la educación en el centro del debate público. Durante el invierno y primavera de 2011 irrumpió un movimiento estudiantil de mayor envergadura que surgió de las universidades, sumándose secundarios comandados por liceanos. Lo más relevante del petitorio de estos últimos se refirió a mejoras de infraestructura y una nueva institucionalidad de la educación, concibiéndola como un derecho: igualitaria, gratuita y de calidad. Pero las demandas universitarias fueron acogidas, como sabemos, mientras que las de los secundarios no recibieron atención en lo sustancial.

Es inexplicable y hasta injusto que el gobierno anterior haya postergado la educación pública en niveles de básica y media, prefiriendo la superior. Pongo el caso de los liceos, porque al parecer viven su ocaso, habiendo sido hasta hace unas cuantas décadas una institución de excelencia.

Según un estudio-ensayo de Sol Serrano (“El liceo”, 2018), fue una experiencia esencial para quienes tuvieron la oportunidad de educarse en ellos –muchos podemos confirmarlo–; ya siendo alumnos comprendieron lo que significó para sus vidas, por la categoría de la enseñanza y conocimientos adquiridos, pero sobre todo en cuanto a la formación humana recibida. Existía respeto a la autoridad y profesores, tradiciones que permitían desarrollar civilidad y formas de urbanidad, “compartieron un *ethos* intangible, en parte republicano, en parte meritocrático, de constructores de la democracia”, mujeres y hombres de clase media que vivieron “un relato histórico encarnado en el establecimiento”: adoptaron una identidad, sentido de pertenencia y compromiso social. En fin, portando conciencia nacional, se sintieron protagonistas de un proyecto de sociedad.

¿Qué queda de todo aquello? ¿Cómo recuperar al liceo chileno? Nadie más que el Estado puede hacerse responsable. Sus alumnos, desde 2006 actores empoderados, demandan calidad y exigen derechos, pero destruyen su colegio y agreden a profesores. Perdieron el sentido y el liceo ya no es espacio identitario. Los estudios demuestran que los indicadores de convivencia escolar y rendimiento académico vienen de baja, en todos los liceos. El tema es más profundo y multidimensional. No mejorará atendiendo petitorios y con contención emocional –seguirán quemándolos–, sino con una buena política y un plan de desarrollo de largo plazo. Estamos *ad portas* de ver el réquiem.

ÁLVARO GÓNGORA\*

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago el 11.7.2019.

## V. LOS ANIMALES: ¿SON SUJETOS DE DERECHO?

De modo que no es posible considerar ni a los animales ni a la naturaleza como sujetos de derecho, sencillamente porque existe en el hombre una realidad espiritual que corresponde a su intelectualidad, a su capacidad racional.

Hace poco hice una encuesta (Facebook y Twitter, respectivamente) sobre este tema, y aquí los resultados:

Para abordar el tema, vale la pena aclarar términos, que, si no, no sabemos de qué hablamos.

### DERECHO

Literalmente, es lo recto, lo no torcido, en cuanto conforme a la realidad, en el sentido de adecuado a ella, proporcionado, o como lo definía Celso, el arte de lo bueno y de lo equitativo<sup>1</sup>. En este sentido –y en cualquier otro *sentido* que se le quiera atribuir al término<sup>2</sup>–, está íntimamente relacionado con los actos humanos, es decir, que son propios de quien posee voluntad, libertad e inteligencia. El derecho de alguien substantivo, designa aquello que –lo que– es adecuado o justo en relación con esa persona, lo que le corresponde.

### ANIMAL

Referido a los *animalia*, al Reino Animal, y esto para evitar la argumentación animalista de que también somos animales, pues que ciertamente compartimos con los animales la capacidad de reproducción, nutrición y crecimiento, sin embargo, en nosotros se da la facultad del intelecto que introduce un salto cualitativo insalvable entre seres humanos y animales.

Hasta aquí de definiciones, vamos al tema en cuestión.

### LA OBSESIÓN SENTIMENTAL POR LOS ANIMALES

Del primer prejuicio que hay que deshacerse, es de aquel *falso extremo*, en el que, si no trato a los animales como personas, es porque los odio o me gusta que los maltraten, esto sencillamente es absurdo e irracional. Tanto es así, que lo que se considera en verdad un maltrato animal, es justamente que sean tratados como personas. César Millán, el famoso *encantador de perros* (que algo ha de saber más que nosotros sobre el tema), indica que, el humanizar a los animales ocasiona

---

<sup>1</sup>Celso, *Digesto*, I, 1.

<sup>2</sup>Para una profundización de la etimología del término derecho, me remito a la obra de A. Fernández-Galiano, *Derecho Natural: introducción filosófica al Derecho*, Artes Gráficas Benzal, 4ª ed., Madrid 1983, 60-67.

que pierdan su identidad, que se sientan frustrados, ansiosos e inseguros. Paso a transcribir textualmente lo dicho por César en una entrevista al respecto:

No se están teniendo en cuenta las necesidades del animal. El ser humano se ha enfocado en ser profesional y no en tener familia. Por eso quieren llenar ese vacío con los animales. Pero los animales se sienten incompletos porque no son seres humanos y tienen otras necesidades físicas y psicológicas<sup>3</sup>.

Y esto, porque con un poco de sentido común podemos darnos cuenta de que celebrarle el cumpleaños, pintarle las uñas, ponerle camisetas o nombre de persona a los animales, es –y así lo afirma este experto mundialmente reconocido, y al que sería el colmo acusarlo de que odia a los animales– completamente inadecuado, más aún, es un maltrato animal. ¿Qué sucede? Que debido a la sociedad sentimentalista en la que nos encontramos, la capacidad de razonar argumentos es muchas veces nula, nos pueden los sentimientos y empezamos a actuar de formas inadecuadas bajo criterios irracionales, como es este caso. Las consecuencias son evidentes, pues tenemos personas por ahí afirmando que *mi perro es como mi hijo* o incluso en situaciones de solidaridad, prefieren mil veces ayudar a un animal de la calle, que a una persona, dándoles así una falsa seguridad de que con este acto han mejorado el mundo, han devuelto esperanza a la humanidad, y no, lo que devuelve la esperanza a la humanidad es la santidad y el amor, el amor a la Creación por supuesto, pero sobre todo el amor al prójimo, que es por quien Cristo ha derramado Su Sangre. Pero el tema religioso lo dejaré para otro momento, que después no lograré que mis lectores no creyentes me sigan hasta el final del artículo.

#### CON RESPECTO A LOS DERECHOS

Llegado a este punto cabe decir que, ser sujeto de derecho suele definirse como tener derechos y obligaciones jurídicas. Sujeto (*sub-jectum*) indica: sometido, vinculado. De aquí deriva, probablemente, el hecho de considerar, universalmente, que sujeto de derecho, en sentido propio, es solo la persona. Pues solo la persona, en virtud de su inteligencia y voluntad, es libre o susceptible de mérito y responsabilidad. Esto, aunque no pueda ejercerlos en acto; se trata, en efecto de algo que le es propio a su naturaleza capaz de responsabilidad (por eso, lo son el niño, el demente, el enfermo, el hombre en coma, el que depende de otro, el dormido, etc.)<sup>4</sup>.

Lo que propiamente corresponde a los animales –y a la naturaleza en general, que en ciertos países como el mío han decidido referirla en la Constitución como la *Pachamama*, porque para paganismos hay espacio, pero no para Dios– es ser objetos de Derecho si se quiere y en cierto sentido, es decir, receptores de responsabilidades jurídicas, por parte del hombre. Porque como sujetos de derecho, nosotros tenemos la obligación de preservarlos, respetarlos, cuidarlos, etc.

---

<sup>3</sup>Puedes ver el video de la entrevista en la revista mexicana Contenido aquí: <http://www.elsalvador.com/vida/187570/video-tratar-a-los-perros-como-humanos-es-frustrarlos-dice-el-encantador-de-perros-cesar-millan/>

<sup>4</sup>Cf. Javier Barraca, *Pensar el Derecho*, Palabra, Madrid, pp. 24-29.

De modo que no es posible considerar ni a los animales ni a la naturaleza como sujetos de derecho, sencillamente porque existe en el hombre una realidad espiritual que corresponde a su intelectualidad, a su capacidad racional, aunque no todos la usen y algunos hayan renunciado a usarla para abrazar ideologías modernas. De modo que, se quiere mucho a los animales, se cuida la naturaleza y se la respeta, pero cada cosa en su lugar, que en la medida en que más damos cabida a igualitarismos absurdos, quien termina pagándola bien caro somos nosotros mismos. Ahí tienen a Europa, que tiene una tasa de natalidad por los suelos, porque prefieren mantener mascotas –más cómodo, menos sacrificio, que se traduce en menos amor– que tener hijos.

STEVEN NEIRA\*

## VI. LOS ESCRITOS PROFÉTICOS DE DON ORIONE SOBRE LOS ATAQUES A LA FAMILIA (1920)

El sitio *Vatican Insider* publicó tiempo atrás una entrevista a D. Flavio Peloso, director general de la “Obra Don Orione”.

El entrevistado reproduce el texto de una profecía de D. Luigi Orione, canonizado por Juan Pablo II el 16 de mayo de 2004, sobre la decadencia de la familia.

En los años de 1920, Don Orione escribió sobre la nueva situación social y cultural de las mujeres. En ese texto pasó también al referirse al tema de la familia:

“Es cristiano, es de caridad ocuparse de la condición de la mujer, o mejor, de la familia cristiana –observa Don Orione–. El ataque, aún latente, contra la fortaleza social que es la familia cristiana, guardada y mantenida por la indisolubilidad del matrimonio, presten atención, mañana se tornará furioso.

“El feminismo es una parte importantísima de la cuestión social, y nuestra falla como católicos es no haberlo comprendido inmediatamente. Fue un gran error.

“El día en que la mujer, libertada de todo aquello que llamamos su esclavitud, se torne Madre según su deseo, esposa sin marido, sin ningún deber en relación a nadie, en ese día la sociedad se desmoronará espantosamente por la anarquía, más de lo que se desmoronó Rusia por el bolchevismo”\*\*.

---

\*Publicado en *Infocat*, 17.2.2018.

\*\*Publicado en *Acción Familia*, 20.11.2018.



## REFLEXIONES FUERTES

### I. ¡FELIZ DÍA DEL... ¿OPRESOR?

Con motivo de la generalizada sensibilidad popular hacia el tradicional (y comercial) “día del padre”, y del consiguiente espacio periodístico que esta efeméride recibe, escuché por casualidad un programa radial donde la gente llamaba y decía cuál era el oficio, profesión o laburo de su padre. Me sorprendió el cariño con el cual todos se acordaban de su papá, resultando que el asunto del trabajo era más que nada la ocasión para acordarse del compromiso, de la dedicación, de la sencillez; en fin, del “amor con obras” de su “viejo”.

Luego, me llamó la atención mi propia sorpresa, ocasionada quizás por estar leyendo últimamente demasiada literatura relacionada con la ideología de género, donde la quinta esencia de la masculinidad que es el padre, es una figura sospechosa de violencia, de abuso de poder, y de incurrir en la imperdonable incorrección política de no ser indiferenciado sexualmente. Ser padre no solo es ser varón (lo cual ya de por sí implica una presunción en contra), sino que encima, silenciosa y efectivamente, es una reivindicación de la función de la paternidad. Es que en la literatura posmoderna se habla de la “muerte del padre” o peor aún, del “sexo olvidado”. En definitiva, vivimos en medio de un vocinglerío que estigmatiza la función viril, fogueado por un feminismo omnipresente.

Pero afortunadamente, todavía los planteos de la ideología de género no hicieron mella en el común de la gente, que sigue recordando con cariño a sus “viejos”, haciendo público el agradecido reconocimiento por la función paterna, desde la memoria del propio progenitor. De este modo se pone en evidencia un defecto insalvable de la ideología del “gender”, cual es su carácter abstracto, alejado de la humanidad concreta, lo cual en definitiva la torna inhumana.

Un ejemplo basta para ilustrar este concepto. Un postulado conspicuo del feminismo radical, es la traslación automática de la dialéctica marxista entre clase opresora y clase oprimida, a las relaciones entre varones y mujeres. De donde se derivaría que el imperativo ético de la mujer, debería ser la liberación del yugo del opresor. Nada más alejado de la realidad existencial, de la vivencia diaria de millones de mujeres para quienes evocar el “sexo opuesto” equivale a acordarse del abuelo, del hermano, de los amigos de toda la vida, de los compañeros de estudio... Las mujeres se acuerdan de su primer novio, de su marido, de su hijo, además de su padre, naturalmente. Olvidarse de la historia de su vida, inseparable de estas memorias, para reducirlas a una dialéctica opresor-oprimida, significa un reduccionismo inhumano y absurdo.

La esencia de la ideología de género es el postulado de la supresión de las diferencias de sexo, y consecuentemente, de la irrelevancia del ser varón o mujer, lo cual es irracional y contrario a la comprensión natural de la gente. Se trata de otra utopía más, de otra ideología supuestamente mesiánica, que debe imponerse

a como dé lugar, acarreado miseria a los seres humanos de carne y hueso, en la medida que pone en crisis la estructura de cada persona y por extensión, de la misma familia. Esta es la causa por la cual quieren imponerla forzosamente, y es así que asistimos hoy a su infiltración en todos los poderes del Estado, lo que se suma a la manipulación “para estatal” de la opinión pública, llegando a crear un sistema francamente coercitivo. Carácter que se ve reforzado por las cada vez más numerosas situaciones de represión estatal, bajo la “lógica” ideológica. Pregúntele al Dr. Rodríguez Lastra.

Millones de mujeres se sienten orgullosas de su rol en la familia, de compartir sueños y preocupaciones con “sus hombres” y de pelear codo a codo el día a día. Es cierto que existen dificultades y conflictos, pero es posible superarlos juntos, en realidad ¡es mucho más fácil! Y es precisamente esta percepción de la bondad de la unión familiar, lo que da por tierra el beligerante alegato ideológico. Pero hace falta valorarlo debidamente, y también hace falta profesarlo, es decir, exteriorizarlo, hacerlo público. Oponer a los planteos irracionales, las verdades del sentido común.

Por aquello mi sorpresa por el festejo del día del padre, en realidad pareciera que se olvidaron de suprimirlo. Tal vez algún día llegue a estar prohibido. Esperemos que no, y que –comercial y todo– siga siendo otro momento más en que nos acordemos de nuestros viejos, a veces con una lágrima y una oración... ¡Feliz día del Padre!

JOSÉ DURAND MENDIOROZ\*

## II. NEOPAGANISMO HOY

Ante la retirada del cristianismo como fuerza conformadora de la cultura occidental, diversos filósofos están saludando el supuesto regreso de Occidente al paganismo. Esta no es una afirmación nueva; ya Nietzsche la hizo hace 130 años, y Chesterton consideró necesario ocuparse del paganismo en 1906, en el capítulo 12 de *Herejes*, bastante antes de hacerse católico.

Ojalá que fuera cierto. Como escribió Chesterton en esa obra: “¡Si los jóvenes fueran paganos!”. Más tarde, en 1954, cuando C.S. Lewis ocupó una cátedra en Cambridge, pronunció una brillante lección inaugural titulada, en latín, *De Descriptione Temporum*, que merece ser leída por todos los conceptos. Su objeto no es el que aquí nos ocupa, pero en un momento de ella, dijo:

“Es difícil tener paciencia con los jeremías que, en la prensa o en el púlpito, nos advierten que estamos ‘volviendo al paganismo’. Si fuera así, sería divertido; sería agradable ver a un Primer Ministro intentando matar a un gran toro en Westminster Hall. Pero no volveremos. Lo que se esconde tras estas profecías [...] es la falsa idea de que el proceso histórico permite una mera inversión;

---

\*Publicado en Revista Digital Buena Data /[www.buenadata.org](http://www.buenadata.org), 16.6.2019

que Europa puede salir del cristianismo ‘por la misma puerta por la que entró’ y volver a donde estaba. No es eso lo que sucede. Un post-cristiano no es un pagano; es como pensar que una mujer casada recupera su virginidad con el divorcio. El post-cristiano está aislado del pasado cristiano, y por lo tanto doblemente aislado del pasado pagano”.

Para el autor de estas líneas, católico, el paganismo está lejos de ser la opción preferida, especialmente teniendo en cuenta la práctica romana de matar cristianos para entretenimiento público de vez en cuando. Pero, como mal menor, el paganismo clásico no sería una opción demasiado mala.

### ¿PREPARÓ EL PAGANISMO EL TERRENO AL CRISTIANISMO?

El cristianismo ha sido a menudo descrito como el mortal enemigo del paganismo clásico y su humanismo prometeico. Sin embargo, no es menos cierto que encontró en la cultura grecorromana un suelo fértil. El discurso de Pablo de Tarso en el Areópago de Atenas, en el año 50, se considera generalmente un fracaso (ver *Hechos de los Apóstoles*, cap. 17). Pero una relectura atenta del excelente relato de Lucas muestra que sus interlocutores –las personas políticamente correctas de la época, pues su principal ocupación era escuchar y transmitir las últimas novedades– le escucharon al menos con un mínimo de respeto:

“Y algunos dijeron: ‘¿Qué dirá ese charlatán?’ Otros decían: ‘Parece un predicador de divinidades extranjeras’; porque predicaba a Jesús y la resurrección. Lo tomaron y lo llevaron al Areópago, diciendo: ‘¿Podemos saber qué es esta nueva enseñanza que presentas? Porque traes cosas extrañas a nuestros oídos; [...]’”.

Si seguimos leyendo, vemos que los atenienses prestaron una razonable atención hasta que Pablo mencionó la resurrección de los muertos. Según el relato, hasta ese momento no se ve que haya habido mayores problemas. La referencia del Apóstol a un Dios providente que gobierna el mundo, recompensa a los buenos y castiga a los malos no sorprendió gran cosa a su audiencia, que en su mayor parte serían epicúreos o estoicos bastante desocupados. No parece haber chocado demasiado a sus oyentes la idea de que todos debemos buscar a Dios, y que “somos de su linaje” (aquí se apoyó en un poeta griego, Arato); que la idolatría está mal, y que algún día habrá un juicio universal. Por tanto, a Pablo le dieron la oportunidad de explicarse; quizá frívolamente, pero se la dieron, pues fueron ellos mismos a invitarlo a hablar. Si Pablo se dirigiera hoy a un foro equivalente, ¿sería tratado igual? ¿Le invitarían a hacer una exposición de teología? ¿Cómo recibiría una audiencia universitaria occidental, en 2019, una defensa de la existencia de un orden del mundo accesible a la razón común y de un Dios único, creador y providente que recompensa y castiga?

El vínculo entre Cristianismo y filosofía pagana fue mucho más allá del discurso de Pablo en el Areópago. Cuando leemos pasajes de Aristóteles o Cicerón nos sentimos como si estuviéramos leyendo a un antiguo Padre de la Iglesia. El famoso jurista Papiniano (142-212 d.C.), pagano, sería más tarde llamado “el jurista

cristiano". Cabe preguntarnos, entonces, ¿qué ofrecía el paganismo grecorromano al Cristianismo? Ofrecía la "*pietas*" (un concepto más amplio que nuestra "piedad", bien visible en Eneas, héroe del poeta Virgilio); la creencia en un orden del mundo; el *logos* –y con él la palabra y la razón–; la ley moral universal y la ley natural; y, lo que también es importante, la moderación. Por ejemplo, las virtudes cardinales de los cristianos (prudencia, justicia, fortaleza y templanza) pueden encontrarse en *De Officiis* de Cicerón.

Por todo ello, si el Imperio Romano tenía un heredero, explicablemente, había de ser la Iglesia.

## EL PAGANISMO POST-HUMANO DE NUESTROS DÍAS

Al final, lo que han hecho los secularizadores que dicen defender el paganismo no es solo retirar la pintura medieval que ocultaba el original clásico. En su afán por restaurar el fresco, han raspado hasta la piedra de debajo, y por eso los post-cristianos de hoy no se hacen paganos. A los post-cristianos les falta casi todo lo que tenían los paganos; sus modelos no son Sócrates, Alejandro Magno o Julio César. El paganismo era un mundo encantado hasta la superstición; el nuestro está radicalmente desencantado. Los paganos erigían monumentos funerarios a sus muertos que duran hasta hoy; nuestros post-cristianos están considerando la posibilidad de admitir el compostaje humano (algunos ya lo admiten). Ellos adoraban lo heroico; nosotros seguimos la trivial vulgaridad de *Seinfeld*. El hombre prometeico se esforzó por subir al nivel de los dioses y robarles el fuego; los progresistas post-cristianos se esfuerzan por poner el hombre al nivel de los simios, si es que no de las amebas y algas.

Por tanto, hoy no estamos retrocediendo hacia un mundo más inocente y antropocéntrico, como dicen algunos que se pretenden neo-paganos. Más bien vamos, o parecemos ir, hacia una cultura post-humana. Es discutible que lleguemos a una sociedad literalmente post-humana (espero que no), pero desde luego la sociedad post-cristiana no va a ser –ya no es– una nueva procesión de las Panateneas ni un prado de alegres jóvenes con peplos y túnicas blancas y guirnaldas en la cabeza. El nuestro va a ser –ya es– un mundo poco acogedor para el hombre medio: sin trabajos estables, a veces sin familias ni amigos, o con pocos; un mundo que en vez de ser "casa" es un gran centro comercial; todos consumiendo obsesivamente vulgares objetos de usar y tirar, con diversiones banales y centrifugadoras, rodeados por sonrisas comerciales. Fuera del centro comercial la realidad es hostil, competitiva, con todos esos consumistas pobres y aislados entre ellos, viviendo vidas vigiladas al detalle por el implacable autoritarismo tecno-económico.

Recientemente ha sido estrenada, con críticas favorables, la película *Midsommar*, del director sueco Ari Aster. Trata de unos estudiantes americanos que participan en un festival neo-pagano en el remoto norte de Suecia. Aunque comienza con rubias jóvenes vestidas de blanco bailando bailes folklóricos, es una película de innecesaria violencia y fuerte contenido sexual, en la que los sentimientos naturales del espectador parecen no haber sido tenidos en cuenta sino para agredirlos; una obra cuyo horror e inmoralidad profunda repugnaría a los paganos libertinos.

El famosísimo Harry Potter, por ejemplo, en realidad ofrece a los lectores poco que admirar. *Cincuenta Sombras de Grey* se vendió a millones, halagando

repugnantemente los bajos instintos, y sin excluir una sórdida violencia hacia las mujeres. Las escenas finales de *Midsommar* son justo lo contrario de la “eucatástrofe” propuesta por Tolkien en *On Fairy Stories*. Si son las películas como esas las encargadas *de facto* de marcar la ética del futuro (espero que no), nuestros hijos se encontrarían en un barrizal inmoral y vulgar que disgustaría al más corrosivo de los escritores paganos.

La economía y la tecnología modernas son, en general, desfavorables al Cristianismo; ya lo sabemos. Pero eso no quiere decir que fomenten el paganismo. Por el contrario, si las tendencias no cambian, nos estarían llevando hacia ese escenario posthumano o transhumano. Y si el mundo post-cristiano es, ciertamente, hostil a Tomás de Aquino, no lo es menos a Platón y Aristóteles.

Moraleja: se puede dejar de ser cristiano si uno lo desea, pero una vez roto el hechizo –y se rompió hace unos 20 siglos– uno no puede nacer de nuevo convertido en pagano precristiano. De los paganos pueden salir cristianos, pero de estos neopaganos, no saldrán paganos. Por eso, uno desearía que en nuestra sociedad actual hubiera un sólido sector social de paganos precristianos que fuesen sanos y muy humanos. Puesto que lo humano tiene un valor divino, especialmente después de la encarnación de Jesucristo, tal sociedad seguramente proporcionaría una base común para levantar el edificio social. Muchos de esos paganos podrían hacerse cristianos; sin ir más lejos, mis remotos antepasados se hicieron. Como dijo Chesterton, el paganismo terminó en el cristianismo.

El genial Dostoievski, en este punto se equivocó. En *Los hermanos Karamazov* sostenía que si Dios no existe, todo está permitido; lo cual es de suponer que abriría la puerta a un nuevo humanismo. Pero nuestra realidad es que, aunque Dios haya casi desaparecido de la cultura moderna, cada vez hay menos cosas permitidas.

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT\*

### III. ABORRECEN EL MÉRITO

¿Cómo podría ser meritoria una persona a partir de la nada, es decir, sin considerar los talentos recibidos y el entorno que la ha ayudado o a desarrollarse? Por de pronto, ¿puede “existir esa nada”?

Estas son las dos dimensiones de una misma argumentación que tiene que saber desplegar la ministra Cubillos para defender su magnífica iniciativa legal sobre reposición de mecanismos de selección escolar.

La discusión ya está iniciada y revive el mismo enfrentamiento de hace pocos años, cuando la pésima legislación bacheletista comenzaba a plantearse.

Las izquierdas repiten una y otra vez, esa supuesta objeción –“qué gracia tiene ser meritorio a partir del talento y del entorno”– e insisten en que prohibir toda forma de selección escolar crearía unas supuestas condiciones para conseguir la igualdad y anular así las desigualdades de talentos y entornos.

---

\*Profesor Universidad Santiago de Compostela. Catedrático de Derecho Constitucional Jean Monnet/1999. Este artículo reproduce, con modificaciones, “Please, God, bring back those good old pagans”, *Mercatornet*, 9-VII-2019.

Absurdo, y las izquierdas lo saben.

Absurdo, porque no hay legislación que pueda igualar los talentos, ni reglamento que pueda dejar a las personas sin contexto. Huxley lo intentó con su prodigiosa imaginación, pero tuvo que contradecirlo en su propio texto.

¿Por qué entonces se empeñan las izquierdas en defender un absurdo?

Porque su punto de partida básico en todas estas materias es que no habrá igualdad sin control.

El descontrol –libertad lo llaman esos derechistas repudiados por las izquierdas– es un producto obvio de las desigualdades accidentales que las sigue generando a lo largo de toda la vida. Las izquierdas no pueden permitir ese descontrol... esa libertad. Una doble experiencia les recuerda que solo bajo un control absoluto han pretendido la igualdad absoluta: la trayectoria de sus partidos comunistas y la historia de las sociedades bajo hegemonía marxista. En ambas situaciones, supuestamente, “todo está bajo control”.

Pero el mérito –desde el talento y el entorno, obvio– es manifestación del más radical descontrol. Se encadena hacia atrás por vía genética y social, de todos los modos posibles (¡vaya desigualdad más evidente e incontrolable!) y se proyecta hacia adelante, mediante la toma de decisiones que cada persona expresa de modo único e irrepetible (¡sigue presente la maldita desigualdad incontrolable!).

Por eso, para las izquierdas es imprescindible romper los eslabones que el mérito tiende hacia atrás e impedir los que pueda construir hacia adelante.

Si se puede facilitar el divorcio y diluir la filiación, mejor, porque así más y más niños quedarán “liberados” de la familia tradicional, ese entorno natural de la transmisión y del primer cultivo de los talentos. Y, por cierto, las izquierdas han decidido no concentrar la inversión de platas en el preescolar, por la misma razón: todavía los padres se implican mucho en el proceso educativo y eso dificulta el control.

Dañada así gravemente la capacidad familiar inicial, las izquierdas procuran romper también los dos siguientes eslabones que podrían implicar a la familia en la tarea educativa: la selección de la enseñanza escolar y el pago de la educación superior. Si los padres no pueden escoger ni conseguir que sus hijos sean seleccionados, el vínculo familiar con la escuela queda notoriamente debilitado. Si no hay que esforzarse para pagar universidades o institutos, el desapego familiar respecto de la educación superior se consolida. Súmele mil vías distintas de admisión en el nombre de la inclusión, y una vez más, el mérito queda postergado.

Un dato final consolida la indignación de las izquierdas frente al mérito. Lo saben, lo han experimentado tantas veces: la inmensa mayoría de quienes se esfuerzan y logran metas, vengan de donde vengan, simplemente no vota por las izquierdas.

GONZALO ROJAS S.\*

---

\*Profesor de Historia del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile.

# DOCUMENTOS



DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS PARTICIPANTES EN EL CONGRESO “YES TO LIFE! CUIDANDO DEL PRECIOSO DON DE LA VIDA EN SU FRAGILIDAD” ORGANIZADO POR EL DICASTERIO PARA LOS LAICOS, LA FAMILIA Y LA VIDA  
Sala Clementina  
Sábado, 25 de mayo de 2019

Eminentísimos cardenales, venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio, queridos hermanos y hermanas:

Buenos días y bienvenidos. Saludo al cardenal Farrell y le agradezco sus palabras de presentación. Saludo a los participantes en la conferencia internacional “Yes to Life! Cuidando del precioso don de la vida en su fragilidad”, organizada por el Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida y por la Fundación “Il cuore in una goccia”, una de las realidades que trabajan todos los días en el mundo para acoger a los niños que nacerían en condiciones de extrema fragilidad. Niños que, en algunos casos, la cultura del descarte define “incompatibles con la vida” y así condenados a muerte.

Pero ningún ser humano puede ser incompatible con la vida, ni por su edad, ni por su salud, ni por la calidad de su existencia. Todo niño que se anuncia en el seno de una mujer es un don que cambia la historia de una familia: de un padre y una madre, de los abuelos y de los hermanos. Y este niño necesita ser acogido, amado y cuidado. ¡Siempre! También cuando lloran, así [aplausos]. Quizás alguien piense: “Pero, hace ruido... vamos a llevárnoslo”. No: esta es la música que todos tenemos que escuchar. Y diré que escuchó el aplauso y se dio cuenta de que eran para él. Siempre debemos escuchar, incluso cuando el niño nos molesta un poco; incluso en la iglesia: ¡que los niños lloren en la iglesia! Alaban a Dios. Nunca, nunca ahuyenten a un niño porque llora. Gracias por el testimonio.

Cuando una mujer descubre que está esperando un hijo, una sensación de profundo misterio se mueve inmediatamente en ella. Las mujeres que son madres lo saben. La conciencia de una presencia, que crece dentro de ella, impregna todo su ser, por lo que ya no es solo una mujer, sino una madre. Entre ella y el niño se establece de inmediato un intenso diálogo cruzado, que la ciencia llama *cross-talk*. Una relación real e intensa entre dos seres humanos, que se comunican entre sí desde los primeros momentos de la concepción para favorecer la adaptación mutua a medida que el niño crece y se desarrolla. Esta capacidad comunicativa no es solo de la mujer, sino sobre todo del niño, que en su individualidad envía mensajes para revelar su presencia y sus necesidades a la madre. Así es como este

nuevo ser humano se convierte inmediatamente en hijo, moviendo a la mujer con todo su ser a tender hacia él.

Hoy las técnicas modernas de diagnóstico prenatal pueden descubrir desde las primeras semanas la presencia de malformaciones y patologías, que a veces pueden poner en grave peligro la vida del niño y la serenidad de la mujer. La mera sospecha de la patología, pero aún más la certeza de la enfermedad, cambian la experiencia del embarazo, causando un desconsuelo profundo en las mujeres y las parejas. El sentimiento de soledad, de impotencia y el miedo al sufrimiento del niño y de toda la familia brotan como un grito silencioso, una llamada de ayuda en la oscuridad de una enfermedad, de la cual nadie puede predecir el resultado seguro. Porque la evolución de cada enfermedad es siempre subjetiva e incluso los médicos a menudo no saben cómo se manifestará en cada individuo.

Y, sin embargo, hay una cosa que la medicina sabe bien: los niños, desde el seno de su madre, si tienen afecciones patológicas, son pequeños pacientes, que a menudo pueden ser tratados con intervenciones farmacológicas, quirúrgicas y asistenciales extraordinarias, capaces de reducir esa terrible brecha entre las posibilidades diagnósticas y terapéuticas, que durante años han sido una de las causas del aborto voluntario y del abandono de asistencia en el nacimiento de tantos niños con patologías graves. Las terapias fetales, por un lado, y los *Hospice* perinatales, por otro, obtienen resultados sorprendentes en términos de asistencia clínica y brindan un apoyo esencial a las familias que acogen el nacimiento de un niño enfermo.

Estas posibilidades y conocimientos deben ponerse a disposición de todos para difundir un enfoque científico y pastoral de acompañamiento competente. Por eso, es indispensable que los médicos tengan muy claro no solo el objetivo de la curación, sino también el valor sagrado de la vida humana, cuya protección sigue siendo el objetivo final de la práctica médica. La profesión médica es una misión, una vocación a la vida, y es importante que los médicos sean conscientes de que ellos mismos son un don para las familias que se les confían: médicos capaces de entablar una relación, de hacerse cargo de la vida de otros, proactivos frente al dolor, capaces de tranquilizar, de esforzarse por encontrar soluciones que respeten siempre la dignidad de cada vida humana.

En este sentido, el *comfort care* perinatal es una modalidad de tratamiento que humaniza la medicina, porque lleva a una relación responsable con el niño enfermo, que está acompañado por los operadores y su familia en un recorrido de atención integrada, que nunca lo abandona, haciéndole sentir calor humano y amor.

Todo esto resulta necesario, especialmente con respecto a aquellos niños que, en el estado actual del conocimiento científico, están destinados a morir inmediatamente después del parto, o a una corta distancia de tiempo. En estos casos, el tratamiento podría parecer un uso innecesario de recursos y más sufrimiento para los padres. Pero una mirada atenta sabe cómo captar el significado auténtico de este esfuerzo, encaminado a llevar a su cumplimiento el amor de una familia. En efecto, cuidar a estos niños ayuda a los padres a elaborar el luto y concebirlo no solo como una pérdida, sino como una etapa en un camino juntos. Ese niño se quedará en su vida para siempre. Y habrán podido amarlo. Muchas veces, esas pocas horas en que una madre puede arrullar a su hijo dejan un rastro en el corazón de esa mujer, que nunca olvida. Y ella se siente –dejadme decir la palabra– realizada. Se siente mamá.

Desafortunadamente, la cultura hoy dominante no promueve este enfoque: a nivel social, el miedo y la hostilidad hacia la discapacidad a menudo llevan a la elección del aborto, configurándolo como una práctica de “prevención”. Pero la enseñanza de la Iglesia sobre este punto es clara: la vida humana es sagrada e inviolable y el uso del diagnóstico prenatal con fines selectivos debe ser desalentado, porque es la expresión de una mentalidad eugénica inhumana, que sustrae a las familias la posibilidad de aceptar, abrazar y amar a sus hijos más débiles. A veces escuchamos: “Vosotros los católicos no aceptáis el aborto, es el problema de vuestra fe”. No: es un problema pre-religioso. La fe no tiene nada que ver. Viene después, pero no tiene nada que ver: es un problema humano. Es un problema pre-religioso. No carguemos a la fe con algo que no le pertenece desde el principio. Es un problema humano. Dos frases solamente nos ayudarán a entender esto: dos preguntas. Primera pregunta: ¿es lícito eliminar una vida humana para resolver un problema? Segunda pregunta: ¿es permisible alquilar un sicario para resolver un problema? La respuesta es vuestra. Este es el punto. No buscar en lo religioso algo que concierne a lo humano. No es lícito. Jamás eliminar una vida humana o alquilar a un sicario para resolver un problema.

El aborto nunca es la respuesta que buscan las mujeres y las familias. Más bien, es el miedo a la enfermedad y la soledad lo que hace que los padres vacilen. Las dificultades prácticas, humanas y espirituales son innegables, pero precisamente por esta razón son urgentes y necesarias acciones pastorales más incisivas para sostener a los que tendrán hijos enfermos. Es decir, es necesario crear espacios, lugares y “redes de amor” a los que las parejas puedan recurrir, así como dedicar tiempo a acompañar a estas familias. Me acuerdo de una historia que supe en mi otra diócesis. Había una niña Down de 15 años que se quedó embarazada y sus padres fueron al juez para pedirle permiso para abortar. El juez, un hombre justo en serio, lo estudió y dijo: “Quiero interrogar a la niña”. “Pero es Down, no entiende...”. “No, no, que venga”. La niña de 15 años fue, se sentó allí, comenzó a hablar con el juez y él le dijo: “¿Sabes lo que te pasa?”. “Sí, estoy enferma...”. “Ah, y ¿cómo es tu enfermedad?”. “ Me dijeron que tengo un animal adentro que se come mi estómago, y para eso tienen que hacer una operación”. “No... no tienes un gusano que se come tu estómago. ¿Sabes lo que tienes ahí? ¡Un niño!”. Y la chica Down dijo: “¡Oh, qué bien!”. Así, pues, el juez no autorizó el aborto. La madre lo quiere. Pasan los años. Nació una niña. Estudió, creció, se hizo abogada. Esa niña, desde que supo su historia porque se la contaron, siempre que era su cumpleaños llamaba al juez para darle las gracias por el don de su nacimiento. Las cosas de la vida. El juez murió y ella ahora se ha convertido en promotora de justicia. ¡Pero mira qué bonito! El aborto nunca es la respuesta que buscan las mujeres y las familias.

Gracias, por lo tanto, a todos vosotros que trabajáis para este fin. Y gracias, en particular, a vosotros, familias, madres y padres, que habéis acogido la vida frágil –hay que subrayar la palabra frágil– porque las madres y también las mujeres, son especialistas de fragilidad: acoger la vida frágil y que ahora sostenéis y ayudáis a otras familias. Vuestro testimonio de amor es un don para el mundo. Os bendigo y os llevo en mi oración. Y os pido por favor que recéis por mí. Gracias.

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO AL  
TRIBUNAL DE LA ROTA ROMANA CON OCASIÓN DE  
LA INAUGURACIÓN DEL AÑO JUDICIAL  
Sala Clementina  
Martes, 29 de enero de 2019

Excelencia, queridos prelados auditores,

Saludo cordialmente a cada uno de vosotros, comenzando con el Decano, a quien agradezco sus palabras. Saludo a quienes participan en este encuentro: los funcionarios, los abogados y los demás colaboradores del Tribunal Apostólico de la Rota Romana. A todos van mis mejores y más sinceros deseos para el año judicial que inauguramos hoy.

La sociedad en la que vivimos está cada vez más secularizada y no favorece el crecimiento de la fe, con la consecuencia de que a los fieles católicos les resulta difícil dar testimonio de un estilo de vida que corresponda al Evangelio, también por lo que se refiere al sacramento del matrimonio. En este contexto, es necesario que la Iglesia, en todas sus articulaciones, actúe en armonía para proporcionar el apoyo espiritual y pastoral adecuado. En el ministerio diario al servicio del matrimonio cristiano, experimentáis dos pilares fundamentales no solo de la teología y del derecho matrimonial canónico, sino también, e incluso antes, de la esencia misma de la Iglesia de Cristo: la unidad y la fidelidad. En efecto, estos dos bienes matrimoniales, antes de ser, todavía más, para ser obligaciones jurídicas de cada unión conyugal en Cristo, deben ser epifanía de la fe bautismal.

Para que se contraiga válidamente, el matrimonio requiere que se establezca en cada uno de los novios una unidad y armonía plenas con el otro, de modo que, a través del intercambio mutuo de las respectivas riquezas humanas, morales y espirituales –casi como vasos comunicantes–, los dos cónyuges se conviertan en una sola cosa. El matrimonio también requiere un compromiso de fidelidad, que absorbe toda la vida, convirtiéndose permanentemente en *consortium totius vitae* (can. 1135).

La unidad y la fidelidad son dos valores importantes y necesarios, no solo entre los cónyuges, sino en general en las relaciones interpersonales y sociales. Todos somos conscientes de los inconvenientes que determinan, en el consorcio civil, las promesas incumplidas, la falta de fidelidad a la palabra dada y a los compromisos asumidos.

La unidad y la fidelidad. Estos dos bienes irrenunciables y constitutivos del matrimonio requieren no solo ser explicados adecuadamente a los futuros esposos, sino que solicitan también la acción pastoral de la Iglesia, especialmente la de los obispos y sacerdotes, para acompañar a la familia en las diversas etapas de su formación y desarrollo. Esta acción pastoral, naturalmente, no puede limitarse a la resolución de las prácticas, si bien sean necesarias y deban llevarse a cabo con esmero. Hace falta una triple preparación para el matrimonio: remota, cercana y permanente. Esta última es bueno que abarque las diferentes etapas de la vida matrimonial de una manera seria y estructural, a través de una esmerada forma-

ción destinada a aumentar en los cónyuges la conciencia de los valores y de los compromisos propios de su vocación.

Los sujetos principales de esta formación matrimonial, en virtud de su oficio y ministerio, son los pastores; sin embargo, es muy oportuno, aún más, es necesario, involucrar a las comunidades eclesiales en sus diferentes componentes, que son corresponsables de esta pastoral bajo la guía del obispo diocesano y del párroco. Por lo tanto, se trata de una obligación *in solidum*, con la responsabilidad primaria de los pastores y la participación activa de la comunidad en la promoción del matrimonio y el acompañamiento de las familias con el sostén espiritual y formativo.

Para comprender esta necesidad pastoral, nos hará bien observar, en las Escrituras, la experiencia de los cónyuges Aquila y Priscila. Estuvieron entre los más fieles compañeros de la misión de San Pablo, que los llama con agradecido afecto sus *sinergoi*, colaboradores en pleno del ansia y del trabajo del Apóstol. Nos sorprende y nos conmueve este gran reconocimiento por parte de Pablo de la labor misionera de estos esposos; y al mismo tiempo podemos reconocer cómo esta sinergia fuese un don precioso del Espíritu para las primeras comunidades cristianas. Pidamos, por lo tanto, al Espíritu Santo que hoy también dé a la Iglesia sacerdotes que puedan apreciar y valorar los carismas de los esposos con una fe fuerte y un espíritu apostólico como Aquila y Priscila.

La atención pastoral constante y permanente de la Iglesia por el bien del matrimonio y de la familia requiere ser realizada a través de los diversos medios pastorales: el acercamiento a la Palabra de Dios, especialmente a través de la *lectio* divina, los encuentros catequéticos, la implicación en la celebración de los sacramentos, especialmente la eucaristía, el coloquio y la dirección espiritual, la participación en los grupos familiares y en el servicio caritativo, para desarrollar la confrontación con otras familias y la apertura a las necesidades de los más desfavorecidos.

Por otro lado, los esposos que viven su matrimonio en unidad generosa y con amor fiel, sosteniéndose mutuamente con la gracia del Señor y con el apoyo necesario de la comunidad eclesial, representan, a su vez, una preciosa ayuda pastoral para la Iglesia. De hecho, ofrecen a todos un ejemplo de amor verdadero y se convierten en testigos y cooperadores de la fecundidad de la Iglesia misma. En verdad, muchos cónyuges cristianos son un sermón silencioso para todos, un sermón "de día laborable", diría, de todos los días, y desafortunadamente, hay que constatar que una pareja que vive junta durante tantos años no es noticia –es triste esto–, mientras que los escándalos, las separaciones y los divorcios son noticia... (ver *Homilía en S. Marta, viernes 18 de mayo de 2018*).

Los cónyuges que viven en unidad y en fidelidad reflejan bien la imagen y la semejanza de Dios. Esta es la buena noticia: que la fidelidad es posible, porque es un don, tanto en los cónyuges como en los presbíteros. Esta es la noticia que también debería hacer más fuerte y más consolador el ministerio fiel y completo del amor evangélico de los obispos y sacerdotes; cómo el amor y la fidelidad conyugal de los cónyuges Aquila y Priscila fueron de gran consuelo para Pablo y Apolo.

Estimados prelados auditores, renuevo mi agradecimiento a cada uno de vosotros por el bien que hacéis al pueblo de Dios, sirviendo a la justicia a través de vuestras sentencias que, además de la importancia en sí del juicio para las partes interesadas, contribuyen a interpretar correctamente el derecho matrimonial. Este derecho se pone al servicio de la *salus animarum* y de la fe de los

cónyuges. Por lo tanto, se entiende la referencia puntual de las sentencias de la Rota a los principios de la doctrina católica, respecto de la idea natural del matrimonio, con sus obligaciones y derechos relativos, y más aún respecto de su realidad sacramental.

Gracias de todo corazón por vuestro trabajo. Invoco sobre él la ayuda divina y os imparto de todo corazón mi bendición apostólica. Y, por favor no os olvidéis de rezar por mí.

MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO A  
LOS PARTICIPANTES EN LA CONFERENCIA  
INTERNACIONAL “LOS DERECHOS HUMANOS EN  
EL MUNDO CONTEMPORÁNEO: CONQUISTAS,  
OMISIONES, NEGACIONES”  
Roma, 10-11 de diciembre de 2018

Señor cardenal, venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio, queridos hermanos y hermanas:

Me complace enviar un cordial saludo a todos vosotros, representantes de los Estados ante la Santa Sede, de las instituciones de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa, de las Comisiones Episcopales de Justicia y Paz y de las de pastoral social, del mundo académico y de las organizaciones de la sociedad civil, reunidos en Roma para la Conferencia Internacional sobre el tema “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo: conquistas, omisiones, negaciones”, organizada por el *Dicasterio para el Servicio del Desarrollo Humano Integral* y por la Pontificia Universidad Gregoriana, con motivo del 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del 25 aniversario de la Declaración y del Programa de Acción de Viena.

A través de estos dos documentos, la familia de las naciones quería reconocer la igual dignidad de cada persona humana<sup>1</sup>, de la cual se derivan derechos y libertades fundamentales que, por estar enraizados en la naturaleza de la persona humana –una unidad inseparable de cuerpo y alma–, son universales, indivisibles, interdependientes e interconectados<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, en la Declaración de 1948 se reconoce que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”<sup>3</sup>.

En el año en que se celebran aniversarios significativos de estos instrumentos jurídicos internacionales, resulta oportuna una reflexión profunda sobre los fun-

---

<sup>1</sup>Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Preámbulo y artículo 1.

<sup>2</sup>Véase la Declaración de Viena, 25 de junio de 1993, n. 5.

<sup>3</sup>Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 29.1.

damentos y el respeto por los derechos humanos en el mundo contemporáneo, una reflexión que espero sea premisa de un compromiso renovado en favor de la defensa de la dignidad humana, con una atención especial por los miembros más vulnerables de la comunidad.

En efecto, observando con atención nuestras sociedades contemporáneas, encontramos numerosas contradicciones que nos llevan a preguntarnos si verdaderamente la igual dignidad de todos los seres humanos, proclamada solemnemente hace 70 años, sea reconocida, respetada, protegida y promovida en todas las circunstancias. En el mundo de hoy persisten numerosas formas de injusticia, nutridas por visiones antropológicas reductivas y por un modelo económico basado en las ganancias, que no duda en explotar, descartar e incluso matar al hombre<sup>4</sup>. Mientras una parte de la humanidad vive en opulencia, otra parte ve su propia dignidad desconocida, despreciada o pisoteada y sus derechos fundamentales ignorados o violados.

Pienso, entre otras cosas, en los niños por nacer a quienes se les niega el derecho a venir al mundo; en aquellos que no tienen acceso a los medios indispensables para una vida digna<sup>5</sup>; en aquellos que están excluidos de la educación adecuada; en quien está injustamente privado de trabajo o forzado a trabajar como esclavo; a quienes están detenidos en condiciones inhumanas, a quienes son sometidos a torturas o a quienes se les niega la oportunidad de redimirse<sup>6</sup>, a las víctimas de desapariciones forzadas y sus familias.

Mis pensamientos también se dirigen a todos aquellos que viven en un clima dominado por la sospecha y el desprecio, que son objeto de actos de intolerancia, discriminación y violencia debido a su pertenencia racial, étnica, nacional o religiosa<sup>7</sup>.

Finalmente, no puedo dejar de recordar a cuantas personas sufren violaciones múltiples de sus derechos fundamentales en el contexto trágico de los conflictos armados, mientras los mercaderes de muerte sin escrúpulos<sup>8</sup> se enriquecen al precio de la sangre de sus hermanos y hermanas.

Ante estos graves fenómenos, todos somos cuestionados. De hecho, cuando se violan los derechos fundamentales, o cuando se favorecen algunos en detrimento de otros, o cuando se garantizan solo a ciertos grupos, se producen graves injusticias, que a su vez alimentan los conflictos con graves consecuencias tanto dentro de las naciones como en las relaciones entre ellas.

Por lo tanto, cada uno está llamado a contribuir con coraje y determinación, en la especificidad de su papel, a respetar los derechos fundamentales de cada persona, especialmente de las "invisibles": de los muchos que tienen hambre y sed, que están desnudos, enfermos, son extranjeros o están detenidos (cfr Mt 25,35-36), que viven en los márgenes de la sociedad o son descartados.

---

<sup>4</sup>Ver Exort. ap. *Evangelii gaudium*, 53.

<sup>5</sup>Cf. Juan XXIII, Carta Enc. *Pacem in terris*, 11 de abril de 1963.

<sup>6</sup>Cf. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2267.

<sup>7</sup>Ver *Discurso a los participantes en la Conferencia Mundial sobre el tema "Xenofobia, racismo y nacionalismo populista, en el contexto de la migración mundial"*, 20 de septiembre de 2018.

<sup>8</sup>Cf. *Audiencia general*, Plaza de San Pedro, 11 de junio de 2014. Gracias.

Esta necesidad de justicia y solidaridad tiene un significado especial para nosotros los cristianos, porque el Evangelio mismo nos invita a dirigir la mirada a los más pequeños de nuestros hermanos y hermanas, a movernos a la compasión (cf. Mt 14,14) y a trabajar arduamente para aliviar sus sufrimientos.

Deseo, en esta ocasión, dirigir un llamamiento sincero a aquellos con responsabilidades institucionales, pidiéndoles que coloquen a los derechos humanos en el centro de todas las políticas, incluidas las de cooperación para el desarrollo, incluso cuando esto signifique ir contra la corriente.

Con la esperanza de que estos días de reflexión puedan despertar la conciencia e inspirar iniciativas destinadas a proteger y promover la dignidad humana, confío a cada uno de vosotros, a vuestras familias y a vuestros pueblos, a la intercesión de María Santísima, Reina de la Paz, e invoco sobre todos la abundancia de bendiciones divinas.

En el Vaticano, 10 de diciembre de 2018.

FRANCISCO

VIAJE APOSTÓLICO A CROACIA.  
HOMILÍA DEL SANTO PADRE JUAN PABLO II  
DURANTE LA MISA DE BEATIFICACIÓN DEL  
CARDENAL STEPINAC  
Sábado 3 de octubre de 1998

1. “Si el grano de trigo no cae en tierra y muere, queda solo; pero si muere, da mucho fruto” (Jn 12, 24). Las palabras de Cristo, que acabamos de escuchar, nos introducen en el corazón mismo del misterio que estamos celebrando. En cierto modo, encierran todo el Evento pascual: nos orientan hacia la muerte del Redentor en la cruz, el Viernes santo, y, al mismo tiempo, nos remiten a la mañana de Pascua.

Hacemos referencia a ese misterio cada día durante la santa misa cuando, después de la consagración del pan y del vino, decimos: “Anunciamos tu muerte, proclamamos tu resurrección. ¡Ven, Señor Jesús!”. El “grano de trigo que cae en tierra” es, ante todo, Cristo, que en el Calvario murió y fue sepultado para dar la vida a todos. Pero este misterio de muerte y de vida se realiza asimismo en las vicisitudes terrenas de los seguidores de Cristo: también para ellos ser arrojados a tierra para morir en ella sigue siendo la condición de toda auténtica fecundidad espiritual.

¿No fue este el secreto de vuestro inolvidable y recordado arzobispo, el cardenal Alojzije Stepinac, al que hoy contemplamos en la gloria de los beatos? Participó de modo singular en el misterio pascual: como grano de trigo “cayó en tierra”, en esta tierra de Croacia, y al morir dio fruto, mucho fruto. “El que odia su vida en este mundo, la guardará para la vida eterna” (Jn 12, 25).

Las palabras de la segunda carta a los Corintios, que acabamos de proclamar, guardan íntima relación con el Evento que estamos celebrando. Escribe san

Pablo: “Así como abundan en nosotros los sufrimientos de Cristo, igualmente abunda también por Cristo nuestra consolación” (2 Co 1, 5). Esta afirmación ¿no constituye un significativo comentario de las palabras de Cristo sobre el grano de trigo que muere? Los que participan abundantemente en los sufrimientos de Cristo, gracias a él experimentan también la íntima consolación que brota de los frutos que produce la cruz.

2. “Si el grano de trigo no cae en tierra y muere, queda solo; pero si muere, da mucho fruto” (Jn 12, 24). Hoy nos sentimos llenos de alegría al dar juntos gracias a Dios por el nuevo fruto de santidad que la tierra croata da a la Iglesia en la persona del mártir Alojzije Stepinac, arzobispo de Zagreb y cardenal de la santa Iglesia romana.

A lo largo de los siglos han sido numerosos los mártires en estas regiones, comenzando desde los tiempos del Imperio romano con figuras como Venancio, Domnio, Anastasia, Quirino, Eusebio, Polión, Mauro y muchos otros. A ellos se suman, en los siglos sucesivos, Nicolás Tavelić y Marcos de Križevci, así como muchos confesores de la fe durante la dominación turca, hasta los de nuestros tiempos, entre los que destaca la luminosa personalidad del cardenal Stepinac.

Con su sacrificio, unido a los sufrimientos de Cristo, han dado un extraordinario testimonio que, con el paso del tiempo, no pierde nada de su elocuencia, sino que sigue irradiando luz e infundiendo esperanza. Junto a ellos, muchos otros pastores y simples fieles, hombres y mujeres, han confirmado también con la sangre su adhesión a Cristo. Forman parte de la multitud de los que, vestidos con vestiduras blancas y con palmas en las manos, están ya ante el trono del Cordero (cf. Ap 7, 9).

El beato Alojzije Stepinac no derramó su sangre en el sentido estricto de la palabra. Su muerte se produjo a causa de los largos sufrimientos padecidos: los últimos quince años de su vida fueron una continua serie de vejaciones, en medio de las cuales expuso con valentía su vida para testimoniar el Evangelio y la unidad de la Iglesia. Para usar las palabras del Salmo, puso en manos de Dios su misma vida (cf. Sal 16, 5).

3. No ha pasado mucho tiempo desde la vida y muerte del cardenal Stepinac: apenas 38 años. Todos conocemos el marco de esta muerte. Muchos de los presentes pueden atestiguar por experiencia directa cuán abundantes fueron en esos años los sufrimientos de Cristo entre las poblaciones de Croacia y de otras muchas naciones del continente. Hoy, pensando en las palabras del Apóstol, de todo corazón queremos desear a cuantos habitan en estas tierras que, después de la tribulación, abunde en ellos la consolación de Cristo crucificado y resucitado.

Un motivo particular de consolación para todos nosotros es, ciertamente, la presente beatificación. Este acto solemne tiene lugar en el santuario nacional croata de Marija Bistrica, en el primer sábado del mes de octubre. Ante los ojos de la Virgen santísima un hijo ilustre de esta tierra bendita sube a la gloria de los altares, en el centenario de su nacimiento. Es un momento histórico en la vida de la Iglesia y de vuestra nación. El cardenal arzobispo de Zagreb, una de las figuras más destacadas de la Iglesia Católica, después de sufrir en su cuerpo y en su espíritu las atrocidades del sistema comunista, ahora es entregado a la memoria de sus compatriotas con las brillantes insignias del martirio.

El Episcopado de vuestro país ha pedido que la beatificación del cardenal Stepinac tuviera lugar precisamente aquí, en el santuario de Marija Bistrica.

Conozco por experiencia personal lo que significó para los polacos, en el período en que los comunistas detentaban el poder, el santuario de Jasna Góra, con el que guardó una relación muy especial el ministerio pastoral del siervo de Dios cardenal Stefan Wyszyński. No me sorprende que haya tenido un valor similar para vosotros el santuario en que nos encontramos ahora, o el de Solona, a donde acudiré mañana. Desde hace tiempo deseaba venir a visitar el santuario de Marija Bistrica. Por eso, acepté con gusto la invitación del Episcopado croata y realizo hoy, en este lugar significativo, el solemne acto de la beatificación.

Saludo cordialmente a los obispos croatas aquí reunidos, y en particular al querido cardenal Franjo Kuharija y al arzobispo de Zagreb y presidente de la Conferencia episcopal croata, mons. Josip Bozania. Mi saludo se extiende a los señores cardenales Sodano, Meisner, Puljia, Schönborn, Ambrozic y Korec, a los arzobispos y obispos que han venido, con esta ocasión, de diversos países. Asimismo, saludo con afecto a los sacerdotes, a los consagrados, a las consagradas y a todos los fieles laicos, así como a los representantes de las demás confesiones religiosas que se hallan presentes en esta celebración. Un cordial saludo dirijo, por último, al presidente de la República, al jefe del Gobierno y a las autoridades civiles y militares del país, que han querido honrarnos con su presencia.

4. “Si alguno me sirve, que me siga” (Jn 12, 26). El buen Pastor fue para el beato Stepinac el único Maestro: su ejemplo inspiró hasta el final su conducta, dando la vida por el rebaño que se le había encomendado en un período particularmente difícil de la historia.

En la persona del nuevo beato se sintetiza, por así decir, toda la tragedia que ha afectado a las poblaciones croatas y a Europa durante este siglo marcado por tres grandes males: el fascismo, el nazismo y el comunismo. Ahora se encuentra en el gozo del cielo, rodeado por todos los que, como él, han combatido el buen combate, templando su fe en el crisol del sufrimiento. Hoy lo contemplamos con confianza, invocando su intercesión.

A este respecto, son significativas las palabras que el nuevo beato pronunció en 1943, durante la segunda guerra mundial, cuando Europa se encontraba azotada por una violencia inaudita: “¿Qué sistema apoya la Iglesia católica hoy, mientras todo el mundo está luchando por un nuevo orden mundial? Nosotros, al condenar todas las injusticias, todas las matanzas de inocentes, todos los incendios de aldeas tranquilas, toda destrucción de los esfuerzos de los pobres, (...) respondemos así: la Iglesia apoya un sistema que tiene tantos años como los diez Mandamientos de Dios. Estamos a favor de un sistema que no ha sido escrito sobre tablas corruptibles, sino con el dedo del Dios vivo en las conciencias de los hombres” (Homilías, Discursos, Mensajes, Zagreb 1996, pp. 179-180).

5. “Padre, glorifica tu nombre” (Jn 12, 28). Con su itinerario humano y espiritual, el beato Alojzije Stepinac brindó a su pueblo una especie de brújula para orientarse. He aquí los puntos cardinales: la fe en Dios, el respeto al hombre, el amor a todos llevado hasta el perdón, y la unidad con la Iglesia, guiada por el Sucesor de Pedro. Él sabía muy bien que no se pueden hacer descuentos sobre la verdad, porque la verdad no es mercancía de cambio. Por eso, afrontó el sufrimiento antes que traicionar su conciencia y faltar a la palabra dada a Cristo y a la Iglesia.

En este valiente testimonio no estuvo solo. Le acompañaron otros intrépidos que, para conservar la unidad de la Iglesia y para defender su libertad, aceptaron pagar como él un gravoso tributo de cárcel, de malos tratos e incluso de sangre. A esa multitud de almas generosas –obispos, sacerdotes, consagrados, consagradas y fieles laicos– va hoy nuestra admiración y nuestra gratitud. Escuchemos su fuerte invitación al perdón y a la reconciliación. Perdonar y reconciliarse quiere decir purificar el recuerdo del odio, de los rencores, del deseo de venganza; quiere decir reconocer como hermano también a quien nos ha hecho algún mal; quiere decir no dejarse vencer por el mal, sino vencer el mal con el bien (cf. Rm 12, 21).

6. Te bendigo, “Dios y Padre de nuestro Señor Jesucristo, Padre de las misericordias y Dios de toda consolación” (2 Co 1, 3) por este nuevo don de tu gracia.

Te bendigo, Hijo unigénito de Dios y Salvador del mundo, por tu cruz gloriosa, que en el arzobispo de Zagreb, el cardenal Alojzije Stepinac, obtuvo una espléndida victoria.

Te bendigo, Espíritu del Padre y del Hijo, Espíritu Paráclito, que sigues manifestando tu santidad en los hombres y que no cesas de hacer progresar la obra de la salvación.

Dios uno y trino, hoy te quiero dar gracias por la sólida fe de este pueblo tuyo, a pesar de las muchas adversidades que ha sufrido a lo largo de los siglos. Te quiero dar gracias por los innumerables mártires y confesores, hombres y mujeres de todas las edades, que han florecido en esta tierra bendita.

“Padre, glorifica tu nombre” (Jn 12, 28).

¡Alabados sean Jesús y María!

VIAJE APOSTÓLICO A CROACIA.  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI.  
ENCUENTRO CON EXPONENTES DE LA SOCIEDAD  
CIVIL, DEL MUNDO POLÍTICO, ACADÉMICO,  
CULTURAL Y EMPRESARIAL, CON EL CUERPO  
DIPLOMÁTICO Y CON LOS LÍDERES RELIGIOSOS  
Teatro Nacional Croata - Zagreb  
Sábado 4 de junio de 2011

Señor Presidente, Señores Cardenales, Ilustres Señores y Señoras, Queridos hermanos y hermanas

Me alegra mucho entrar en lo vivo de mi visita encontrándome con ustedes, que representan ámbitos cualificados de la sociedad croata y al Cuerpo Diplomático. Mi cordial saludo se dirige personalmente a cada uno y también a las entidades vitales a las que pertenecen: a las comunidades religiosas, a las instituciones po-

líticas, científicas y culturales, a los sectores artísticos, económicos y deportivos. Doy cordialmente las gracias a Mons. Puljic y al Profesor Zurak por las amables palabras que me han dirigido, así como a los músicos que me han acogido con el lenguaje universal de la música. La dimensión de la universalidad, característica del arte y de la cultura, es particularmente connatural al Cristianismo y a la Iglesia Católica. Cristo es plenamente hombre, y todo lo que es humano encuentra en Él y en su Palabra plenitud de vida y significado.

Este espléndido teatro es un lugar simbólico, que manifiesta vuestra identidad nacional y cultural. Poder encontraros aquí a todos juntos es otro motivo de alegría del espíritu, porque la Iglesia es un misterio de comunión y se alegra siempre de la comunión, en la riqueza de la diversidad. La participación de los representantes de otras Iglesias y Comunidades cristianas, así como también de la religión judía y musulmana, contribuye a recordar que la religión no es una realidad separada de la sociedad, sino un componente suyo connatural, que constantemente evoca la dimensión vertical, la escucha de Dios como condición para la búsqueda del bien común, de la justicia y de la reconciliación en la verdad. La religión pone al hombre en relación con Dios, Creador y Padre de todos, y, por tanto, debe ser un factor de paz. Las religiones deben purificarse siempre según esta verdadera esencia suya para corresponder a su genuina misión.

Y aquí quisiera introducir el tema central de mi breve reflexión: el de la conciencia. Este atraviesa los diferentes campos en los que ustedes están comprometidos y es fundamental para una sociedad libre y justa, tanto en el plano nacional como supranacional. Naturalmente, pienso en Europa, a la que desde siempre Croacia pertenece en el ámbito histórico-cultural y a la que está por entrar en el político-institucional. Pues bien, hay que confirmar y desarrollar las grandes conquistas de la edad moderna, es decir, el reconocimiento y la garantía de la libertad de conciencia, de los derechos humanos, de la libertad de la ciencia y, por tanto, de una sociedad libre, manteniendo abiertas, sin embargo, la racionalidad y la libertad en su fundamento trascendente, para evitar que dichas conquistas se autodestruyan, como debemos constatar lamentablemente en bastantes casos. La calidad de la vida social y civil, la calidad de la democracia, dependen en buena parte de este punto "crítico" que es la conciencia, de cómo es comprendida y de cuánto se invierte en su formación. Si la conciencia, según el pensamiento moderno más en boga, se reduce al ámbito de lo subjetivo, al que se relegan la religión y la moral, la crisis de Occidente no tiene remedio y Europa está destinada a la involución. En cambio, si la conciencia vuelve a descubrirse como lugar de escucha de la verdad y del bien, lugar de la responsabilidad ante Dios y los hermanos en humanidad, que es la fuerza contra cualquier dictadura, entonces hay esperanza de futuro.

Agradezco al Profesor Zurak que haya recordado las raíces cristianas de numerosas instituciones culturales y científicas de este país, como ha sucedido también en todo el continente europeo. Es necesario recordar estos orígenes, además, por fidelidad a la verdad histórica, y es importante saber leer en profundidad dichas raíces, para que puedan dar ánimo también al hoy. Es decir, es decisivo percibir el dinamismo que hay en un acontecimiento, como, por ejemplo, el nacimiento de una universidad, o de un movimiento artístico o de un hospital. Hay que comprender el porqué y el cómo de lo que ha sucedido, para apreciar en el hoy dicho dinamismo, que es una realidad espiritual que llega a ser cultural y por tanto

social. Detrás de todo hay hombres y mujeres, personas, conciencias, movidas por la fuerza de la verdad y del bien. Se han citado algunos hijos ilustres de esta tierra. Quisiera detenerme en el padre Ruder Josip Bošković, jesuita, nacido en Dubrovnik hace ahora trescientos años, el 18 de mayo de 1711. Él encarna muy bien la buena compenetración entre fe y ciencia, que se estimulan mutuamente para una búsqueda al mismo tiempo abierta, diversificada y capaz de síntesis. Su obra cumbre, la *Theoria philosophiae naturalis*, publicada en Viena, y después en Venecia a mitad del siglo XVIII, tiene un subtítulo muy significativo: *redacta ad unicam legem virium in natura existentium*, es decir, “según la única ley de las fuerzas existentes en la naturaleza”. En Bošković encontramos el análisis, el estudio de las múltiples ramas del saber, pero también la pasión por la unidad. Y esto es típico de la cultura católica. Por eso mismo, la fundación de una Universidad Católica en Croacia es signo de esperanza. Deseo que ella contribuya a crear unidad entre los diversos ámbitos de la cultura contemporánea, los valores y la identidad de nuestro Pueblo, dando continuidad a la fecunda contribución eclesial a la historia de la noble nación croata. Volviendo al padre Bošković, los expertos dicen que su teoría de la “continuidad”, válida tanto en la ciencias naturales como en la geometría, concuerda de forma excelente con alguno de los grandes descubrimientos de la física contemporánea. ¿Qué podemos decir? Rindamos homenaje al ilustre croata, pero también al auténtico jesuita; honremos al cultivador de la verdad que sabe bien lo mucho que esta lo supera, pero que, a la luz de la verdad, sabe también emplear a fondo los recursos de la razón que Dios mismo le ha dado.

Pero, además del elogio, es preciso también valorar el método, la apertura mental de estos grandes hombres. Volvamos, por tanto, a la conciencia como clave para el desarrollo cultural y la construcción del bien común. En la formación de las conciencias, la Iglesia ofrece a la sociedad su contribución más singular y valiosa. Una contribución que comienza en la familia y que encuentra un apoyo importante en la parroquia, donde niños y adolescentes, y también los jóvenes, aprenden a profundizar en la Sagrada Escritura, que es el “gran código” de la cultura europea; y aprenden al mismo tiempo el sentido de la comunidad fundada en el don, no en el interés económico o en la ideología, sino en el amor, que es “la principal fuerza impulsora del auténtico desarrollo de cada persona y de toda la humanidad” (*Caritas in veritate*, 1). Esta lógica de la gratuidad, aprendida en la infancia y la adolescencia, se vive después en otros ámbitos, en el juego y el deporte, en las relaciones interpersonales, en el arte, en el servicio voluntario a los pobres y los que sufren, y una vez asimilada se puede manifestar en los ámbitos más complejos de la política y la economía, trabajando por una polis que sea acogedora y hospitalaria y al mismo tiempo no vacía, no falsamente neutra, sino rica de contenidos humanos, con una fuerte dimensión ética. Aquí es donde los fieles laicos están llamados a aprovechar generosamente su formación, guiados por los principios de la Doctrina Social de la Iglesia, en favor de una laicidad auténtica, de la justicia social, la defensa de la vida y la familia, la libertad religiosa y de educación.

Ilustres amigos, su presencia y tradición cultural croata me han sugerido estas breves reflexiones. Se las dejo como signo de mi estima y sobre todo de la voluntad de la Iglesia de caminar con la luz del Evangelio en medio de este pueblo. Les doy las gracias por su atención y bendigo de corazón a todos ustedes, a sus seres queridos y sus actividades.

# DISCORSO DI PIO XII AL TRIBUNALE DELLA SACRA ROMANA ROTA 13 novembre 1949

Con vivo compiacimento vi salutiamo ancora una volta qui adunati intorno a Noi, diletti figli, dopo aver udito dalle labbra del vostro venerato Decano la relazione sulla vostra attività durante l'anno giuridico 1948-1949, relazione che, con l'eloquenza sobria, ma luminosa dei fatti, aggiunge ai molti altri un nuovo attestato dell'alto valore e della irreprensibile rettitudine di cotesto Tribunale.

L'opera della Sacra Romana Rota, che nel corso dell'ultimo decennio abbiamo potuto seguire più di vicino, Ci ha messo in grado di apprezzare debitamente il suo incondizionato rispetto alla verità dei fatti e alle disposizioni del diritto divino, specialmente in ciò che concerne la santità del matrimonio e la costituzione della famiglia, e Ci ispira in pari tempo la ferma fiducia che tutti i suoi membri osserveranno sempre fedelmente le norme già da Noi dettate, in adempimento dei doveri del Nostro magistero Apostolico, particolarmente nei discorsi del 3 ottobre 1941, 1° ottobre 1942 e 2 ottobre 1944. Ciò è di tanto maggior conforto all'animo Nostro nelle circostanze presenti, che danno –certamente non dappertutto, ma pur in larga misura– lo spettacolo di una crisi nell'amministrazione della giustizia, che oltrepassa le abituali deficienze della coscienza morale cristiana.

Le cause immediate di tale crisi sono da ricercarsi principalmente nel positivismo giuridico e nell'assolutismo di Stato; due manifestazioni che alla loro volta derivano e dipendono l'una dall'altra. Sottratta infatti al diritto la sua base costituita dalla legge divina naturale e positiva, e per ciò stesso immutabile, altro non resta che fonderlo sulla legge dello Stato come sua norma suprema, ed ecco posto il principio dello Stato assoluto. Viceversa questo Stato assoluto cercherà necessariamente di sottomettere tutte le cose al suo arbitrio, e specialmente di far servire il diritto stesso ai suoi propri fini.

Il positivismo giuridico e l'assolutismo di Stato hanno alterato e sfigurato la nobile fisionomia della giustizia, i cui fondamenti essenziali sono il diritto e la coscienza. Questo fatto richiama una serie di riflessioni, che si riducono tutte a due punti: le norme oggettive del diritto e la loro concezione soggettiva. Per oggi Ci restringeremo a parlare del primo punto, rimandando lo studio del secondo ad altra occasione, se così piacerà al Signore.

Nella scienza, come nella prassi giuridica, ritorna continuamente sul tappeto la questione del vero e giusto diritto. Ve ne è dunque anche un altro? un diritto falso e illegittimo? Senza dubbio l'avvicinamento di questi due termini per sé urta e ripugna. Non è però men vero che la nozione da essi significata è stata sempre viva nel senso giuridico, anche dei classici pagani. Nessuno forse fra loro ne ha dato una espressione più profonda di Sofocle nella sua tragedia Antigone<sup>1</sup>. Egli fa dire alla sua eroina che, per le cure di Creonte, Eteocle era stato seppellito *σὺν δίκαις δικάϊαις*. *Díkaios* è colui che compie i suoi doveri verso Dio e verso gli uomini, che è giusto, pio, onesto, probò, umano; *díke díkaiá* corrisponde dunque a ciò che noi chiamiamo vero e giusto diritto, mentre *cheroídikeso cheirodíkaiois*

---

<sup>1</sup>V. 23-24.

designando il violento, colui il quale usa il diritto del più forte, indica l'uomo del falso e ingiusto diritto.

Tutta la crisi, a cui abbiamo accennato, si riepiloga nell'antagonismo fra il vero e il falso diritto. L'interesse, col quale seri e penetranti giuristi si sono applicati allo studio di questo argomento, Ci sembra di felice auspicio per la soluzione della crisi. Ma per ciò bisogna che si abbia il coraggio di volerne vedere chiaramente e riconoscerne lealmente le radici.

Dove dobbiamo dunque cercarle, se non sul terreno della filosofia del diritto?

È impossibile di osservare con attenzione il mondo corporeo e spirituale, fisico e morale, senza essere colpiti d'ammirazione allo spettacolo dell'ordine e dell'armonia, che regnano in tutti i gradi della scala dell'essere. Nell'uomo fino a quella linea di confine, in cui si arresta la sua attività incosciente e comincia l'azione cosciente e libera, quell'ordine e quell'armonia vengono strettamente attuati secondo le leggi poste dal Creatore nell'essere esistente. Al di qua di quella linea vale ancora la volontà ordinatrice di Dio; tuttavia la sua attuazione e il suo svolgimento sono lasciati alla libera determinazione dell'uomo, la quale può essere conforme o in opposizione al volere divino.

In questo campo della cosciente azione umana, del bene e del male, del precetto, del permesso e del divieto, la volontà ordinatrice del Creatore si manifesta mediante il comandamento morale di Dio iscritto nella natura e nella rivelazione, come mediante il precetto o la legge della legittima autorità umana nella famiglia, nello Stato e nella Chiesa. Se l'attività umana si regola e si dirige secondo quelle norme, essa rimane per se stessa in armonia con l'ordine universale voluto dal Creatore.

In ciò trova la sua risposta la questione del diritto vero e falso. Il semplice fatto di essere dichiarato dal potere legislativo norma obbligatoria nello Stato, preso solo e per sé, non basta a creare un vero diritto. Il "criterio del semplice fatto" vale soltanto per Colui che è l'Autore e la regola sovrana di ogni diritto, Iddio. Applicarlo al legislatore umano indistintamente e definitivamente, come se la sua legge fosse la norma suprema del diritto, è l'errore del positivismo giuridico nel senso proprio e tecnico della parola; errore che è alla base dell'assolutismo di Stato e che equivale ad una deificazione dello Stato medesimo.

Il secolo decimonono è il gran responsabile del positivismo giuridico. Se le sue conseguenze hanno tardato a farsi sentire in tutta la loro gravità nella legislazione, si deve al fatto che la coltura era ancora impregnata del passato cristiano e che i rappresentanti del pensiero cristiano potevano ancora quasi dappertutto far sentire la loro voce nelle assemblee legislative. Doveva venire lo Stato totalitario d'impronta anticristiana, lo Stato che - per principio o almeno di fatto - rompeva ogni freno di fronte ad un supremo diritto divino, per svelare al mondo il vero volto del positivismo giuridico.

Occorre forse risalire molto indietro nella storia per trovare un cosiddetto "diritto legale", che toglie all'uomo ogni dignità personale; che gli nega il diritto fondamentale alla vita e alla integrità delle sue membra, rimettendo l'una e l'altra all'arbitrio del partito e dello Stato; che non riconosce all'individuo il diritto all'onore e al buon nome; che contesta ai genitori il diritto sui loro figli e il dovere della loro educazione; che soprattutto considera il riconoscimento di Dio, supremo Signore, e la dipendenza dell'uomo da Lui come senza interesse per lo Stato e per la comunità umana? Questo "diritto legale", nel senso ora esposto, ha sconvolto

l'ordine stabilito dal Creatore; ha chiamato il disordine ordine, la tirannia autorità, la schiavitù libertà, il delitto virtù patriottica.

Tale era e tale è ancora, dobbiamo dire, in alcuni luoghi il "diritto legale". Noi tutti siamo stati testimoni del modo come taluni, che avevano agito secondo questo diritto, sono stati poi chiamati a renderne ragione dinanzi alla giustizia umana. I processi, che si sono così svolti, non hanno soltanto condotto veri criminali alla sorte loro dovuta; essi hanno anche dimostrato la intollerabile condizione, a cui una legge dello Stato, completamente dominata dal positivismo giuridico, può ridurre un pubblico ufficiale che, altrimenti, per sua natura e lasciato libero nei suoi sentimenti, sarebbe rimasto un onesto uomo.

È stato osservato come, secondo i principi del positivismo giuridico, quei processi avrebbero dovuto concludersi con altrettante assoluzioni, anche in casi di delitti, che ripugnano al senso umano e riempiono il mondo di orrore. Gli imputati si trovavano, per così dire, coperti dal "diritto vigente". Di che cosa erano invero colpevoli, se non di aver fatto ciò che questo diritto prescriveva o permetteva?

Noi non intendiamo certamente di scusare i veri colpevoli. Ma la maggior responsabilità ricade sui profeti, sui propugnatori, sui creatori di una coltura, di un potere dello Stato, di una legislazione, che non riconosce Dio e i suoi diritti sovrani. Dovunque questi profeti erano e sono ancora all'opera, deve sorgere il rinnovamento e la restaurazione del vero pensiero giuridico.

Bisogna che l'ordine giuridico si senta di nuovo legato all'ordine morale, senza permettersi di varcarne i confini. Ora l'ordine morale è essenzialmente fondato in Dio, nella sua volontà, nella sua santità, nel suo essere. Anche la più profonda o più sottile scienza del diritto non potrebbe additare altro criterio per distinguere le leggi ingiuste dalle giuste, il semplice diritto legale dal diritto vero, che quello percepibile già col solo lume della ragione dalla natura delle cose e dell'uomo stesso, quello della legge scritta dal Creatore nel cuore dell'uomo<sup>2</sup> ed espressamente confermata dalla rivelazione. Se il diritto e la scienza giuridica non vogliono rinunciare alla sola guida capace di mantenerli nel retto cammino, debbono riconoscere gli "obblighi etici" come norme oggettive valide anche per l'ordine giuridico.

L'organizzazione giuridica della Chiesa cattolica non è mai passata né rischia mai di passare per una tale crisi. E come potrebbe essere altrimenti? Il suo alfa ed omega è la parola del Salmista: *In aeternum, Domine, est verbum tuum, stabile ut caelum... Verbi tui caput constantia est, et aeternum est omne decretum iustitiae tuae*<sup>3</sup>. Ciò vale per tutto il diritto divino, per quello altresì che l'Uomo-Dio ha posto a fondamento della sua Chiesa. Infatti, fin dal principio, nelle prime grandi promesse<sup>4</sup>, ha stabilito la sua Chiesa come una società giuridica. Cieco in verità dovrebbe essere chi chiudesse gli occhi a questa realtà.

La scienza e la prassi del diritto canonico non riconoscono evidentemente alcun diritto legale che non sia anche vero diritto; loro ufficio è di dirigere, nei limiti fissati dalla legge divina, il sistema giuridico ecclesiastico sempre e interamente verso il fine della Chiesa stessa, che è la salute e il bene delle anime. A

---

<sup>2</sup>Cf. Rm 2, 14-15.

<sup>3</sup>Sal 119, 89.160.

<sup>4</sup>Mt 16, 16-20.

questo fine serve, in modo perfetto, il diritto divino; allo stesso fine deve tendere, il più perfettamente possibile, anche il diritto ecclesiastico.

Lieti di sapere che voi, diletti figli, individualmente e collegialmente, esercitate la vostra alta magistratura secondo questo spirito, e in auspicio delle più abbondanti grazie celesti, v'impartiamo di cuore la Nostra Apostolica Benedizione.

## DISCURSO DEL SANTO PADRE JUAN PABLO II A LOS PARTICIPANTES EN LA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA LEY CELEBRADA EN MADRID Lunes 24 de septiembre de 1979

Señoras, señores:

Os doy las gracias por vuestra visita al terminar esta importante Conferencia que clausura las sesiones celebradas en Madrid. Ella me brinda la feliz oportunidad de encontrarme con vosotros, expresaros mi estima profunda y animaros por la labor de paz a que dedicáis vuestra excepcional preparación, poniendo en común las experiencias. El Centro "Paz en el mundo a través del derecho" y las Asociaciones filiales del mismo, se enorgullecen con razón de constituir "la primera Asociación que coordina a escala mundial los esfuerzos de miles de jueces, abogados, profesores y estudiantes de derecho de todas las naciones del mundo, en la línea positiva de interesarse por los problemas comunes de la humanidad en los juicios, procesos, principios e instituciones aceptados universalmente por las reglas del derecho". A esta tarea la Santa Sede desea prestar su propia contribución imparcial dentro de los límites y del espíritu de la misión confiada a la Iglesia por Cristo Nuestro Señor.

El rápido desarrollo de las relaciones entre los hombres y las naciones, tanto en extensión como en profundidad, reclama un esfuerzo sin precedentes para que aquel quede bajo el señorío del hombre, pues de lo contrario se verá arrastrado en la ola tumultuosa de los egoísmos e instintos; a este fin se deben hallar estructuras adecuadas que expresen y fomenten la unidad de la familia humana dentro del respeto a la dignidad soberana de cada individuo y de cada grupo humano. Este propósito encuentra en la regla del derecho, en el *imperium legis*, una ayuda indispensable que garantiza la continuidad, rectitud y fuerza creadora. La ordenación del derecho no supone en modo alguno inmovilidad rígida. Estando fundada en la riqueza de la tradición y en los valores humanos permanentes de los que ella misma saca fuerza y por los que ha sido perfeccionada, resulta más capaz que nunca de afrontar con determinación las situaciones que cambian constantemente, y de imprimir en ellas la huella del hombre. La aplicación tradicional y esencial de dicha ordenación jurídica a todas las circunstancias encuentra precisamente en la actual unificación de la humanidad, amplio terreno para vislumbrar caminos nuevos y rejuvenecer al mismo tiempo las expresiones varias ya aceptadas que se han ido forjando en consonancia con las tradiciones de las distintas naciones.

Las reglas del derecho no ignoran las tensiones que brotan de la vida, ni los aspectos de verdad contenidos en las protestas y contestación de las personas, en las que un determinado sistema legal rehúsa reconocer aspiraciones legítimas (cf. *Pacem in terris*, 39 y s.s.). Pero tiene suficiente confianza en sí misma, en la ley del corazón y de la razón de la que emana, para buscar soluciones no en un mayor recrudescimiento de tales tensiones, sino más bien en la apelación a las facultades superiores del hombre, capaz de descubrir y crear sistemas organizados más adecuados al desarrollo actual de la humanidad. Es esta la convicción que os ha llevado a examinar en Madrid toda la gama de desafíos de nuestros tiempos: Derechos humanos y Tratado de Helsinki, derechos del mar, codificación de las reglas que rigen las corporaciones multinacionales, derechos de la familia, datos referentes a la tecnología y derecho a la intimidad, control internacional de las distintas fuentes de energía, gradual reducción de la venta de armas comunes, control internacional, etc.

La Santa Sede participa activamente en las Conferencias internacionales relacionadas con estos diversos problemas; y su aportación peculiar de naturaleza ética, encuentra el campo mucho más preparado cuando los modelos del sistema legal han sido mejor elaborados, gracias sobre todo a vuestros esfuerzos. Esto es así desde el punto de vista del cambio y la evolución que deben ser característicos de la ley, porque son también característicos del desarrollo de la humanidad y de las naciones. Como ya he dicho, la Declaración de los Derechos Humanos y la fundación de la Organización de las Naciones Unidas tuvieron por objeto no solo abolir las horribles experiencias de la última guerra mundial, sino también crear la base de una revisión continua de programas, sistemas y regímenes, precisamente desde este único y fundamental punto de vista que es el bien del hombre, o –digamos– del individuo en la comunidad, el cual como factor fundamental del bien común debe constituir el criterio esencial de todos los programas, sistemas y regímenes (cf. *Redemptor hominis*, 17).

Sí, el hombre constituye la base de todo. Debe ser respetado en su dignidad personal y soberana. Se debe respetar su dimensión social, pues la personalidad humana y cristiana solo puede comprenderse en la medida en que se rechace este egocentrismo exclusivista, ya que su llamamiento es a la vez personal y social. El derecho canónico admite y favorece este perfeccionamiento característico pues lleva a vencer el egoísmo avasallador, es decir, la renuncia de sí en cuanto individualidad exclusivista; conduce a la afirmación de sí mismo en una auténtica perspectiva social, mediante el reconocimiento y respeto del otro en cuanto “persona” dotada de derechos universales, inviolables e inalienables, y revestida de dignidad trascendente (cf. *Discurso a la Sacra Rota Romana; L’Osservatore Romano*, Edición en Lengua Española. 1 de abril de 1979, pág. 9).

Los valores humanos, los valores morales son el fundamento de todo. La ley no puede prescindir de ellos ni en los fines ni en los medios. Su autonomía recta y ordenada es intrínseca a la ley moral, en la que además encuentra terreno fértil para su desarrollo dinámico y sistemático, en vez de freno real o restricción. Sabéis –y yo también lo sé– que es difícil definir al hombre en lo que constituye su ser permanente y su universalidad en el tiempo y en el espacio, por encima de los usos y culturas diferentes. Es asimismo difícil trazar los elementos institucionales que favorecen el crecimiento de la solidaridad humana, teniendo en cuenta a la vez la variedad de convicciones del hombre y contando también con su crea-

tividad, a fin de garantizar así la libertad necesaria en la que se debe formar y reformar la conciencia, y en la que ella puede actuar. Pero la historia del derecho muestra cómo la ley va perdiendo su estabilidad y su autoridad moral, y se ve tentada entonces a apelar cada vez más a la constrictión y la fuerza física o, por el contrario, a eludir sus responsabilidades –sea en favor de los no nacidos o de la estabilidad del matrimonio; o, a nivel internacional, en la ayuda a poblaciones enteras abandonadas a la opresión–, siempre que deja de buscar la verdad sobre el hombre y permite ser sobornado con alguna forma perjudicial de relativismo.

Búsqueda difícil, y que se hace a tientas; pero búsqueda necesaria de la que el jurista puede prescindir menos que nadie.

Para la Iglesia el fundamento sólido de esta búsqueda es Jesucristo. Pero todo lo que el creyente descubre a la luz de la fe, lo cree y afirma acerca de todos los hombres, creyentes y no creyentes, pues en cierto modo Cristo está unido a todos los hombres, a cada hombre. Es más, estamos ciertos de que la vida de Cristo habla también a muchos que no son capaces de repetir con Pedro “Tú eres el Cristo, el Hijo de Dios vivo”. Él, el Hijo de Dios vivo, habla a las personas también como Hombre: es su misma vida la que habla, su humanidad, su fidelidad a la verdad, su amor que a todos abarca (cf. *Redemptor hominis*, 7).

Señoras y señores: con profundo respeto a vuestras convicciones permitidme que os invite a escuchar la voz de Cristo, el mensaje del Evangelio sobre el hombre. No puedo menos de reafirmaros en vuestro deseo de construir la paz del mundo a través del derecho.

Reiterando mi honda estima por el trabajo que habéis realizado ya y animándoos a continuarlo sin tregua, invoco sobre vosotros, vuestras familias, y sobre vuestro trabajo la bendición de Dios Todopoderoso.

## LA IGLESIA Y EL ESCÁNDALO DEL ABUSO SEXUAL\*

(Ensayo del Papa Emérito S.S. Benedicto XVI)

Del 21 al 24 de febrero, tras la invitación del Papa Francisco, los presidentes de las conferencias episcopales del mundo se reunieron en el Vaticano para discutir la crisis de fe y de la Iglesia, una crisis palpable en todo el mundo tras las chocantes revelaciones del abuso clerical perpetrado contra menores. La extensión y la gravedad de los incidentes reportados han desconcertado a sacerdotes y laicos, y ha hecho que muchos cuestionen la misma fe de la Iglesia. Fue necesario enviar un mensaje fuerte y buscar un nuevo comienzo para hacer que la Iglesia sea nuevamente creíble como luz entre los pueblos y como una fuerza que sirve contra los poderes de la destrucción.

Ya que yo mismo he servido en una posición de responsabilidad como pastor de la Iglesia en una época en la que se desarrolló esta crisis y antes de ella, me

---

\*Ensayo publicado en Cuadernos del Clero/Klerusblatt, traducido al español por *Ací Prensa* (19.4.2019).

tuve que preguntar –aunque ya no soy directamente responsable por ser emérito– cómo podía contribuir a ese nuevo comienzo en retrospectiva. Entonces, desde el periodo del anuncio hasta la reunión misma de los presidentes de las conferencias episcopales, reuní algunas notas con las que quiero ayudar en esta hora difícil. Habiendo contactado al Secretario de Estado del Vaticano, Cardenal (Pietro) Parolin, y al mismo Papa Francisco, me parece apropiado publicar este texto en el “Klerusblatt”.

Mi trabajo se divide en tres partes.

En la primera busco presentar brevemente el amplio contexto del asunto, sin el cual el problema no se puede entender. Intento mostrar que en la década de 1960 ocurrió un gran evento, en una escala sin precedentes en la historia. Se puede decir que en los 20 años entre 1960 y 1980, los estándares vinculantes hasta entonces respecto a la sexualidad colapsaron completamente, y surgió una nueva normalidad que hasta ahora ha sido sujeta de varios laboriosos intentos de disrupción.

En la segunda parte, busco precisar los efectos de esta situación en la formación de los sacerdotes y en sus vidas.

Finalmente, en la tercera parte, me gustaría desarrollar algunas perspectivas para una adecuada respuesta por parte de la Iglesia.

## I.

(1) El asunto comienza con la introducción de los niños y jóvenes en la naturaleza de la sexualidad, algo prescrito y apoyado por el Estado. En Alemania, la entonces ministra de salud, (Käte) Strobbe, tenía una cinta en la que todo lo que antes no se permitía enseñar públicamente, incluidas las relaciones sexuales, se mostraba ahora con el propósito de educar. Lo que al principio se buscaba que fuera solo para la educación sexual de los jóvenes, se aceptó luego como una opción factible.

Efectos similares se lograron con el “Sexkoffer” publicado por el gobierno de Austria (N. del T. Materiales sexuales usados en los colegios austríacos a fines de la década de 1980). Las películas pornográficas y con contenido sexual se convirtieron entonces en algo común, hasta el punto que se transmitían en pequeños cines (*Bahnhofskinos*) (N. del T. cines baratos en Alemania que proyectaban pequeñas cintas cerca a las estaciones de tren).

Todavía recuerdo haber visto, mientras caminaba en la ciudad de Ratisbona un día, multitudes haciendo cola ante un gran cine, algo que habíamos visto antes solo en tiempos de guerra, cuando se esperaba una asignación especial. También recuerdo haber llegado a la ciudad el Viernes Santo de 1970 y ver en las vallas publicitarias un gran afiche de dos personas completamente desnudas y abrazadas.

Entre las libertades por las que la Revolución de 1968 peleó estaba la libertad sexual total, una que ya no tuviera normas. La voluntad de usar la violencia, que caracterizó esos años, está fuertemente relacionada con este colapso mental. De hecho, las cintas sexuales ya no se permitían en los aviones porque podían generar violencia en la pequeña comunidad de pasajeros. Y dado que los excesos en la vestimenta también provocaban agresiones, los directores de los colegios hicieron varios intentos para introducir una vestimenta escolar que facilitara un clima para el aprendizaje.

Parte de la fisionomía de la Revolución del 68 fue que la pedofilia también se diagnosticó como permitida y apropiada.

Para los jóvenes en la Iglesia, pero no solo para ellos, esto fue en muchas formas un tiempo muy difícil. Siempre me he preguntado cómo los jóvenes en esta situación se podían acercar al sacerdocio y aceptarlo con todas sus ramificaciones. El extenso colapso de las siguientes generaciones de sacerdotes en aquellos años y el gran número de laicizaciones fueron una consecuencia de todos estos desarrollos.

(2) Al mismo tiempo, independientemente de este desarrollo, la teología moral católica sufrió un colapso que dejó a la Iglesia indefensa ante estos cambios en la sociedad. Trataré de delinear brevemente la trayectoria que siguió este desarrollo.

Hasta el Concilio Vaticano II, la teología moral católica estaba ampliamente fundada en la ley natural, mientras que las Sagradas Escrituras se citaban solamente para tener contexto o justificación. En la lucha del Concilio por un nuevo entendimiento de la Revelación, la opción por la ley natural fue ampliamente abandonada, y se exigió una teología moral basada enteramente en la Biblia.

Aún recuerdo cómo la facultad jesuita en Frankfurt entrenó al joven e inteligente Padre (Schüller) con el propósito de desarrollar una moralidad basada enteramente en las Escrituras. La bella disertación del Padre (Bruno) Schüller muestra un primer paso hacia la construcción de una moralidad basada en las Escrituras. El Padre fue luego enviado a Estados Unidos y volvió habiéndose dado cuenta de que solo con la Biblia la moralidad no podía expresarse sistemáticamente. Luego intentó una teología moral más pragmática, sin ser capaz de dar una respuesta a la crisis de moralidad.

Al final, prevaleció principalmente la hipótesis de que la moralidad debía ser exclusivamente determinada por los propósitos de la acción humana. Si bien la antigua frase “el fin justifica los medios” no fue confirmada en esta forma cruda, su modo de pensar sí se había convertido en definitivo.

En consecuencia, ya no podía haber nada que constituya un bien absoluto, ni nada que fuera fundamentalmente malo; (podía haber) solo juicios de valor relativos. Ya no había bien (absoluto), sino solo lo relativamente mejor o contingente en el momento y en circunstancias.

La crisis de la justificación y la presentación de la moralidad católica llegaron a proporciones dramáticas al final de la década de 1980 y en la de 1990. El 5 de enero de 1989 se publicó la “Declaración de Colonia”, firmada por 15 profesores católicos de teología. Se centró en varios puntos de la crisis en la relación entre el magisterio episcopal y la tarea de la teología, las reacciones a este texto, que al principio no fue más allá del nivel usual de protestas, creció muy rápidamente y se convirtió en un grito contra el magisterio de la Iglesia y reunió, clara y visiblemente, el potencial de protesta global contra los esperados textos doctrinales de Juan Pablo II (cf. D. Mieth, *Kölner Erklärung*, LThK, VI3, p. 196) (N. del T. El LTHK es el *Lexikon für Theologie und Kirche*, el Lexicon de Teología y la Iglesia, cuyos editores incluían al teólogo Karl Rahner y al Cardenal alemán Walter Kasper).

El Papa Juan Pablo II, que conocía muy bien y que seguía de cerca la situación en la que estaba la teología moral, comisionó el trabajo de una encíclica para poner las cosas en claro nuevamente. Se publicó con el título de *Veritatis splendor* (El esplendor de la verdad) el 6 de agosto de 1993 y generó diversas reacciones vehementes por parte de los teólogos morales. Antes de eso, el Catecismo de la

Iglesia Católica (1992) ya había presentado persuasivamente y de modo sistemático la moralidad como es proclamada por la Iglesia.

Nunca olvidaré cómo el entonces líder teólogo moral de lengua alemana, Franz Böckle, habiendo regresado a su natal Suiza tras su retiro, anunció con respecto a la *Veritatis splendor* que si la encíclica determinaba que había acciones que siempre y en todas circunstancias podían clasificarse como malas, entonces él la rebatiría con todos los recursos a su disposición.

Fue Dios, el Misericordioso, quien evitó que pusiera en práctica su resolución ya que Böckle murió el 8 de julio de 1991. La encíclica fue publicada el 6 de agosto de 1993 y efectivamente incluía la determinación de que había acciones que nunca pueden ser buenas.

El Papa era totalmente consciente de la importancia de esta decisión en ese momento y para esta parte del texto consultó nuevamente a los mejores especialistas que no tomaron parte en la edición de la encíclica. Él sabía que no debía dejar duda sobre el hecho que la moralidad de balancear los bienes debe tener siempre un límite último. Hay bienes que nunca están sujetos a concesiones.

Hay valores que nunca deben ser abandonados por un valor mayor e incluso sobrepasar la preservación de la vida física. Existe el martirio. Dios es más, incluida la sobrevivencia física. Una vida comprada por la negación de Dios, una vida que se base en una mentira final, no es vida.

El martirio es la categoría básica de la existencia cristiana. El hecho que ya no sea moralmente necesario en la teoría que defiende Böckle y muchos otros demuestra que la misma esencia del cristianismo está en juego aquí.

En la teología moral, sin embargo, otra pregunta se había vuelto apremiante: había ganado amplia aceptación la hipótesis de que el magisterio de la Iglesia debe tener competencia final (“infalibilidad”) solo en materias concernientes a la fe y los asuntos sobre la moralidad no deben caer en el rango de las decisiones infalibles del magisterio de la Iglesia. Hay probablemente algo de cierto en esta hipótesis que garantiza un mayor debate, pero hay un mínimo conjunto de cuestiones morales que están indisolublemente relacionadas al principio fundacional de la fe y que tiene que ser defendido si no se quiere que la fe sea reducida a una teoría y no se le reconozca en su clamor por la vida concreta.

Todo esto permite ver cuán fundamentalmente se cuestiona la autoridad de la Iglesia en asuntos de moralidad. Los que niegan a la Iglesia una competencia en la enseñanza final en esta área la obligan a permanecer en silencio precisamente allí donde el límite entre la verdad y la mentira está en juego.

Independientemente de este asunto, en muchos círculos de teología moral se expuso la hipótesis de que la Iglesia no tiene y no puede tener su propia moralidad. El argumento era que todas las hipótesis morales tendrían su paralelo en otras religiones y, por lo tanto, no existiría una naturaleza cristiana. Pero el asunto de la naturaleza de una moralidad bíblica no se responde con el hecho que para cada sola oración en algún lugar, se puede encontrar un paralelo en otras religiones. En vez de eso, se trata de toda la moralidad bíblica, que como tal es nueva y distinta de sus partes individuales.

La doctrina moral de las Sagradas Escrituras tiene su forma de ser única predicada finalmente en su concreción a imagen de Dios, en la fe en un Dios que se mostró a sí mismo en Jesucristo y que vivió como ser humano. El Decálogo es

una aplicación a la vida humana de la fe bíblica en Dios. La imagen de Dios y la moralidad se pertenecen y por eso resulta en el cambio particular de la actitud cristiana hacia el mundo y la vida humana. Además, el cristianismo ha sido descrito desde el comienzo con la palabra *hodós* (camino, en griego, usado en el Nuevo Testamento para hablar de un camino de progreso).

La fe es una travesía y una forma de vida. En la antigua Iglesia, el catecumenado fue creado como un hábitat en la que los aspectos distintivos y frescos de la forma de vivir la vida cristiana eran al mismo tiempo practicados y protegidos ante la cultura que era cada vez más desmoralizada. Creo que incluso hoy algo como las comunidades de catecumenado son necesarias para que la vida cristiana pueda afirmarse en su propia manera.

## II.

### *LAS REACCIONES ECLESIALES INICIALES*

(1) El proceso largamente preparado y en marcha para la disolución del concepto cristiano de moralidad estuvo marcado, como he tratado de demostrar, por la radicalidad sin precedentes de la década de 1960. Esta disolución de la autoridad moral de la enseñanza de la Iglesia necesariamente debió tener un efecto en los distintos miembros de la Iglesia. En el contexto del encuentro de los presidentes de las conferencias episcopales de todo el mundo con el Papa Francisco, el asunto de la vida sacerdotal, así como la de los seminarios, es de particular interés. Ya que tiene que ver con el problema de la preparación en los seminarios para el ministerio sacerdotal, hay de hecho una descomposición de amplio alcance en cuanto a la forma previa de preparación.

En varios seminarios se establecieron grupos homosexuales que actuaban más o menos abiertamente, con lo que cambiaron significativamente el clima que se vivía en ellos. En un seminario en el sur de Alemania, los candidatos al sacerdocio y para el ministerio laico de especialistas pastorales (*Pastoralreferent*) vivían juntos. En las comidas cotidianas, los seminaristas y los especialistas pastorales estaban juntos. Los casados a veces estaban con sus esposas e hijos; y en ocasiones con sus novias. El clima en este seminario no proporcionaba el apoyo requerido para la preparación de la vocación sacerdotal. La Santa Sede sabía de esos problemas sin estar informada precisamente. Como primer paso, se acordó una visita apostólica (N. del T.: investigación) para los seminarios en Estados Unidos.

Como el criterio para la selección y designación de obispos también había cambiado luego del Concilio Vaticano II, la relación de los obispos con sus seminarios también era muy diferente. Por encima de todo se estableció la “conciliaridad” como un criterio para el nombramiento de nuevos obispos, que podía entenderse de varias maneras.

De hecho, en muchos lugares se entendió que las actitudes conciliares tenían que ver con tener una actitud crítica o negativa hacia la tradición existente hasta entonces, y que debía ser reemplazada por una relación nueva y radicalmente abierta con el mundo. Un obispo, que había sido antes rector de un seminario, había hecho que los seminaristas vieran películas pornográficas con la intención de que estas los hicieran resistentes ante las conductas contrarias a la fe.

Hubo –y no solo en los Estados Unidos de América– obispos que individualmente rechazaron la tradición católica por completo y buscaron una nueva y moderna “catolicidad” en sus diócesis. Tal vez valga la pena mencionar que en no pocos seminarios, a los estudiantes que los veían leyendo mis libros se les consideraba no aptos para el sacerdocio. Mis libros fueron escondidos, como si fueran mala literatura, y se leyeron solo bajo el escritorio.

La visita que se realizó no dio nuevas pistas, aparentemente porque varios poderes unieron fuerzas para maquillar la verdadera situación. Una segunda visita se ordenó y esa sí permitió tener datos nuevos, pero al final no logró ningún resultado. Sin embargo, desde la década de 1970 la situación en los seminarios ha mejorado en general. Y, sin embargo, solo aparecieron casos aislados de un nuevo fortalecimiento de las vocaciones sacerdotales ya que la situación general había tomado otro rumbo.

(2) El asunto de la pedofilia, según recuerdo, no fue agudo sino hasta la segunda mitad de la década de 1980. Mientras tanto, ya se había convertido en un asunto público en Estados Unidos, tanto así que los obispos fueron a Roma a buscar ayuda ya que la ley canónica, como se escribió en el nuevo Código (1983), no parecía suficiente para tomar las medidas necesarias. Al principio Roma y los canonistas romanos tuvieron dificultades con estas preocupaciones ya que, en su opinión, la suspensión temporal del ministerio sacerdotal tenía que ser suficiente para generar purificación y clarificación. Esto no podía ser aceptado por los obispos estadounidenses, porque de ese modo los sacerdotes permanecían al servicio del obispo y así eran asociados directamente con él. Lentamente fue tomando forma una renovación y profundización de la ley penal del nuevo Código, que había sido construida adrede de manera holgada.

Además y sin embargo, había un problema fundamental en la percepción de la ley penal. Solo el llamado garantismo (una especie de proteccionismo procesal) era considerado como “conciliar”. Esto significa que se tenía que garantizar, por encima de todo, los derechos del acusado hasta el punto en que se excluyera del todo cualquier tipo de condena. Como contrapeso ante las opciones de defensa, disponibles para los teólogos acusados y con frecuencia inadecuadas, su derecho a la defensa usando el garantismo se extendió a tal punto que las condenas eran casi imposibles.

Permítanme un breve excurso en este punto. A la luz de la escala de la inconducta pedófila, una palabra de Jesús nuevamente salta a la palestra: “Y cualquiera que haga tropezar a uno de estos pequeños que creen en mí, mejor le fuera si le hubieran atado al cuello una piedra de molino de las que mueve un asno, y lo hubieran echado al mar” (Mc 9,42).

La palabra “pequeños” en el idioma de Jesús significa los creyentes comunes que pueden ver su fe confundida por la arrogancia intelectual de aquellos que creen que son inteligentes. Entonces, aquí Jesús protege el depósito de la fe con una amenaza o castigo enfático para quienes hacen daño.

El uso moderno de la frase no es en sí mismo equivocado, pero no debe oscurecer el significado original. En él queda claro, contra cualquier garantismo, que no solo el derecho del acusado es importante y requiere una garantía. Los grandes bienes como la fe son igualmente importantes.

Entonces, una ley canónica balanceada que se corresponda con todo el mensaje de Jesús no solo tiene que proporcionar una garantía para el acusado, para quien

el respeto es un bien legal, sino que también tiene que proteger la fe que también es un importante bien legal. Una ley canónica adecuadamente formada tiene que contener entonces una doble garantía: la protección legal del acusado y la protección legal del bien que está en juego. Si hoy se presenta esta concepción inherentemente clara, generalmente se cae en hacer oídos sordos cuando se llega al asunto de la protección de la fe como un bien legal. En la consciencia general de la ley, la fe ya no parece tener el rango de bien que requiere protección. Esta es una situación alarmante que los pastores de la Iglesia tienen que considerar y tomar en serio.

Ahora me gustaría agregar, a las breves notas sobre la situación de la formación sacerdotal en el tiempo en el que estalló la crisis, algunas observaciones sobre el desarrollo de la ley canónica en este asunto.

En principio, la Congregación para el Clero era la responsable de lidiar con crímenes cometidos por sacerdotes, pero dado que el garantismo dominó largamente la situación en ese entonces, estuve de acuerdo con el Papa Juan Pablo II en que era adecuado asignar estas ofensas a la Congregación para la Doctrina de la Fe, bajo el título de *Delicta maiora contra fidem*.

Esto hizo posible imponer la pena máxima, es decir la expulsión del estado clerical, que no se habría podido imponer bajo otras previsiones legales. Esto no fue un truco para imponer la máxima pena, sino una consecuencia de la importancia de la fe para la Iglesia. De hecho, es importante ver que tal inconducta de los clérigos al final daña la fe.

Allí donde la fe ya no determina las acciones del hombre, tales ofensas son posibles.

La severidad del castigo, sin embargo, también presupone una prueba clara de la ofensa: este aspecto del garantismo permanece en vigor.

En otras palabras, para imponer la máxima pena legalmente, se requiere un proceso penal genuino, pero ambos, las diócesis y la Santa Sede se ven sobrepasados por tal requerimiento. Por ello formulamos un nivel mínimo de procedimientos penales y dejamos abierta la posibilidad de que la misma Santa Sede asuma el juicio allí donde la diócesis o la administración metropolitana no pueden hacerlo. En cada caso, el juicio debe ser revisado por la Congregación para la Doctrina de la Fe para garantizar los derechos del acusado. Finalmente, en la feria cuarta (N. del T. la asamblea de los miembros de la Congregación) establecimos una instancia de apelación para proporcionar la posibilidad de apelar.

Ya que todo esto superó en la realidad las capacidades de la Congregación para la Doctrina de la Fe y ya que las demoras que surgieron tenían que ser previstas dada la naturaleza de esta materia, el Papa Francisco ha realizado reformas adicionales.

### III.

(1.) ¿Qué se debe hacer? ¿Tal vez deberíamos crear otra Iglesia para que las cosas funcionen? Bueno, ese experimento ya se ha realizado y ya ha fracasado. Solo la obediencia y el amor por nuestro Señor Jesucristo pueden indicarnos el camino, así que primero tratemos de entender nuevamente y desde adentro (de nosotros mismos) lo que el Señor quiere y ha querido con nosotros.

Primero, sugeriría lo siguiente: si realmente quisiéramos resumir muy brevemente el contenido de la fe como está en la Biblia, tendríamos que hacerlo diciendo que

el Señor ha iniciado una narrativa de amor con nosotros y quiere abarcar a toda la creación en ella. La forma de pelear contra el mal que nos amenaza a nosotros y a todo el mundo, solo puede ser, al final, que entremos en este amor. Es la verdadera fuerza contra el mal, ya que el poder del mal emerge de nuestro rechazo a amar a Dios. Quien se confía al amor de Dios es redimido. Nuestro ser no redimido es una consecuencia de nuestra incapacidad de amar a Dios. Aprender a amar a Dios es, por lo tanto, el camino de la redención humana.

Tratemos de desarrollar un poco más este contenido esencial de la revelación de Dios. Podemos entonces decir que el primer don fundamental que la fe nos ofrece es la certeza de que Dios existe. Un mundo sin Dios solo puede ser un mundo sin significado. De otro modo, ¿de dónde vendría todo? En cualquier caso, no tiene propósito espiritual. De algún modo está simplemente allí y no tiene objetivo ni sentido. Entonces no hay estándares del bien ni del mal, y solo lo que es más fuerte que otra cosa puede afirmarse a sí misma y el poder se convierte en el único principio. La verdad no cuenta, en realidad no existe. Solo si las cosas tienen una razón espiritual tienen una intención y son concebidas. Solo si hay un Dios Creador que es bueno y que quiere el bien, la vida del hombre puede entonces tener sentido.

Existe un Dios como creador y la medida de todas las cosas es una necesidad primera y primordial, pero un Dios que no se exprese para nada a sí mismo, que no se hiciese conocido, permanecería como una presunción y podría entonces no determinar la forma [*Gestalt*] de nuestra vida. Para que Dios sea realmente Dios en esta creación deliberada, tenemos que mirarlo para que se exprese a sí mismo de alguna forma. Lo ha hecho de muchas maneras, pero decisivamente lo hizo en el llamado a Abraham y que le dio a la gente que buscaba a Dios la orientación que lleva más allá de toda expectativa: Dios mismo se convierte en criatura, habla como hombre con nosotros los seres humanos.

En este sentido la frase “Dios es”, al final se convierte en un mensaje verdaderamente gozoso, precisamente porque Él es más que entendimiento, porque Él crea –y es– amor para que una vez más la gente sea consciente de esta, la primera y fundamental tarea confiada a nosotros por el Señor.

Una sociedad sin Dios –una sociedad que no lo conoce y que lo trata como no existente– es una sociedad que pierde su medida. En nuestros días fue que se acuñó la frase de la muerte de Dios. Cuando Dios muere en una sociedad, se nos dijo, esta se hace libre. En realidad, la muerte de Dios en una sociedad también significa el fin de la libertad porque lo que muere es el propósito que proporciona orientación, dado que desaparece la brújula que nos dirige en la dirección correcta que nos enseña a distinguir el bien del mal. La sociedad occidental es una sociedad en la que Dios está ausente en la esfera pública y no tiene nada que ofrecerle. Y esa es la razón por la que es una sociedad en la que la medida de la humanidad se pierde cada vez más. En puntos individuales, de pronto parece que lo que es malo y destruye al hombre se ha convertido en una cuestión de rutina.

Ese es el caso con la pedofilia. Se teorizó solo hace un tiempo como algo legítimo, pero se ha difundido más y más. Y ahora nos damos cuenta con sorpresa de que las cosas que les están pasando a nuestros niños y jóvenes amenazan con destruirlos. El hecho de que esto también pueda extenderse en la Iglesia y entre los sacerdotes es algo que nos debe molestar de modo particular.

¿Por qué la pedofilia llegó a tales proporciones? Al final de cuentas, la razón es la ausencia de Dios. Nosotros, cristianos y sacerdotes, también preferimos no hablar de Dios porque este discurso no parece ser práctico. Luego de la convulsión de la Segunda Guerra Mundial, nosotros en Alemania todavía teníamos expresamente en nuestra Constitución que estábamos bajo responsabilidad de Dios como un principio guía. Medio siglo después, ya no fue posible incluir la responsabilidad para con Dios como un principio guía en la Constitución europea. Dios es visto como la preocupación partidaria de un pequeño grupo y ya no puede ser un principio guía para la comunidad como un todo. Esta decisión se refleja en la situación de Occidente, donde Dios se ha convertido en un asunto privado de una minoría.

Una tarea primordial, que tiene que resultar de las convulsiones morales de nuestro tiempo, es que nuevamente comencemos a vivir por Dios y bajo Él. Por encima de todo, nosotros tenemos que aprender una vez más a reconocer a Dios como la base de nuestra vida en vez de dejarlo a un lado como si fuera una frase no efectiva. Nunca olvidaré la advertencia del gran teólogo Hans Urs von Balthasar que una vez me escribió en una de sus postales: “¡No presuponga al Dios trino: Padre, Hijo y Espíritu Santo, preséntelo!”.

De hecho, en la teología Dios siempre se da por sentado como un asunto de rutina, pero en lo concreto uno no se relaciona con Él. El tema de Dios parece tan irreal, tan expulsado de las cosas que nos preocupan y, sin embargo, todo se convierte en algo distinto si no se presupone sino que se presenta a Dios. No dejándolo atrás como un marco, sino reconociéndolo como el centro de nuestros pensamientos, palabras y acciones.

(2) Dios se hizo hombre por nosotros. El hombre como Su criatura es tan cercano a Su corazón que Él se ha unido a sí mismo con el y ha entrado así en la historia humana de una forma muy práctica. Él habla con nosotros, vive con nosotros, sufre con nosotros y asumió la muerte por nosotros. Hablamos sobre esto en detalle en la teología, con palabras y pensamientos aprendidos, pero es precisamente de esta forma que corremos el riesgo de convertirnos en maestros de fe en vez de ser renovados y hechos maestros por la fe.

Consideremos esto con respecto al asunto central: la celebración de la Santa Eucaristía. Nuestro manejo de la Eucaristía solo puede generar preocupación. El Concilio Vaticano II se centró correctamente en regresar este sacramento de la presencia del cuerpo y la sangre de Cristo, de la presencia de Su persona, de su Pasión, Muerte y Resurrección, al centro de la vida cristiana y la misma existencia de la Iglesia. En parte esto realmente ha ocurrido y deberíamos estar agradecidos al Señor por ello.

Y sin embargo prevalece una actitud muy distinta. Lo que predomina no es una nueva reverencia por la presencia de la muerte y resurrección de Cristo, sino una forma de lidiar con Él que destruye la grandeza del Misterio. La caída en la participación de las celebraciones eucarísticas dominicales muestra lo poco que los cristianos de hoy saben sobre apreciar la grandeza del don que consiste en Su Presencia real. La Eucaristía se ha convertido en un mero gesto ceremonial cuando se da por sentado que la cortesía requiere que sea ofrecido en celebraciones familiares o en ocasiones como bodas y funerales a todos los invitados por razones familiares.

La forma en la que la gente simplemente recibe el Santísimo Sacramento en la comunión como algo rutinario muestra que muchos la ven como un gesto puramente ceremonial. Por lo tanto, cuando se piensa en la acción que se requiere primero y primordialmente, es bastante obvio que no necesitamos otra Iglesia con nuestro propio diseño. En vez de ello se requiere, primero que nada, la renovación de la fe en la realidad de que Jesucristo se nos es dado en el Santísimo Sacramento.

En conversaciones con víctimas de pedofilia, me hicieron muy consciente de este requisito primero y fundamental. Una joven que había sido acólita me dijo que el capellán, su superior en el servicio del altar, siempre la introducía al abuso sexual que él cometía con estas palabras: "Este es mi cuerpo que será entregado por ti".

Es obvio que esta mujer ya no puede escuchar las palabras de la consagración sin experimentar nuevamente la terrible angustia de los abusos. Sí, tenemos que implorar urgentemente al Señor por su perdón, pero antes que nada tenemos que jurar por Él y pedirle que nos enseñe nuevamente a entender la grandeza de Su sufrimiento y Su sacrificio. Y tenemos que hacer todo lo que podamos para proteger del abuso el don de la Santísima Eucaristía.

(3) Y finalmente, está el Misterio de la Iglesia. La frase con la que Romano Guardini, hace casi 100 años, expresó la esperanza gozosa que había en él y en muchos otros, permanece inolvidable: "Un evento de importancia incalculable ha comenzado, la Iglesia está despertando en las almas".

Se refería a que la Iglesia ya no era experimentada o percibida simplemente como un sistema externo que entraba en nuestras vidas, como una especie de autoridad, sino que había comenzado a ser percibida como algo presente en el corazón de la gente, como algo no meramente externo sino que nos movía interiormente. Casi 50 años después, al reconsiderar este proceso y viendo lo que ha estado pasando, me siento tentado a revertir la frase: "La Iglesia está muriendo en las almas".

De hecho, hoy la Iglesia es vista ampliamente solo como una especie de aparato político. Se habla de ella casi exclusivamente en categorías políticas y esto se aplica incluso a obispos que formulan su concepción de la Iglesia del mañana casi exclusivamente en términos políticos. La crisis, causada por los muchos casos de abusos de clérigos, nos hace mirar a la Iglesia como algo casi inaceptable que tenemos que tomar en nuestras manos y rediseñar. Pero una Iglesia que se hace a sí misma no puede constituir esperanza.

Jesús mismo comparó la Iglesia a una red de pesca en la que Dios mismo separa los buenos peces de los malos. También hay una parábola de la Iglesia como un campo en el que el buen grano que Dios mismo sembró crece junto a la mala hierba que "un enemigo" secretamente echó en él. De hecho, la mala hierba en el campo de Dios, la Iglesia, son ahora excesivamente visibles y los peces malos en la red también muestran su fortaleza. Sin embargo, el campo es aún el campo de Dios y la red es la red de Dios. Y en todos los tiempos, no solo ha habido mala hierba o peces malos, sino también los sembríos de Dios y los buenos peces. Proclamar ambos con énfasis y de la misma forma no es una manera falsa de apologética, sino un necesario servicio a la Verdad.

En este contexto es necesario referirnos a un importante texto en la Revelación a Juan. El demonio es identificado como el acusador que acusa a nuestros hermanos ante Dios día y noche. (Ap 12, 10). El Apocalipsis toma entonces un pensamiento que está al centro de la narrativa en el libro de Job (Job 1 y 2, 10; 42:7-16). Allí se

dice que el demonio buscaba mostrar que lo correcto en la vida de Job ante Dios era algo meramente externo. Y eso es exactamente lo que el Apocalipsis tiene que decir: el demonio quiere probar que no hay gente correcta, que su corrección solo se muestra en lo externo. Si uno pudiera acercarse, entonces la apariencia de justicia se caería rápidamente.

La narración comienza con una disputa entre Dios y el demonio, en la que Dios se ha referido a Job como un hombre verdaderamente justo. Ahora va a ser usado como un ejemplo para probar quién tiene razón. El demonio pide que se le quiten todas sus posesiones para ver que nada queda de su piedad. Dios le permite que lo haga, tras lo cual Job actúa positivamente. Luego el demonio presiona y dice: “¡Piel por piel! Sí, todo lo que el hombre tiene dará por su vida. Sin embargo, extiende ahora tu mano y toca su hueso y su carne, verás si no te maldice en tu misma cara” (Job 2,4f).

Entonces Dios le otorga al demonio un segundo turno. También toca la piel de Job y solo le está negado matarlo. Para los cristianos es claro que este Job, que está de pie ante Dios como ejemplo para toda la humanidad, es Jesucristo. En el Apocalipsis el drama de la humanidad nos es presentado en toda su amplitud.

El Dios Creador es confrontado con el demonio que habla a toda la humanidad y a toda la creación. Le habla no solo a Dios, sino y sobre todo a la gente: miren lo que este Dios ha hecho. Supuestamente una buena creación. En realidad está llena de miseria y disgustos. El desaliento de la creación es en realidad el menosprecio de Dios. Quiere probar que Dios mismo no es bueno y alejarnos de Él.

La oportunidad en la que el Apocalipsis no está hablando aquí es obvia. Hoy, la acusación contra Dios es sobre todo menosprecio de Su Iglesia como algo malo en su totalidad y por lo tanto nos disuade de ella. La idea de una Iglesia mejor, hecha por nosotros mismos, es de hecho una propuesta del demonio, con la que nos quiere alejar del Dios viviente usando una lógica mentirosa en la que fácilmente podemos caer. No, incluso hoy la Iglesia no está hecha solo de malos peces y mala hierba. La Iglesia de Dios también existe hoy, y hoy es ese mismo instrumento a través del cual Dios nos salva.

Es muy importante oponerse con toda la verdad a las mentiras y las medias verdades del demonio: sí, hay pecado y mal en la Iglesia, pero incluso hoy existe la Santa Iglesia, que es indestructible. Además hoy hay mucha gente que humildemente cree, sufre y ama, en quien el Dios verdadero, el Dios amoroso, se muestra a Sí mismo a nosotros. Dios también tiene hoy Sus testigos (*martyres*) en el mundo. Nosotros solo tenemos que estar vigilantes para verlos y escucharlos.

La palabra mártir está tomada de la ley procesal. En el juicio contra el demonio, Jesucristo es el primer y verdadero testigo de Dios, el primer mártir, que desde entonces ha sido seguido por incontables otros.

El hoy de la Iglesia es más que nunca una Iglesia de mártires y por ello un testimonio del Dios viviente. Si miramos a nuestro alrededor y escuchamos con un corazón atento, podremos hoy encontrar testigos en todos lados, especialmente entre la gente ordinaria, pero también en los altos rangos de la Iglesia, que se alzan por Dios con sus vidas y su sufrimiento. Es una inercia del corazón lo que nos lleva a no desear reconocerlos. Una de las grandes y esenciales tareas de nuestra evangelización es, hasta donde podamos, establecer hábitats de fe y, por encima de todo, encontrar y reconocerlos.

Vivo en una casa, en una pequeña comunidad de personas que descubren tales testimonios del Dios viviente una y otra vez en la vida diaria, y que alegremente me comentan esto. Ver y encontrar a la Iglesia viviente es una tarea maravillosa que nos fortalece y que, una y otra vez, nos hace alegres en nuestra fe.

Al final de mis reflexiones me gustaría agradecer al Papa Francisco por todo lo que hace para mostrarnos siempre la luz de Dios que no ha desaparecido, incluso hoy. ¡Gracias Santo Padre!

BENEDICTO XVI

## INDIA: LA IGLESIA RECUERDA QUE EL YOGA NO ES CATÓLICO

Abril 25, 2018

La práctica del yoga es incompatible con la doctrina cristiana, según un reporte publicado por la Iglesia siro-malabar, uno de los tres ritos representados en el seno de la Conferencia de Obispos Católicos de la India.

Publicado en el último boletín de la eparquía de Mananthavady, el reporte de la Comisión Doctrinal Siro-Malabar se titula “El Yoga y la Fe Católica”. En él, se señala que el yoga y el cristianismo son incompatibles y que los grupos nacionalistas hindúes, como Sangh Parivar, “intentan explotar el yoga para lograr sus objetivos, que son nada menos que políticos y sectarios”.

El informe siro-malabar exhorta a una “revisión del yoga”, en un momento en que “el gobierno se ha comprometido a volver obligatorio el yoga en las escuelas y a presentarlo como una parte integral de la cultura hindú”.

Esta no es la primera vez que los obispos siro-malabares se expresan sobre este tema. El año pasado declararon que “el yoga no es un medio para alcanzar lo divino, aunque pueda contribuir a la salud física y mental”.

El yoga es un conjunto de prácticas físicas, mentales y espirituales originarias de la India y propagadas por todo el mundo. Combina ejercicios físicos y respiratorios. En el hinduismo, representa también una especie de viaje iniciático destinado a experimentar un supuesto contacto con lo divino. En las escuelas hindúes, el yoga es obligatorio, y cada año, el 21 de junio, organizan actividades y eventos dedicados a esta práctica.

Los activistas e intelectuales hindúes llevan muchos años intentando que este evento sea obligatorio, forzando a todos los estudiantes, sin importar su confesión religiosa, a cantar los himnos sagrados hindúes.

“En el yoga, no existe un lugar para Dios”, afirmó la Comisión Doctrinal Siro-Malabar, presidida por Monseñor Joseph Kallarangatt, quien también advirtió “contra el peligro de los gestos físicos y ejercicios idólatras en sí mismos”.

### UN DESARROLLO SALUDABLE

Es desde esta perspectiva que los obispos de la India levantan la voz para denunciar la práctica del yoga y sus derivaciones idólatras. Quiera Dios que sean escuchados hasta Occidente, donde no es nada raro ver a comunidades católicas, monasterios o parroquias, ofrecer este tipo de actividades a sus fieles. En efecto, se ha desarrollado una especie de yoga cristianizado, en nombre de la inculturación, de la relajación y de una cierta búsqueda del bienestar, pero también con

el objetivo de aprender nuevas formas de oración, poniendo de relieve el lugar del cuerpo y de la sensibilidad.

Es así como la posición de loto reemplaza a la oración de rodillas, y los sentidos sustituyen al acto de fe. Evidentemente, los católicos modernos han renunciado a sus tradiciones para adoptar las de otras creencias. Ya no se trata de unos simples ejercicios gimnásticos, sino de una práctica religiosa sumamente equívoca... incluso si los mantras hindús son reemplazados por versículos bíblicos.

Los obispos siro-malabares comprenden muy bien la situación: es imposible conciliar la doctrina cristiana con la filosofía yogui. Por su parte, el padre Gabriele Amorth (1925-2016), quien fue el exorcista de Roma durante treinta años, no dudaba en afirmar que “la práctica del yoga es diabólica. Las personas creen estar practicando simplemente una actividad satisfactoria, pero esta conduce al hinduismo”. Aleja de la fe y lleva a la apostasía.

Entre las causas del éxito del yoga como técnica de meditación y de oración, conviene mencionar el cambio radical de visión operado por el Concilio Vaticano II respecto a las otras religiones, en nombre del ecumenismo y del diálogo interreligioso. La declaración *Nostra aetate*, del 28 de octubre de 1965, establece un enfoque positivo, e incluso laudatorio, del hinduismo y budismo en términos anteriormente ignorados por todos los santos predicadores y misioneros católicos.

### UNA NOVEDAD DIABÓLICA

El Concilio declaró también que “en el hinduismo, los hombres escudriñan el misterio divino y lo expresan a través de la fecundidad inagotable de los mitos y con los penetrantes esfuerzos de la filosofía; buscan la liberación de las angustias de nuestra condición, ya sea mediante las modalidades de la vida ascética, a través de la meditación profunda, o bien buscando refugio en Dios con amor y confianza. En el budismo, según sus distintas formas, se reconoce la insuficiencia radical de este mundo cambiante y se enseña un camino por el cual los hombres, con un corazón devoto y confiado, pueden adquirir un estado de liberación perfecta, alcanzando la iluminación suprema a través de sus propios esfuerzos o mediante la ayuda proveniente de lo alto. (...) La Iglesia católica no rechaza nada de lo que en estas religiones hay de santo y verdadero. Considera con sincero respeto los modos de obrar y de vivir, los preceptos y doctrinas que, por más que discrepen en mucho de lo que ella profesa y enseña, no pocas veces reflejan un destello de aquella Verdad que ilumina a todos los hombres. Anuncia y tiene la obligación de anunciar constantemente a Cristo, que es ‘el Camino, la Verdad y la Vida’ (Jn., 14,6), en quien los hombres encuentran la plenitud de la vida religiosa y en quien Dios reconcilió consigo todas las cosas. Por consiguiente, exhorta a sus hijos a que, con prudencia y caridad, mediante el diálogo y colaboración con los adeptos de otras religiones, dando testimonio de fe y vida cristiana, reconozcan, guarden y promuevan aquellos bienes espirituales y morales, así como los valores socioculturales que en ellos existen”.

Corresponde muy bien a la intención del Concilio ver a los cristianos introducirse en otras religiones, incluso las no cristianas, o las que más se oponen a la verdadera fe y a Cristo, Único Salvador de los hombres. El texto, sin precedentes en dos mil años de cristianismo, muestra un sincero respeto por estas prácticas,

doctrinas y ritos que ignoran al verdadero Dios, tal como se dio a conocer en la Revelación y como se ofrece en el acto perfecto de religión de su sacrificio redentor.

Mientras se afirma en su misión de anunciar a Cristo, la Iglesia moderna nacida en el concilio ya no combate la idolatría en todas sus formas. No es solo una cuestión de diplomacia respecto de sus líderes o representantes, se trata de una complacencia increíble con sus mensajes, sus cultos y prácticas, incluso si son diabólicas. Es una burla a Dios y la corrupción de los hombres\*.

## DUBIA DEL CARDENAL ZEN SOBRE LAS DIRECTRICES DE LA SANTA SEDE\*\*

En la tarde del 28 de junio, leí una declaración de la Santa Sede. Soy obispo y cardenal. No puedo aceptarlo en silencio.

El purpurado explica que tomó un avión a Roma el día 1 de julio. Y añade:

Al mediodía del domingo, le entregué una carta dirigida al Papa al guardia de seguridad de la Casa Santa Marta, pidiéndole al Papa que nos dejara a mí y al autor de la declaración discutir la misma ante él.

No recibí una respuesta hasta las 4 pm del lunes. Escribí otra carta al Papa y se la entregué a un secretario privado. También adjunté una “dubia” a mi primera misiva. El secretario dijo que se había recibido la primera carta al Papa.

El martes por la noche, el director del Consejo de Estado del Papa me pidió que dijera que podía discutir mi dubia con el cardenal Secretario de Estado. Le dije: “Entonces no tiene sentido. No tengo absolutamente ninguna confianza en que reunirme con él tenga ningún resultado”.

El miércoles por la noche me informaron que el Papa pidió que cenáramos juntos y que nos acompañaría el Secretario de Estado.

Es difícil discutir durante la cena. Hablamos sobre muchas situaciones en Hong Kong. En cuanto a la declaración, solo se lo mencioné al Papa en los últimos minutos. El Papa dijo varias veces: “Prestaré atención a este asunto”. Es lo único que he traído de vuelta. También le entregué mi “dubia” al Secretario de Estado. Él no dijo nada en la mesa.

¿Valió la pena mi viaje? Esta es mi dubia.

Texto de la dubia del cardenal.

Dubia del cardenal Zen sobre las directrices pastorales de la Santa Sede con respecto al registro civil del clero en China.

---

\*Fuentes: *Asia News/Times of India/Aleteia/katholisch.de - FSSPX.Actualités* - 24/04/2018.

\*\*El 20 de junio la Santa Sede publicó un documento que pretendía ser una guía sobre la cuestión del registro civil del clero chino. La enorme desazón que ha causado en ellos ha motivado al Cardenal Zen a escribir una carta en forma de dubia.

Ante todo, encuentro extraño que el documento sea emitido por la Santa Sede, sin especificar qué departamento lo hace y sin firma alguna del director responsable.

En los párrafos 1 y 2 el documento explica el problema y la solución general.

1. El problema es que el gobierno ha incumplido su promesa de respetar la doctrina católica. En el registro civil del clero, casi siempre se requiere que el clero acepte el principio de autonomía, de independencia económica e independencia en la propagación de la Iglesia en China (esto se podría completar con lo que dice la carta del Papa Benedicto XVI en el punto 7.8: “adoptar actitudes, hacer gestos y asumir compromisos que son contrarios a los dictados de su conciencia como católicos”).

2. Ante una situación tan compleja, que no siempre es la misma en todos los lugares, la Santa Sede proporcionó un esquema general sobre cómo comportarse: por un lado, dice que no intenta forzar a la gente; de ahí que pida (pero omitiendo decir explícitamente “al gobierno”) respeto por la conciencia de los católicos. Por otra parte, afirma como principio general que “la condición de clandestinidad no es una característica normal de la vida de la Iglesia”, es decir, lo normal es dejar de serlo.

Con respecto a la cita de la carta del Papa Benedicto XVI, en el punto 8.1, me tomo la libertad de mencionar casi todo el párrafo:

a) “Algunos de ellos, no deseando ser objetos de un control indebido ejercido sobre la vida de la Iglesia, y queriendo mantener total fidelidad al Sucesor de Pedro y a la doctrina católica, se han sentido forzados a optar por la consagración clandestina”.

b) “La condición de clandestinidad no es una característica normal de la vida de la Iglesia”.

c) “Y la historia demuestra que los pastores y los fieles han recurrido a esto solo con gran sufrimiento, en su deseo de mantener la integridad de su fe”.

d) “Y para resistirse a las injerencias de las agencias estatales en cuestiones que pertenecen íntimamente a la vida de la Iglesia”.

Al padre Jerom Heyndrickx y al cardenal Parolin les gusta citar solo la parte b); el Papa Francisco también ha añadido la parte c); pero me parece que las partes a) y d) también son importantes.

El párrafo muestra claramente que la no normalidad no es elección del clero clandestino; dicha elección es inevitable. ¡Es la situación la que es anormal! ¿Ha cambiado la situación ahora?

3. El tercer largo párrafo intenta probar aquello que se sugiere en el párrafo 5:

*Primera prueba:* la constitución garantiza la libertad religiosa.

¿Qué nos dice la larga historia de persecución, a pesar de lo que diga la constitución?

*Segunda prueba:* Después del Acuerdo, la “independencia” lógicamente no debería ser entendida ya más como independencia absoluta, pero...

Primeramente, si no puedo acceder al texto del documento, me es difícil creer que ellos hayan reconocido el “papel particular del Sucesor de Pedro”.

¿Hay algo lógico en los sistemas totalitarios? Lo único lógico, es que, de acuerdo a Deng Xiaoping, un gato blanco es igual a un gato negro, en tanto que sirva a los propósitos del Partido.

En el período inmediatamente posterior al acuerdo, nada se ha cambiado. Todo ha sido oficialmente replanteado y los hechos lo prueban.

*Tercera prueba:* El contexto de diálogo “consolidado”.

¿No reconoce el documento que el gobierno ha incumplido sus promesas, tal como se afirma tanto en el primer y noveno párrafo de este documento?

*Cuarta prueba:* Todos los obispos están legitimados.

Esto solo demuestra la ilimitada generosidad del Papa o quizás la todopoderosa presión del gobierno, pero no vemos ningún cambio en la parte de los perdonados y “recompensados”; no hay signos de arrepentimiento; solo claros actos de osado triunfo, riéndose de otros que han apostado al caballo perdedor.

4. El párrafo cuarto afirma que las razones antes mencionadas justifican una nueva actitud. Aquí al menos son honestos cuando dicen que lo que se propone es algo nuevo, y que es así no en relación al pasado sino como una negación del mismo, como algo que ya se fue, algo que ya no sirve.

También se dice que la Santa Sede está tratando de ponerse de acuerdo con el gobierno sobre una fórmula (y que satisfaga a los dos).

Pero nuestra pregunta es: ¿una fórmula? Lo que se está pidiendo y lo que se está aceptando no es una mera declaración: es un sistema completo, un régimen en el cual ya no habrá libertad pastoral, en el que todo el mundo tendrá que seguir las órdenes del Partido, incluyendo el que los menores de 18 años no puedan tomar parte en ninguna actividad religiosa.

5. En el párrafo 5 encontramos las directrices pastorales propiamente dichas. En resumen: está bien firmar todo lo que el gobierno requiere, posiblemente con una aclaración por escrito que niegue lo que se firme. Si dicha aclaración escrita no es posible, que se haga verbalmente, con o sin testigo. Basta que no haya la intención de no aceptar escrupulosamente lo que realmente se firmó.

Se firma un texto contra la fe y se afirma que la intención es promover el bien de la comunidad, una evangelización más apropiada y una gestión responsable de los bienes de la Iglesia. Esta norma general va obviamente contra todo fundamento de la teología moral. Si es válida, justificaría incluso la apostasía.

6. En el párrafo 6 se dice que la Santa Sede comprende y respeta a aquellos que, en buena conciencia, no aceptan la norma antes mencionada. Obviamente, esto demuestra compasión hacia esa minoría “obstinada” que todavía no entiende la nueva norma.

7. El párrafo 7 habla de ciertos deberes que recaen sobre los obispos, citando un documento que no tiene nada que ver con este asunto.

8. En el párrafo 8 se dice que los fieles deberían aceptar la decisión de sus pastores. ¿Qué significa esto?, ¿que ellos no tienen la libertad individual de elegir? ¿No se debe respetar su conciencia?

Cuando los hermanos de China me preguntan qué hacer, siempre les doy la misma respuesta: respeten las elecciones de otros y permanezcan firmes en las convicciones de su propia conciencia. Esto es así porque yo no tengo autoridad

para imponer a otros lo que a mi juicio es correcto o equivocado. Pero, ¿no tiene la Santa Sede la autoridad y por lo tanto el deber de clarificar precisamente esto a los miembros de la Iglesia? ¿Están haciendo esto las directrices pastorales?

9. En el párrafo 9 se dice que mientras tanto, la Santa Sede pide (y omite de nuevo al “gobierno”) que las comunidades católicas no oficiales no se vean indebidamente sometidas a presión como en el pasado.

La decisión de no usar la palabra “gobierno” es como la tradicional reverencia de no mencionar el nombre del emperador.

Finalmente se recomienda que todo el mundo discierna la voluntad de Dios con paciencia y humildad. Me pregunto, sin embargo: ¿dónde ha quedado la perseverancia en la fe?

Luego se dice que “el viaje de la Iglesia en China está marcado, ... por mucha esperanza a pesar de las dificultades que soporta”. Me parece a mí, que en vez de esto, los hechos han destruido todo fundamento de esperanza humana. En lo que respecta a la esperanza en Dios, nunca puede ser separada del sincero deseo de sufrir de acuerdo a Su voluntad.

Este documento le ha dado radicalmente la vuelta a lo que es normal y lo que es anormal, a lo que es justo y a lo que es lamentable. Los que lo redactaron esperan quizás que la penosa minoría muera de muerte natural. Cuando hablo de esa minoría, me refiero no solo a los sacerdotes clandestinos, sino también a los muchos hermanos en la comunidad oficial que han trabajado con gran tenacidad para lograr el cambio, esperando el apoyo de la Santa Sede.

Que el Señor no permita que se cumplan los deseos de aquellos que quieren la muerte de la verdadera fe en mi querida patria\*.

## VIVIMOS UN ATAQUE CONTRA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA DE TODOS Cardenal Burke, ante el caso Lambert: “¿Puede el Estado dar muerte a los inocentes e indefensos?”

En una entrevista concedida a *L'Occidentale*, el cardenal Raymond Leo Burke analiza el avance de la cultura de la muerte en la legislación de los países europeos. Entrevista al cardenal Burke:

—Cardenal Raymond Leo Burke, en Francia es de la mayor actualidad el caso Lambert, condenado a muerte por deshidratación y desnutrición. Hace unas semanas, en los Países Bajos a la joven Noa, afectada de depresión por consecuencia de la violencia sufrida, se la dejó morir de hambre y de sed con la ayuda de un equipo médico que la acompañó hasta el final. ¿Es este el lugar de aterrizaje

---

\*Traducido para *Infocatólica* por Ana María Rodríguez.

natural de la modernidad o el Occidente se está convirtiendo a una cultura de la muerte que conduce a la supresión de toda debilidad?

Lo que estamos viendo es un ataque contra el derecho fundamental a la vida de todos los que se encuentran en una situación de profundo sufrimiento o malestar físico. Constituye una gravísima violación del respeto incondicional debido a cada hermano y hermana y especialmente hacia aquellos que son débiles en razón de la edad avanzada, enfermedad grave o cualquier discapacidad. Todo esto me genera una perturbación muy profunda, tanto personalmente como en mi servicio como pastor en conformidad con la ley natural y el magisterio de la iglesia, en los puntos esenciales que se refieren al ministerio de los obispos. De hecho, como el papa San Juan Pablo II ha enunciado en su encíclica *Evangelium vitae*, la enseñanza sobre la vida y sobre la eutanasia está fundada sobre la ley natural y sobre la palabra de Dios. Para responder a la pregunta, no creo categóricamente que estemos ante un lugar natural de aterrizaje de la modernidad. Por el contrario, es el resultado de una distorsión y de un trastorno profundo en que está involucrada nuestra sociedad. Sin embargo, nosotros los católicos y todas las personas de buena voluntad tenemos una clara obligación de defender la máxima dignidad de la vida humana, en cada uno de sus estadios.

En este momento de grandísima confusión, también es necesario que la Iglesia haga un frente unido para lanzar un mensaje claro de su enseñanza. La Iglesia, en su sabiduría milenaria, nunca ha trivializado o disminuido la condición de profundo abandono y sufrimiento en que se hallan estas personas, sino por el contrario, siempre ha tratado de evitar que se sientan una carga para la sociedad o, peor, como descartes reducidos a la inutilidad, en una sociedad que como señala *Evangelium Vitae*, cada vez más depende más de “tendencias actuales de irresponsabilidad del hombre hacia sus semejantes, cuyos síntomas son, entre otras cosas, la falta de solidaridad hacia los miembros más débiles –como los ancianos, enfermos, inmigrantes, niños– y la indiferencia que a menudo se registra en las relaciones entre los pueblos aun cuando están en juego elementos básicos como la supervivencia, la libertad y la paz”. La tarea de cada uno de nosotros, en este momento de verdadera lucha en defensa de la vida, es promover una cada vez más completa “cultura de la vida”.

–Cuando se habla de eutanasia, se suele evocar la autodeterminación del individuo y la concepción de la libertad vinculada con el derecho exigible a morir, del cual el Estado debe garantizar el ejercicio. ¿Es admisible para un Estado que se haga dispensador de la muerte? El cristianismo postula la libertad del hombre, pero ¿cómo podemos conciliar este principio con la idea de que la libertad individual pueda alcanzar un límite?

El argumento de la libertad como justificación de la autodeterminación sin ningún límite, especialmente para un cristiano, cuyo mayor don reside precisamente como hijo de Dios, en la libertad, es sin duda sugerente pero si no se contextualiza, corre el riesgo de vaciarse completamente de significado, perdiendo así todo el valor. La verdadera libertad nunca puede separarse de la realidad humana en su dimensión más verdadera y profunda, que se caracteriza de modo particular por el don de sí mismo, en una perspectiva relacional. La libertad está siempre en relación con la verdad. El Señor nos dijo: La verdad os hará libres (Jn 8, 32). La *Evangelium vitae* en este sentido dice lo siguiente: “Dios confía el hombre al hombre. Y es también en vista de tal confianza que Dios da a todo hombre la

libertad, que posee una dimensión relacional esencial. Es el gran don del Creador, puesto como está al servicio de la persona y su realización a través del don de sí mismo y la aceptación del otro; cuando se absolutiza de manera individualista, la libertad se vacía de su contenido original y se contradice en su propia vocación y dignidad. Hay un aspecto aún más profundo que enfatizar: la libertad se niega, se autodestruye y se elimina de la eliminación del otro cuando ya no reconoce y ya no respeta su vínculo constitutivo con la verdad”.

Es con esto en mente que debe tener lugar cualquier profundización del papel del Estado en estas cuestiones.

Un Estado que reniega de su rol primario como defensor y promotor de la vida, es un Estado derrotado en sí mismo. Cuestionar el primado de la dignidad de la vida humana conduce a no anclar el derecho y la autoridad del Estado al hombre y su plena protección. Así llegamos al nefasto desenlace de una dictadura del relativismo en la que no hay más lugar para los más débiles, que, en el mejor de los casos, antes que otros lo hagan por él, se dan cuenta de que está “de más” y decide entregarse al abrazo mortífero del Estado.

Un Estado que, de hecho, se crea a mero nivel de posibilidad el ser portador de la muerte, disfrazado como un reconocimiento del derecho a una “muerte digna e inútil”, en las personas que ya sufren una situación de malestar existencial infunde la duda de una de esas hipótesis en que es mejor para uno mismo y para los seres queridos recurrir al asesinato del Estado. Este es el fracaso de la relación humana y de ser el guardián de los demás como el mayor instrumento de ejercicio de la libertad. Como obispo y responsable del cuidado y custodia de todas las almas y especialmente de las que más sufren, insto a los responsables de decidir y legislar sobre estas cuestiones, a no permitir que prevalezca ningún interés político a expensas de la protección de la vida inocente y se declaren concreta y claramente en defensa de la misma.

—En un bello libro suyo, *Un cardenal en el corazón de la Iglesia*, ha denunciado un riesgo: la idea de que solo los fuertes pueden ser considerados verdaderamente libres, igualando la idea de libertad con la plena eficiencia física y mental, con normas debajo de la cual una vida ya no valdría la pena de ser vivida. De hecho, cada vez se producen más casos de eutanasia que son independientes de la voluntad misma del individuo: personas que no son capaces de entender y querer ser suprimidas, en nombre de su supuesto interés. ¿Es una forma de progreso que tiende a hacer desaparecer la imperfección y el sufrimiento de este mundo, o estas omnes enfrentando el Acantilado de Tarpea del tercer milenio?

Desafortunadamente, el criterio del “interés mejor” y de querer medir el valor de la vida y, por lo tanto, la sensación de seguir viviendo de factores como la productividad, la eficiencia, la plena autonomía y la energía, está deshumanizando la sociedad occidental. No están en juego ni la autodeterminación (pienso por ejemplo, en el pequeño Charlie Gard o Alphonse Evans, ni el discapacitado Vincent Lambert, personas incapaces de expresarse con palabras) ni, de hecho, el mejor interés, sino más bien una ideología y una antropología. Por lo tanto, quisiera reiterar con firmeza, en particular a los que se encuentran en estas condiciones y a sus familias, que la vida humana y su dignidad no varían en función de las circunstancias físicas o mentales, en cualquiera de estos casos. A menudo se dice que es humillante, para aquellos que se encuentran en estas condiciones graves, continuar con tales sufrimientos y una vida “no digna de ser llamada tal”. Por

el contrario, me parece único e intrínsecamente humillante llegar a comparar la vida humana con la de una planta, hacerles percibir a estas personas, ya muy probadas por su condición, esa opinión pública mayoritaria, o incluso peor, del Estado, que creen que sus vidas ya no valen la pena. Una vez más, como pastor, quisiera traerles la voz de Cristo y de su Iglesia, que siempre ha proclamado que en cualquier etapa y condición que se encuentre, la vida del hombre es siempre preciosa a Sus ojos.

—En Italia en la última legislación se aprobó una ley sobre el llamado “testamento biológico” que, según los críticos, se abre a la eutanasia pasiva porque, por ejemplo, permite la suspensión de la hidratación y la nutrición, incluso en caso de incapacidad de entenderlo y quererlo. Sobre esta base, se ha pedido la intervención del Tribunal Constitucional pidiendo que se amplíen activamente las causales para la eutanasia y, con toda probabilidad, en caso de inercia del Parlamento, en la audiencia del 24 de septiembre, se tomarán medidas sobre las normas que hoy castigan la ayuda al suicidio. ¿Es apropiado tratar de intervenir por vía legislativa para prevenir esos resultados, o es justo dejar que los acontecimientos sigan su curso?

La propia Corte, consciente de la extrema delicadeza del tema, fue la que pidió al Parlamento que intervenga. Por otra parte, una asamblea de representantes electos, que tiene la tarea de representar la voluntad del pueblo y de servir y promover el bien común, no puede eludir su tarea en situaciones relativas a la vida y a la muerte, que son los cimientos de la comunidad humana. La política, conscientemente o no, siempre se basa en unos principios éticos y una antropología.

Benedicto XVI, en *Caritas in Veritate*, concluye con una declaración de importancia fundamental: “la cuestión social se ha vuelto radicalmente antropológica”, haciendo hincapié en el vínculo que une la ética social con la de la vida, y desarrollando en el nuevo contexto de la globalización y posmodernidad, conceptos ya contenidos en la *Evangelium vitae*. Creo que hoy, ante los enormes cambios introducidos por la biotecnología y acompañados de cambios culturales igualmente grandes, los políticos y gobernantes deben dejar claro, frente a los ciudadanos, qué antropología les está guiando, como los principios éticos irrenunciables; para dar un ejemplo concreto y urgente, sería de esencial importancia saber cuál es la posición de cada partido frente a la idea de que la muerte puede ser un derecho exigible, ofrecida por el sistema sanitario estatal.

—Nos encontramos ante una cuestión que afecta al mismo tiempo a la legislación civil de un Estado y a los principios que la tradición cristiana debe considerar primarios e innegociables. Dado a César lo que es de César, ¿puede la Iglesia darse el lujo de desinteresarse de ello en nombre de la laicidad del Estado, o es justo que haga oír su voz? Y los políticos que se definen como católicos, ¿pueden permitirse el lujo de hacerse los tontos?

Nadie, creyente o no, puede dejar de lado el juicio ético sobre cuestiones que tan profundamente desafían las conciencias. El caso Lambert en Francia plantea una pregunta a la que todo ser humano está llamado a responder: ¿puede interrumpirse la vida de una persona porque está discapacitado, porque está confiado a los demás? ¿Puede el Estado dar muerte a los inocentes e indefensos? Recuerdo que hace unos años, en Italia, hubo un caso similar, el de Eluana Englaro, que con razón involucró a todo el país, incluidas las más altas autoridades del Estado y del Parlamento. Una reacción similar hubo también en América para el caso de Terri

Schiavo. El Magisterio de la Iglesia siempre ha sido claro sobre la defensa de la vida, especialmente de los más frágiles, los más expuestos. Un político católico no debe, ni puede hacer otra cosa que referirse al derecho natural, como se expresa en la enseñanza de la Iglesia, y actuar con energía y coherencia. La Iglesia no necesita desarrollar nuevas respuestas, pero no puede permanecer callada frente a la violencia sobre los que no pueden defenderse, sobre los frágiles e indefensos; creo que debe prestar su voz al que no tiene voz\*.

---

\*Traducido por M. Virginia O. de Gristelli para *Infocatolica*, 8.7.2019.

## LA NATURALEZA COMO FUNDAMENTO DE LA VIDA MORAL. A LOS XXV AÑOS DE LA *VERITATIS SPLENDOR*

Por la tercera inclinación a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad, “pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con esto”. De este modo son de ley natural la enseñanza y comunicación de la verdad, sobre todo la referida a Dios, principalmente en la educación, pero también en otros ámbitos de la vida social, como el judicial, el político, el comercial, el periodístico, etc.

### “LA NATURALEZA NO EXISTE”

Afirma el filósofo y psicoanalista lacaniano Slavoj Žižek que “la naturaleza no existe” sino como “dispersión caótica”<sup>1</sup>. Sigue en esto a Friedrich Nietzsche, para quien “el carácter total del mundo es por toda la eternidad el caos”<sup>2</sup>.

Esta negación del orden de la naturaleza y su sustitución por el caos es juzgada muy lúcidamente por José M<sup>a</sup> Petit como una de las características esenciales de la postmodernidad. Ello se debe en última instancia a que la naturaleza es “sombra de Dios”, y por eso hay que eliminarla. Ni siquiera debe proclamarse un naturalismo inmanentista en el que una naturaleza ordenada sea divinizada sustituyendo al Dios Creador; por el contrario, solo cabe afirmar el imperio absoluto del azar, que imposibilita hallar un sentido racional a la existencia del mundo y una causa última de la misma.

“Esta tesis –explica Petit–, física y metafísicamente imposible, me recuerda el acto primero de la representación de los populares *pastorets* catalanes, en concreto la obra llamada *L’Estel de Natzaret* del Dr. Pàmies en que, en el acto primero con que se inicia la representación, se produce un diálogo entre el ángel fiel a Dios, Miguel, y el ángel caído, Luzbel, en que este último, Satanás, le dice a san Miguel que él no ha sido creado por Dios sino que el azar los creó a ambos, tesis típicamente maniquea, pero que viene al caso recordar. El azar en la postmodernidad es creador”<sup>3</sup>.

Las consecuencias de esta doctrina en el orden moral son inmediatas y gravísimas. No se discute ya qué es y qué no es natural, ni se puede hablar de actos

---

<sup>1</sup>Slavoj Žižek, *Looking Awry*, MIT Press, Cambridge MA, 1991, 38.

<sup>2</sup>Friedrich Nietzsche, *La gaya ciencia* III, 109.

<sup>3</sup>José M. Petit, “La pérdida del sentido de la naturaleza en la modernidad”, en *Id.*, *Obras completas. Al servicio del reinado de Cristo*, t. II, 555.

contra natura, y mucho menos de pecado contra Dios, sino que el bien y el mal es lo que cada uno quiera que sea, sin razón alguna que lo justifique. Se trata de la construcción sin fin del propio devenir propia del “hombre fáustico”, en expresión de Francisco Canals; en efecto, cuando el soberbio e insatisfecho protagonista del drama de Goethe pregunta al diablo qué camino hay que tomar, Mefistófeles le responde:

“¡No hay ningún camino! Vas adonde nadie pisó ni podrá pisar”<sup>4</sup>. Desde esta premisa, cualquier defensa de lo natural y cualquier rechazo de lo contra natura deberán ser igualmente combatidos. Es así como hay que entender la imperante ideología de género con todas las perversas variantes que se derivan; su gran enemigo, al que destruir sin piedad, es la familia fundada sobre el matrimonio natural entre un hombre y una mujer.

### LA NATURALEZA SIGNIFICA EL ENRAIZAMIENTO DEL DEVENIR EN EL SER

Pero que la naturaleza existe es algo evidente a los sentidos, como ya reconoce Aristóteles. Y quien niega algo evidente lo hace por haber caído en las redes de las argumentaciones sofisticadas o, aun peor, en las redes diabólicas que le llevan al pecado de protervia.

¿Qué es entonces la naturaleza, tan denostada en la postmodernidad? El mismo Aristóteles recoge cinco sentidos del término griego *physis*, que asume luego santo Tomás como sentidos del término *natura*: generación vital, principio intrínseco de la generación vital, principio intrínseco del movimiento, forma y materia en tanto que principios del movimiento, y esencia específica que es el fin de la generación. Mas el Aquinate destaca en la naturaleza como generación algo no apuntado por el Estagirita, y es la conjunción entre generante y generado. No se trata de un mero “contacto” entre el móvil y lo movido, sino un surgimiento, una pertenencia de lo generado al generante: “De ahí –explica Petit– que aunque el que nace es otro que el generante, es engendrado junto a él, desde él. Y esta es la idea de la naturaleza, la pertenencia del obrar al ser, como al árbol le *pertenecen* los retoños, como a la madre le *pertenecen* los hijos”<sup>5</sup>... y como al hombre le pertenecen sus obras. Estas no son pura exterioridad, sino que están unidas al sujeto que obra como lo generado al generante: “Por sus frutos los conoceréis” (Mt 7, 20). ¡Qué hermosa es entonces la vida moral, manifiesta de la naturaleza del hombre, de su naturaleza racional! Más aún, de su ser personal<sup>6</sup>. ¡Qué hermosa es sobre todo la vida familiar, lugar natural en el que se revela con más claridad la obra de Dios!

---

<sup>4</sup>J.W. von Goethe, *Fausto II*, act. 1. Cf. Francisco Canals, “Teoría y praxis en la perspectiva de la dignidad personal”, en *Espíritu XXV* (1976) 74, 121-128.

<sup>5</sup>José M. Petit, “La aportación tomista al concepto de naturaleza”, en Id., *Obras completas. Al servicio del reinado de Cristo*, t. II, 538.

<sup>6</sup>“Particular e individuo se encuentran de un modo mucho más específico y perfecto en las sustancias racionales que dominan sus actos, siendo no solo movidas, como las demás, sino que también obran por sí mismas. Las acciones están en los singulares. Es así como, de entre todas las sustancias, los singulares de naturaleza racional tienen un nombre especial. Este nombre es persona” (Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae I*, q. 29, a.1 in c.).

El combate postmoderno contra la naturaleza conlleva la desaparición de este enraizamiento de las obras en el ser personal. Sin la naturaleza deja de existir un orden moral, pero desaparece asimismo su sujeto, la persona: “El antropocentrismo radical –explica Canals– expresado en la primacía absoluta de la praxis cancela el reconocimiento de aquello que es *dignissimum in tota natura*. Persona es *nomen dignitatis*, pero esta dignidad entitativa no puede ser admitida, ni en sí mismo ni en el prójimo, por el hombre endiosado y suicida entregado al mito de la acción sin fin”<sup>7</sup>. La consecuencia es descrita por Canals de este sugerente modo:

“Un literato conocedor del mundo de hoy podría fingir, con fundamento en la realidad, la biografía novelesca de este *hombre a quien nadie miró*, que podría haber sido reiteradamente fotografiado, radiografiado, sometido a análisis clínicos, y tests psicológicos, y cuyos datos podrían estar archivados en abundantes ficheros y memorias electrónicas, [la biografía de un hombre que] en su trágica soledad, perdido en lo público y sumergido en la socialización impersonal de pretendidas *relaciones humanas*, podría ser caracterizado con el título de *el hombre a quien nadie miró*”<sup>8</sup>.

### LAS INCLINACIONES NATURALES Y LOS PRECEPTOS DE LA LEY NATURAL

El enraizamiento del obrar en el ser se manifiesta en las inclinaciones naturales, pues todo lo que es natural está ordenado intrínsecamente a obrar para alcanzar un fin, que es su propia perfección. Santo Tomás identifica las siguientes inclinaciones naturales: primero está la que es común a toda sustancia, que la lleva a conservar el propio ser; luego la común a todo animal, que lo mueve a engendrar y criar la prole; y finalmente las inclinaciones específicas del hombre, que lo mueven a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad<sup>9</sup>.

Y como aquello a lo que está inclinado el hombre lo aprehende como bueno y, por tanto, como algo que debe ser procurado, “de ahí –concluye el Aquinate– que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales”<sup>10</sup>. Se refuta así la acusación kantiana de extrinsecismo o heteronomía a la moral fundada en la ordenación natural a la propia perfección; sin duda, esta ley natural es participación de la ley eterna, pero ha sido impresa por Dios en el mismo corazón del hombre para que, siguiendo sus inclinaciones naturales, sea con su razón y el gobierno de sí mismo ministro de la Providencia.

Así, por la primera inclinación a conservar el propio ser “pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción”<sup>11</sup>. De este modo, es de ley natural el trabajo, por el que se buscan los bienes necesarios para la alimentación, el vestido, la vivienda, etc.; la medicina, por la que se intenta la recuperación de la salud; o la milicia, por la que se busca defender la vida de los compatriotas. Y son contrarios entonces a la ley natural el suicidio, el aborto, la eutanasia y toda forma de homicidio contra el inocente.

---

<sup>7</sup>Francisco Canals. *Ibíd.*, II2.

<sup>8</sup>*Ibíd.*, 112-113.

<sup>9</sup>Cf. Santo Tomás de Aquino, I-II, q. 94, a. 2 in c.

<sup>10</sup>*Ibíd.*

<sup>11</sup>*Ibíd.*

Por la segunda inclinación a engendrar y criar la prole, “se consideran de ley natural las cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales, tales como la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes”<sup>12</sup>. De este modo, son de ley natural el matrimonio para toda la vida entre un hombre y una mujer, la familia fundada en el matrimonio, y la educación de los padres a los hijos, de la que deriva subsidiariamente toda otra educación natural. Son contrarias entonces a la ley natural las diferentes formas de sexualidad fuera del matrimonio, o que excluyan la generación de los hijos, o realizadas entre personas del mismo sexo, así como la intromisión abusiva del Estado en la educación de los hijos.

Y por la tercera inclinación a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad, “pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con esto”<sup>13</sup>. De este modo son de ley natural la enseñanza y comunicación de la verdad, sobre todo la referida a Dios, principalmente en la educación, pero también en otros ámbitos de la vida social, como el judicial, el político, el comercial, el periodístico, etc. También es de ley natural el gobierno de la comunidad política en orden a promover por medio de la ley positiva la consecución de todos los bienes referidos anteriormente, que pertenecen al bien común por cuanto son exigencias de la naturaleza humana; y entre ellos el correspondiente a la verdad acerca de Dios, que es el más propiamente humano, y de ahí que sea una exigencia de la ley natural que en la vida política se tribute a Dios el culto debido. En consecuencia, son contrarias a la ley natural la mentira en todas sus formas –fraude, perjurio, difamación, etc.–; la enseñanza de doctrinas falsas –relativismo, escepticismo, ateísmo, etc.– y la prohibición de enseñar la doctrina verdadera; la promulgación de leyes injustas, y sobre todo en favor del “laicismo, o sea, de la apostasía de la sociedad moderna que pretende alejarse de Dios y de la Iglesia”<sup>14</sup>.

Conviene apuntar finalmente que el fundamento de toda inclinación a la propia perfección y a la comunicación de esta se encuentra en la bondad divina. Ciertamente, quiso Dios crear este mundo, liberalmente y no por necesidad o indignidad, sino solo para comunicar su bondad. Por consiguiente, debe decirse que todo bien creado se ordena a la bondad divina, y busca asemejarse a ella inclinándose por naturaleza a su propia perfección<sup>15</sup>, y también comunicando a otros esta perfección<sup>16</sup>. De ahí que rechazar las exigencias de la ley natural conlleva una radical oposición a la misma bondad divina.

#### LA GRACIA NO DESTRUYE LA NATURALEZA SINO QUE LA SUPONE Y PERFECCIONA

Mas ¿puede el hombre cumplir todas estas exigencias de la ley natural con sus solas fuerzas? Sí podía en el estado de naturaleza, excepto en lo referente a la consecu-

---

<sup>12</sup>*Ibid.*

<sup>13</sup>*Ibid.*

<sup>14</sup>Pío XI, *Dilectissima nobis*.

<sup>15</sup>Cf. Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae* I, q. 44, a.4 in c.

<sup>16</sup>Cf. Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae* I, q. 106, a.4 in c.

ción de los bienes sobrenaturales. Pero no puede en el estado actual de corrupción consecuencia del pecado original. Con admirable precisión lo explica santo Tomás:

“En el estado de corrupción, el hombre ya no está a la altura de lo que comporta su propia naturaleza, y por eso no puede con sus solas fuerzas naturales realizar todo el bien que le corresponde. Sin embargo, la naturaleza humana no fue corrompida totalmente por el pecado hasta el punto de quedar despojada de todo el bien natural; por eso, aun en este estado de degradación, puede el hombre con sus propias fuerzas naturales realizar algún bien particular, como edificar casas, plantar viñas y otras cosas así; pero no puede llevar a cabo todo el bien que le es connatural sin incurrir en alguna deficiencia. Es como un enfermo, que puede ejecutar por sí mismo algunos movimientos, pero no logra la perfecta soltura del hombre sano mientras no sea curado con la ayuda de la medicina”<sup>17</sup>.

Y por ello, para llevar una vida moral conforme a la propia naturaleza –y por supuesto para la vida sobrenatural– el hombre necesita de la gracia. Pero no hay que olvidar aquel principio del Aquinate: “Como quiera que la gracia no suprime la naturaleza, sino que la perfecciona, es necesario que la razón natural esté al servicio de la fe, de la misma forma que la tendencia natural de la voluntad se somete a la caridad”<sup>18</sup>.

El Verbo eterno de Dios mismo asumió la naturaleza humana en su integridad, y nadie ha seguido las inclinaciones naturales más perfectamente que Jesucristo: “El Hijo de Dios con su encarnación se ha unido, en cierto modo, con todo hombre. Trabajó con manos de hombre, pensó con inteligencia de hombre, obró con voluntad de hombre, amó con corazón de hombre. Nacido de la Virgen María, se hizo verdaderamente uno de nosotros, en todo semejante a nosotros, excepto en el pecado”<sup>19</sup>. Por eso en Cristo se contempla mejor que en ningún otro hombre la naturaleza humana y la vida moral que le corresponde, de modo particular en el seno de la Sagrada Familia.

Es precisamente de su corazón humano traspasado por amor que mana la gracia que auxilia nuestra naturaleza caída, sanándola y elevándola con todas sus inclinaciones para poder amar con caridad divina en la vida familiar, en las amistades, en el taller y la empresa, en la comunidad política, en la historia:

“Solo aquel que es el Unigénito del Padre y el Verbo hecho carne *lleno de gracia y de verdad*, al descender hasta los hombres, oprimidos por innumerables pecados y miserias, podía hacer que de su naturaleza humana, unida hipostáticamente a su divina Persona, brotara *un manantial de agua viva* que regaría copiosamente la tierra árida de la humanidad, transformándola en florido jardín lleno de frutos”<sup>20</sup>.

ENRIQUE MARTÍNEZ\*

---

<sup>17</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae* I-II, q. 109, a.2 in c.

<sup>18</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae* I, q. I, a. 8 ad 2.

<sup>19</sup>Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes* 22.

<sup>20</sup>Pío XII, *Haurietis aquas* n. 8.

\*Publicado en *Revista Cristiandad*, N° 1047, octubre 2018.

## MAYO DEL 68 Y CONCILIO VATICANO II\*

El título de mi presentación –“Mayo de 1968 y el Concilio Vaticano II”– presupone la existencia de un vínculo entre las dos revoluciones. ¿Fue mayo de 1968 la causa del desastre post-conciliar? ¿O fue el Concilio el que preparó Mayo de 1968? En realidad, se trata de una calle de doble sentido. Los dos fenómenos están íntimamente conectados.

### UNA REVOLUCIÓN CON UN TRASFONDO RELIGIOSO

Debemos comenzar diciendo una palabra sobre la esencia religiosa de la revolución de mayo de 1968, citando al conocido historiador francés Alain Besançon:

“El efecto más evidente de mayo del ‘68 fue la destrucción de la autoridad: la del maestro sobre el alumno, del dueño de la empresa sobre el empleado, del obispo sobre el sacerdote, del marido sobre la esposa, del padre sobre los hijos, etc. Donde ha perdurado una autoridad, ya no se ejerce con la misma fuerza. La Iglesia ya no excomulga; el coronel ya no ordena perentoriamente; las empresas ya no tienen jefes y empleados, sino asociados, en todo caso, coordinadas por un Gerente de Recursos Humanos. (...) El debilitamiento de la autoridad concierne a todas las relaciones que pueden considerarse una metáfora o una analogía de la relación padre-hijo. (...) Esta metáfora o analogía es uno de los fundamentos sagrados de nuestra civilización. Por eso no debemos considerar el ‘68 como un fenómeno meramente político, sino también, y quizás principalmente, religioso”<sup>1</sup>.

El primer atributo de Dios es precisamente su paternidad. De Él procede toda paternidad en el universo, imágenes y similitudes de su paternidad esencial. Esta es la razón por la que, como escribe Plinio Corrêa de Oliveira,

“Odiar, en principio, toda y cualquier desigualdad es, pues, colocarse metafísicamente contra los mejores elementos de semejanza entre el Creador y la creación, es odiar a Dios”<sup>2</sup>.

---

\*Mientras el mundo era sacudido por la revolución de mayo de 1968, la Iglesia era sacudida por la crisis post-conciliar. La simultaneidad de las dos revoluciones plantea la cuestión de su mutua dependencia. ¿Influyó una en la otra? O, mejor dicho, ¿ambos son reflejos de una misma crisis, manifestándose en dos campos diferentes? Transcribimos algunos pasajes de la conferencia realizada en la Universidad de Verano de la TFP. Los subtítulos son nuestros. Publicado en *Acción Familia* (Santiago de Chile), mayo 2018.

<sup>1</sup>Alain Besançon, “Aux origines religieuses de Mai 68. Essai à propos de l’ouvrage de Yves Congar, *Journal d’un théologien*”.

<sup>2</sup>Plinio Corrêa de Oliveira, “Rivoluzione e Contro-Rivoluzione”, *Luci sull’Est*, Roma 1998, 67-68.

Moviendo el centro de la Revolución de las fábricas a la familia, del campo sociopolítico al de las relaciones interpersonales y de la psicología humana, el Mayo de '68 asestó un golpe a la raíz misma de la idea de Dios. No es sorprendente que uno de sus mentores, Herbert Marcuse, la llamó "revolución total".

#### DEL CONCILIO VATICANO II A MAYO DE 1968

Es innegable que el Concilio Vaticano II sirvió como un acelerador del modernismo en la Iglesia, favoreciendo una revolución similar incluso en la sociedad temporal. El periodista Eric Zemmour es muy claro:

"Sabemos que mayo del '68 comenzó antes del '68, con el Concilio Vaticano II y con el colapso de la práctica religiosa entre los católicos"<sup>3</sup>.

Los mismos protagonistas del Concilio lo admiten:

"Las demandas del movimiento de mayo de 1968 coincidieron en gran medida con las grandes ideas del Concilio, en particular la constitución conciliar sobre la Iglesia y el Mundo", escribe el experto del Concilio, el P. René Laurentin.

Y continúa:

"Ya el Vaticano II fue, hasta cierto punto, la protesta de un grupo de obispos contra la Curia, que intentó establecer un Concilio institucionalmente prefabricado"<sup>4</sup>.

De hecho, el segundo día del Concilio, la Asamblea explotó en un fuerte aplauso cuando le fue arrebatado el micrófono al cardenal Alfredo Ottaviani, prefecto del Santo Oficio. Una verdadera humillación, acogida con una celebración general. La revolución estaba servida.

En cuanto al vínculo entre mayo de 1968 y el Concilio, el historiador Agostino Giovagnoli afirma:

"La Iglesia católica ha anticipado una transformación que se presentó de manera convulsiva en 1968, en el sentido de una reducción en el peso de las instituciones dentro de la sociedad"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>Citato in Alain Besançon, "Aux origines religieuses de Mai 68".

<sup>4</sup>René Laurentin, "Crisi della Chiesa e secondo Sinodo episcopale", *Morcelliana*, *Crescia* 1969,16.

<sup>5</sup>Giovanna Pasqualin Traversa, "Agostino Giovagnoli: Il Sessantotto, profondo legame con il Concilio che ne ha anticipato alcuni tratti", *Agensir*, 18 aprile 2018.

Otro atento observador del Concilio, el teólogo argentino P. Álvaro Calderón, escribe:

“Si hay algo que llama la atención de inmediato para quienes estudian el Concilio Vaticano II, es el cambio en el sentido liberal del concepto de autoridad. El Papa fue despojado de su autoridad suprema en favor de los obispos (colegialidad); los obispos se despojaron de su autoridad en favor de los teólogos; los teólogos abandonaron su ciencia para escuchar a los fieles. Y la voz de los fieles no es más que el fruto de la propaganda”<sup>6</sup>.

Ningún documento conciliar habla del infierno. Mientras se ponen en sordina las nociones de pecado, sacrificio y obediencia a la ley de Dios, se exaltan las de libertad, derechos humanos, desarrollo personal, gozo de la vida, etc. De esta manera, los documentos conciliares dan la impresión de favorecer una concepción hedonista de la vida, en línea con el American way of life que se difundió después de la Segunda Guerra Mundial. Es decir, el mismo sustrato de mayo '68.

El sociólogo de las religiones Jean-Louis Schlegel pondera:

“Incluso antes de 1968, la rebelión había penetrado en la Iglesia, informando sus estructuras y su comportamiento, pesando mucho sobre sus líderes. Desde principios de los años sesenta, soplaban un clima de insurrección y de subversión en la Iglesia, que quería quemar lo que hasta ese momento se había adorado”<sup>7</sup>.

#### LOS CATÓLICOS EN MAYO DEL 68

Una consecuencia directa de esta efervescencia en la Iglesia fue la ocupación de varias universidades católicas, antes de la rebelión de la Sorbonne. El 11 de agosto de 1967, estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Chile declararon una huelga general y ocuparon el campus. El Rector Magnífico, un obispo conservador, tuvo que renunciar en favor de un laico de izquierda. La catedral de Santiago fue ocupada por un grupo de sacerdotes y laicos que se definieron como la “Iglesia joven”, que cubrió la fachada con una pancarta: “Por una Iglesia con el pueblo y sus luchas”.

En noviembre, estalló la revolución en la Universidad Católica del Sagrado Corazón, en Milán. Era, con las palabras de Corriere della Sera, “un sesenta y ocho antes del sesenta y ocho”. De la misma opinión, *Avvenire* declara:

“El verdadero certificado de nacimiento de mayo de 1968 es el 17 de noviembre de 1967, es decir, la ocupación de la Universidad Católica de Milán”.

En este sentido, el historiador y periodista Roberto Beretta escribe:

---

<sup>6</sup>Álvaro Calderón, “La lámpara bajo el celemín. cuestión disputada sobre la autoridad doctrinal del magisterio eclesiástico desde el Concilio Vaticano II”, Ed. Rio Reconquista, Argentina 2009.

<sup>7</sup>Jean-Louis Schlegel, *Changer l'Église en changeant la politique*, in AAVV “À la gauche du Christ. Les chrétiens de gauche en France de 1945 à nos jours”, Ed. Seuil, Paris 2012, 279-280.

“Que el ‘68 en Italia nació católico es un hecho fácil de constatar: la primera universidad ocupada por estudiantes fue la Universidad Católica de Milán, ya el 17 de noviembre de 1967; los primeros líderes (incluido Mario Capanna) eran católicos practicantes, incluso “recomendados” por sus obispos y líderes de las asociaciones eclesiales en sus respectivas diócesis; por último, la primera prenda que usó Capanna, cuando estaba fuera de la universidad y llamaba a sus compañeros con un micrófono para protestar contra el aumento de los impuestos, no era el chaquetón mítico, sino un impermeable negro largo de un sacerdote. Le había sido prestado por un capellán de la universidad porque estaba lloviznando”<sup>8</sup>.

Beretta afirma que los textos más citados por los líderes de la revuelta del sesenta y ocho fueron las constituciones del Concilio Vaticano II *Lumen Gentium* y *Gaudium et Spes*, y también la encíclica de Paul VI *Populorum Progressio*. El mismo Mario Capanna, líder de la sublevación, admite:

“Pasábamos la noche estudiando y discutiendo sobre los teólogos considerados de frontera: Rahner, Schillebeeckx, Bultmann (...) junto con los documentos del Concilio”<sup>9</sup>.

También en Francia, los católicos desempeñaron un papel importante en los sesenta y ocho. Un testimonio interesante es el de Dominique Desjeux, entonces un joven seminarista y líder de la Sorbonne, junto con Daniel Cohn-Bendit. En su libro *“Testimonio de un izquierdista liberal el 68 de mayo en Nanterre”*, Desjeux escribe:

“Para el filósofo maoísta Alain Badiou, la raíz de los sesenta y ocho se encuentra en las manifestaciones contra la guerra en Argelia. Según otros, las raíces se encuentran en las manifestaciones contra la participación estadounidense en la guerra de Vietnam. Por mi experiencia personal, sin embargo, la chispa que me impulsó a participar en el Sesenta y ocho fue el Concilio Vaticano II”.

El describe las consecuencias del Concilio en los seminarios franceses:

“Cuando entré en el seminario en 1965, nuestra vida cotidiana estaba regida por cánones monásticos. El día era pautado por Laudes, la Misa, el Ángelus, las Vísperas. Obviamente todo en latín. La campana marcaba las horas. Las comidas eran en silencio mientras un seminarista leía un pasaje sagrado. Salíamos los jueves por la tarde y los domingos después de la Misa. Todo esto nos parecía normal. Sin embargo, dos años después, a raíz del movimiento de reforma iniciado por el Concilio, comenzamos a celebrar reuniones basadas en el análisis de clase. Como resultado, muchas reglas volaron por la ventana. Participábamos en actos comunes cuando nos apetecía, las oraciones eran en francés, podíamos salir cuando quisiéramos, sin dar explicaciones. Todo esto dentro de un desafío total al orden existente en la Iglesia y en la sociedad”.

---

<sup>8</sup>Roberto Beretta, “I cattolici che fecero il 68”, Zenit, 20 gennaio 2009.

<sup>9</sup>Intervista Avvenire, 20 marzo 1998.

En noviembre de 1967, Desjeux organizó una huelga estudiantil en la Universidad de Nanterre, el primer incendio de lo que luego explotaría, en mayo de 1968, en la Sorbonne. Desjeux recuerda:

“La mayoría de los estudiantes involucrados en el movimiento eran católicos de clase media, bien entrenados en la protesta por su participación en grupos de jóvenes católicos”<sup>10</sup>.

Jean-Louis Schlegel confirma la participación de los católicos de París en los sesenta y ocho: “Nos gusta pensar en mayo de 1968 como un movimiento iniciado en Nanterre. (...) Sin embargo, tendemos a olvidar un hecho importante. El 22 de marzo de 1968, el sacerdote dominicano Jean Carbonell pronunció una homilía de Cuaresma en la Mutualité sobre el tema “*Evangelio y Revolución*”. Él proclamó:

“La verdadera Cuaresma consiste en la lucha contra los mecanismos opresivos de una sociedad injusta dominada por el dinero y el poder. Todavía no hemos digerido la revolución de 1789, mientras que la de 1917 todavía nos hace temblar. Sin embargo, Jesucristo, el Hijo de Dios, nos enseña que es inútil diluir la Revolución. ¡Necesitamos urgentemente implementar la revolución cultural!”<sup>11</sup>.

El dominicano concluía: “Hay que dejar de ayunar en Cuaresma. El verdadero ayuno sería organizar una huelga general que paralice los mecanismos de nuestra sociedad”<sup>12</sup>.

Paralelamente, varias organizaciones católicas de izquierda organizaron una conferencia sobre el tema “Cristianismo y Revolución”. La conferencia finalizó con la intervención de Mons. Helder Câmara, el “obispo rojo” brasileño, quien incitó a los presentes:

“Si quieren hacer una revolución, no vengan a América Latina. Tenéis cosas más interesantes que hacer aquí, en Francia”.

Al final de la conferencia, los presentes, incluidos sacerdotes y teólogos, firmaron una declaración que decía:

“El cristiano tiene el derecho, y también el deber, de participar en el proceso revolucionario, incluida la lucha armada”<sup>13</sup>.

Los frailes dominicos de Saulchoir, el centro de la Nouvelle Théologie, levantaron una bandera roja en el techo del seminario. Cuando finalmente estalló la Revolución de Mayo, varios dominicanos, entre ellos los frailes Henri Burin des Rozières y Jean Raguénès, fueron a la Sorbonne para participar. La capellanía de la

---

<sup>10</sup>French Politics and Society, Center for European Studies, Harvard University, Summer 2018.

<sup>11</sup>“Sous les pavés Jésus”, La Vie, 26 avril 2018.

<sup>12</sup>Yann Raison du Cleuziou, “Les Dominicains, un ordre qui devient rouge”.

<sup>13</sup>Jean Coutourier, “Mai 68 et les chrétiens”, La Croix.

universidad fue convertida en una enfermería para tratar a los estudiantes heridos en enfrentamientos con la policía.

Los dominicanos, sin embargo, no estaban solos. Incluso los seminaristas de Issy-les-Moulineaux, el seminario diocesano de París, se unieron a la protesta, junto con los jesuitas del seminario de Chantilly. Varias entidades católicas participaron activamente en las barricadas, incluido el grupo *Témoignage chrétien*, la JOC (Juventud Obrera Católica), la JOCF (la rama femenina), la ACO (Agentes de Acción Católica), etc. Jean-Louis Schlegel enfatiza que estos católicos se alinearon con el ala más radical de la contestación de los sesenta y ocho, los llamados “katangais”.

Mientras que la mayoría de los obispos franceses mantuvieron un silencio complaciente frente a la Revolución de los setenta y ocho, algunos se pusieron abiertamente a su favor, entre ellos Mons. Michel Vial, obispo de Nantes. El 21 de mayo, la Comisión Episcopal de Educación recibió a los capellanes universitarios, aprobando su trabajo a favor de la revuelta. La única reserva: evitar el término “revolución”, prefiriendo en lugar de “contestación”.

Desde el púlpito de Notre Dame, el cardenal Marty proclamó: “¡Dios no es conservador!”

El 2 de junio de 1968, en un apartamento en la calle Vaugirard, se llevó a cabo un servicio ecuménico en apoyo a las barricadas. Alrededor de setenta personas participaron, en su mayoría católicos. En su libro “Principios de la teología católica”, el entonces profesor Ratzinger comentó:

“La adhesión a un marxismo anarquista y utópico (...) fue apoyada en el frente por muchos capellanes universitarios y asociaciones juveniles, quienes vieron allí el florecimiento de las esperanzas cristianas. El hecho dominante se encuentra en los acontecimientos de mayo de 1968 en Francia. En las barricadas había dominicos y jesuitas. La intercomuni6n llevada a cabo durante una misa ecuménica en apoyo de las barricadas fue considerada como una especie de hito en la historia de la salvaci6n, una especie de revelaci6n que inaugur6 una nueva era del cristianismo”<sup>14</sup>.

## LAS CONSECUENCIAS EN LA IGLESIA

La contestaci6n del sesenta y ocho penetr6 en la Iglesia. Por ejemplo, leemos una cuenta de eventos en el Saulchoir, el centro de la Orden Dominicana en París:

“Desde el 20 de mayo de 1968 hasta el 29 de junio, la protesta se extendi6 por los pasillos del convento. Los seminaristas se reunían en asambleas espontáneas. Muchos actos religiosos fueron abandonados. Los seminaristas hablaban y fumaban. Para demostrar su rechazo al programa de formaci6n, los seminaristas formaron grupos de discusi6n. La vida conventual acab6. Los seminaristas abandonaban la capilla cuando querían y abandonaban el seminario sin pedir permiso. Querían “deconstruir el sistema”, creando una “comunidad transgresora” que haría “la experiencia de la hermandad”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>Joseph Ratzinger, “Les principes de la théologie catholique”, Téqui, Paris 1985, 433

<sup>15</sup>“À la gauche du Christ”, 314-315.

El clima el seminario interdiocesano de Arras, en el norte de Francia, no era diferente. Escribe Mons. Jacques Noyer, entonces Rector del seminario y luego obispo de Amiens:

“Una semana después de explotar en París, el movimiento vino a perturbar la paz del seminario de Arras. Para nosotros, el ‘68 ‘fue junio del ‘68. Se formaron grupos de seminaristas que comenzaron a contestar todo el sistema educativo. Ya no querían pruebas. No querían lecturas espirituales, sino que preferían aquellas con un trasfondo social. En un momento incluso hicieron una huelga. No se trataba solo de pequeños cambios, como dejar de fumar y dejarlos salir libremente. Era todo el sistema que estaba siendo recusado. Había una fiebre de excitación. Banderas negras comenzaron a aparecer en las ventanas de las celdas”<sup>16</sup>.

### ¿QUÉ QUEDA DE ESO?

¿Qué queda de la protesta de mayo de 1968? La falta de tiempo me permite citar sólo el juicio de uno de los líderes de los Sesenta y ocho en la Iglesia, Mons. Jacques Noyer, obispo emérito de Amiens:

“Es difícil para mí hacer el balance de mayo del ‘68. Ciertamente no fue una explosión pasajera de fiebre, como algunos dicen. Y no fue solamente un movimiento parricida que dio el golpe de gracia a un mundo en agonía. Mayo del ‘68 fue la inicio de la situación actual en la Iglesia. Estaba y estoy convencido de que la década de 1960 marcó un período de cambios profundos en la Iglesia y en la sociedad. Estoy convencido de que el espíritu que inspiró la preparación, celebración e implementación del Concilio Vaticano II es una gran oportunidad para la Iglesia y para el mundo. Es el evangelio que hoy se ofrece a las personas. En profundidad, mayo de 1968 fue un movimiento espiritual, incluso místico, coherente con el sueño del Concilio. Sin embargo, creo que al intentar avanzar demasiado rápido, el Sesenta y ocho rompió la dinámica conciliar en la Iglesia, provocando más miedo que esperanza”<sup>17</sup>.

Este juicio pesimista, expresado hace unos meses, bajo el Papa Francisco, debe abrir nuestros ojos al callejón sin salida en el que se encuentra la Revolución. Esta es una razón para la esperanza de los contrarrevolucionarios. Pidamos a Nuestra Señora de las Victorias que acelere el advenimiento de Su Reino en la tierra.

JOSÉ ARTURO URETA

---

<sup>16</sup>“Avons-nous compris Mai 68?”, in *Íd.*, 97-99.

<sup>17</sup>*Ibid.*, 106.

# ACTUALIDADES



I. CHILE

1. DESENGAÑO DE CHILE

Chile es un pueblo afortunado. Tiene cinco siglos de historia. No es tan solo un país que puede exhibir volcanes, lagos y bellezas naturales, como los del África subsahariana. Es una nación luchadora que ha enfrentado toda clase de adversidades y ha salido adelante contra viento y marea. Esto lo comprenden mejor que nadie las madres de familia y, en general, las mujeres de trabajo. A diferencia de los figurones y figuronas que se dejan engatusar por la idea de rehacer el país desde arriba, conforme a las ideologías en boga o, lo que es peor, las recomendaciones de organismos internacionales manejados por las superpotencias. Actualmente, la intuición femenina palpa que sin duda estamos mejor, pero también más descontentos.

Es este un momento excepcional que incita a un pare, mire y escuche. Es decir, a pensar por sí mismos, a no vivir de encuestas y porcentajes ni agendas de gobierno o de oposición, ni menos de titulares o entrevistas de prensa. Hace falta un mínimo de espíritu crítico y de realismo, lo que en los tiempos heroicos de Ercilla y del Barroco, se entendía por desengaño. Todos sabemos que las apariencias engañan y nada se gana con el conformismo, los allanamientos en busca de presuntos culpables, seguidos de la negociación de qué delitos se penan y de cuáles se hace la vista gorda. Basta de denuncias y recriminaciones que alimentan el descontento. Ahora y siempre, lo que cuenta son las realizaciones, digamos al modo de Bello y de Portales, los terribles hombres de los hechos, que sabían lo que hay que hacer y hacerlo.

Esta semana ha sido pródiga en saludables desengaños. Primero, la ministra de las Culturas clausuró por cuatro años el Museo Histórico para renovar y potenciar el guion, es decir, centrarse en las realizaciones –que es lo grandioso– y, más bien, en las recriminaciones –que es lo más barato–. Desmintió así el aforismo agorero: el que dice las verdades, pierden las amistades.

Otro tanto hizo espectacularmente el Prof. Orellana Benado al conmemorar los 260 años de los estudios de Derecho en Chile, concretamente la ininterrumpida continuidad de las cátedras de prima de cánones y de leyes, inauguradas en 1758 bajo el Presidente Amat y Juniet, hasta el Presidente Piñera en su actual segundo período. Dentro de la serie de catedráticos, figuran, entre otros, arzobispos y presidentes, y últimamente historiadores de la talla de Jaime Eyzaguirre y romanistas como Alamiro de Ávila Martel.

También fue al grano el presidente de la Corte Suprema, cabeza de una judicatura tan antigua en Chile como la Presidencia, que se remonta a 1609. En el discurso inaugural del año judicial abordó sin ambages la relación entre el supremo tribunal y el Tribunal Constitucional, que al decir de su expresidente Juan Colombo, “una Constitución que no tiene proceso que la ampare, está destinada a

morir; si se infringe, no hay nada que la proteja. La historia ha demostrado que si los conflictos no se resuelven por vía jurisdiccional, se autotutelan. De ahí vienen los golpes de Estado, las dictaduras y los enfrentamientos”.

Pero tal vez el más clamoroso desengaño es el que por enésima vez abordaron en las columnas de *El Mercurio*, los profesores Luis Riveros, recordado rector de la casi cuatro veces centenaria Universidad , de Chile, y José Joaquín Brunner, incansable paladín de una educación secundaria de calidad, sea estatal o no estatal.

Una vez más, el rector Riveros hizo ver que las universidades, sin distinción –antigua como la de Chile, nuevas como la Católica de Chile, la de Concepción y las otras cinco que le siguen, o incluso las novísimas posteriores a 1982–, no pueden seguir aplastadas por la burocracia ministerial, y sus acreditaciones y formularios que, para mayor irrisión, se las fuerza a pagar a ellas mismas. Como lo advirtiera oportunamente el rector Riveros, por este camino, las universidades chilenas van, si no a un nuevo Transantiago, a lo que podría hoy llamarse un nuevo “caracazo”.

Mientras eso sucede con el cultivo del saber en las universidades, el profesor Brunner no cesa en su cruzada por rescatar la educación primaria y secundaria de las fauces del Ministerio de Educación –cualquiera que sean los titulares de la cartera–. Si en los años 1960, el profesor Martínez Bonati denunció el estancamiento de la antes paradigmática Universidad de Chile, en los años 1970, el profesor e historiador Gonzalo Vial no pudo menos que comprobar lo que llamó brutal caída de la educación chilena, otrora paradigma hispanoamericana, como lo acreditan las célebres misiones educacionales a otros países del continente, immortalizadas por un Premio Nobel como Gabriela Mistral. Y en 1981, Mario Góngora reconoció amargamente que “el nivel intelectual de las Universidades no subió un punto entre 1967 y 1973”.

Estos dos últimos desengaños son muy sanos: terminan por hacer ver que en el Chile actual la educación y la investigación se batan como gato de espaldas, en gran parte debido a la acción de un ministerio que aplasta toda iniciativa con sus reglamentaciones y controles, que no educa ni deja educar, ni menos investiga ni deja investigar. Esta vez el desengaño es mayor, revela que hoy nuestro país, está por debajo del Chile que en su momento pintó Parra, como una gran plasta de curas, normalistas y militares que succionan por cañerías de cobre.

BERNARDINO BRAVO LIRA\*

## 2. LO QUE CHILE LE DEBE A THADDAEUS PEREGRINUS HAËNKE

Don Tadeo Haënke nació en Kreibitz (Bohemia) el año 1761. Estudió Medicina y Ciencias Naturales en Viena. Carlos III en 1788 organizó una expedición encargada de dar la vuelta al mundo y estudiar las producciones naturales de América

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago de Chile, 15.3.2019.

y del lejano Oriente, formando parte de esta, para los estudios botánicos, don Tadeo Haënke. Al mando de la expedición fue designado Alejandro Malaspina.

Producto de la mencionada expedición, Tadeo Haënke escribió en los años 1789-1794 una descripción de Chile.

Según Miguel Cruchaga, esa obra es la primera que habla de las propiedades fertilizantes del salitre chileno.

El periódico *Minerva peruana*, publicado en Lima, informó, con fecha 15 de julio de 1809, de que “en la provincia de Tarapacá se había descubierto nitrato de soda en un terreno que abrazaba como treinta leguas; que durante diez años se trabajó por los químicos intentando separar la soda o álcali mineral para convertirlo en nitrato de potasa; y que habiéndose ocurrido a don Tadeo Haënke, que vivía en Cochabamba ocupado en la botánica y con renta por el rey, practicó la separación y enseñó el beneficio, anunciando que produciría grandes provechos y que el salitre sería una riqueza considerable, pues había de explotarse en grandes cantidades” (extraído del Diccionario Mendiburu).

Por todo lo anterior, en Chile, con justificada razón, don Tadeo Haënke está considerado entre los pioneros del proceso de explotación del salitre. En efecto, de acuerdo con el registro visual de la industria del salitre en Antofagasta (Museo de Antofagasta), “la explotación salitrera en Chile tuvo tres sistemas básicos de producción: Paradas, Shanks y Guggenheim. El primero de ellos, también llamado “fuego directo” fue ideado por Tadeo Haënke.

Sin embargo, lo que Chile le debe a don Tadeo Haënke no se limita únicamente al ámbito del salitre. Así, otra parte de su valiosa contribución a nuestro país –lamentablemente desconocida para muchos chilenos–, guarda relación, nada menos, con el señalamiento del límite norte del Reino de Chile, el cual, como se verá, don Tadeo Haënke lo desarrolló por partida doble, tanto al referirse al límite norte de Chile como al referirse al límite sur del Perú, siendo ambas delimitaciones plenamente coincidentes. El límite norte del Reino de Chile se puede constatar en su obra *Descripción del Reyno de Chile*, introducción de Agustín Edwards M.C., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942; y el límite sur del Reyno del Perú se puede ver en su obra *Descripción del Perú*, Imprenta de El Lucero, Lima, 1901. En estas descripciones, el límite norte de Chile aparece totalmente abrochado al límite sur del Perú. Estos libros corresponden a los manuscritos del Museo Británico de Londres, catalogados con el número Add. 17.592, de los cuales el Gobierno del Perú sacó copia en 1890 y Chile en 1938, gracias a las gestiones del embajador don Agustín Edwards M.C.

Sobre el límite norte del Reyno de Chile, Tadeo Haënke manifiesta en su *Descripción del Reyno de Chile* lo siguiente: “Examinaremos ahora aunque de paso, lo más notable que ofrece el Reyno de Chile, dividiéndolo en dos grandes artículos. El primero abrazará todo el territorio que corre desde el Cabo de Hornos hasta el río Bío-Bío; y el segundo la porción que desde aquí sigue para el N. hasta los límites del Perú” (p. 118). “Este amenísimo Reyno y porción hermosa de la América, cuyos términos son, por el N. el río de Copiapó a los 25° de latitud austral, y el despoblado de Atacama que lo separa del Perú” (119). “Descripción del país comprendida entre el Río Bío-Bío y los límites del Virreynato del Perú” (171). “Pasando el río Bío-Bío para el N. y entrando ya en la porción que verdaderamente poseemos del Reyno de Chile, la primera población que se presenta, y la que

merece algún examen es la ciudad de la Concepción, capital de la Intendencia y Obispado de este nombre que forma la parte meridional de aquel Reyno comprendiendo la setentrional lo que sigue para el N. hasta los confines del Perú” (171). “Pasado ya el río Maule, que como hemos dicho termina al N. la extensión del Obispado a Intendencia de la Concepción, todo el terreno que desde él sigue hasta el desierto de Atacama pertenece exclusivamente al Obispado de Santiago” (188). “Sin embargo es menester advertir que aunque la fertilidad del suelo de Chile sea tanta como acabamos de expresar, esta fertilidad es solamente parcial y no se extiende generalmente a todos los terrenos que componen aquel dilatado Reyno. Los de la parte meridional, esto es la porción comprendida entre el Bío-Bío y Aconcagua es la mejor, pero su fertilidad decrece notablemente desde Aconcagua a Choapa, disminuyendo aún más corriendo al N. hasta el Guazco, siendo casi estéril en Copiapó y enteramente infructífera hasta dicho término del N. en los desiertos de Atacama” (191-192).

Con relación al límite sur del Perú, Haënke señala: “Partido de Tarapacá. Este partido se compone del pueblo y real de minas de Tarapacá que es su capital, del pueblo de Pica, del de Cibuya y del de Camina con 22 poblaciones menores anexas a las 4 principales. El terreno de este partido es semejante al de Arica, y el río más caudaloso que lo riega es el Loa, por donde confina con la provincia de Atacama del Reino de Chile” (285).

Tadeo Haënke, en razón de su extraordinaria formación científica, resulta ser un cronista de excepción. En esos manuscritos dejó constancia de lo que investigó y comprobó personalmente sobre lo que acontecía con el límite norte de Chile en 1794. Sus conclusiones son categóricas. A saber: a) El reino de Chile en 1794 limitaba con el virreinato del Perú; b) el límite era el río Loa; y, c) el desierto de Atacama era parte del Reino de Chile.

La señalada descripción limítrofe de 1794 resultaría ser absolutamente coincidente con el límite norte fijado en las primeras Constituciones de 1822, 1823, 1828 y 1833, que señalan: a) “el territorio de Chile conoce por límites naturales: al norte, el despoblado de Atacama” (Constitución de 1822), b) “el territorio de Chile comprende de norte a sur desde el Cabo de Hornos hasta el despoblado de Atacama” (sic) (Constitución de 1823), c) “su territorio comprende de Norte a Sur desde el desierto de Atacama” (Constitución de 1828); y, d) “el territorio de Chile se extiende desde el Desierto de Atacama” (Constitución 1833).

En conclusión: Según estos antecedentes, nadie más que Chile ha tenido y tiene derechos sobre el Desierto de Atacama, por ser este parte de su territorio, incluso, desde mucho antes que se constituyera como Estado independiente, como lo atestiguan los manuscritos de don Tadeo Haënke, con quien Chile tiene una deuda de gratitud permanente, por la valiosa descripción que realizó de este poco antes de que alcanzara su Independencia y consolidara su jurisdicción territorial.

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES\*

---

\*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad Complutense/Madrid). Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Católica de Chile/Postgrados.

### 3. REVELAN CONTENIDO DE CARTA DE SAN MARTÍN A O'HIGGINS Y QUE FUE ENCONTRADA EN PROPIEDAD ALLANADA A CRISTINA FERNÁNDEZ

El pasado martes 28 de agosto se conoció que las autoridades policiales argentinas encontraron una carta que José de San Martín le escribió a Bernardo O'Higgins. La misiva estaba en una de las propiedades de Cristina Fernández que siguen siendo allanadas en Argentina por la investigación de casos de corrupción en el marco de "los cuadernos de las coimas".

Según consignó Infobae, la misiva es de 1835 y en ella el militar argentino se encontraba en el exilio en París. Se quejaba del trato que habían recibido los libertadores, por quienes gobernaban los países independizados, manifestando además, su preocupación por su par chileno, que también se encontraba en el exilio en Lima, Perú.

En entrevista con el mismo medio, *el historiador argentino Roberto Colimodio*, aseguró que "esta carta transcrita y publicada por el Archivo de O'Higgins en Santiago de Chile, tendría que haber estado en poder trasandino, pues allí fue remitida. Además no se sabe cómo llegó a manos de la familia Kirchner".

El diario digital argentino, publicó la misiva, tal cual como estaba escrita:

"Al Exmo Señor Don Bernardo O Higgins  
Cap. General de los Extos de Chile y Perú  
París 26 de diciembre de 1835  
Exmo Don Bernardo O'Higgins  
Compañero y querido amigo

Después de más de tres años sin recibir la menor noticia de Usted ni del amigo Álvarez, mis cuidados no serían tan alarmantes si el Perú se hallare en tranquilidad, pero habiendo visto por los papeles públicos los males que se han desplomado sobre ese desgraciado país, y las violentas mutaciones de los gobiernos que se han sucedido, estoy con una grande inquietud hasta saber qual a sido la suerte de Usted y de su amable familia: *Algunas vezes me consuela la idea de que sea qual fuere el hombre que se halle al frente del Gobierno sabra respetar al honrado, Bravo, y Patriota General O'Higgins, so pena de ser un monstruo de injusticia: pero como la reciente historia de los nuevos estados Americanos ha demostrado que no solo no saben tributar omenaje a esa virtudes, sino por el contrario ellas son la causa de persecuciones, mis temores se renueban alternativamente a mis esperanzas. Sáqueme usted mi buen amigo de esta cruel incertidumbre escriviendome quatro letras de tiempo en tiempo, diciendome simplemente, estoy con salud y gozo de paz, con mi familia esto es todo lo mas que puede decirse en las circunstancias en que se halla ese país, porque ser feliz es imposible presenciando los males que aflijen a la desgraciada América: si la distancia del teatro de los acontecimientos causan mí una impresión dolorosa ¿que no le sucederá a usted hallandose testigo ocular de ellos? por otra parte yo calculo quan embarazosa debe ser la posición de Usted entre opiniones y partidos tan diferentes, y quan difícil le será tener una conducta capaz por su imparcialidad, de ponerlo a cubierto de sospecha porque*

en la guerra civil la maxima de reputar enemigo al que no es de la misma opinión es la ley que divide los partidos.

El dador lo será el caballero Mendeville esposo de la amable Mariquita Thompson que ha residido por muchos años en Buenos Ayres de cónsul general de Francia y para el Equador con el mismo empleo. Tocando antes en esa el me prometió hacer a Usted y su virtuosa familia una visita a mi nombre yo se lo recomiendo en la seguridad de ser un caballero apreciable por sus amables cualidades: Como el ha benido recientemente de Buenos Ayres el le impondrá de la situación de aquel desgraciado país. su nuevo gobernador ha depuesto a mi hijo del empleo de primer oficial de la Secretaría de Negocios Extranjeros y ha declarado una persecución a toda mi familia lo que me ha echo suspender mi marcha.

*Mi salud se ha repuesto completamente en el campo, en donde he permanecido 8 meses seguidos, y aún continuaría si los exesivos fríos no me ubieren obligado a benir a la Ciudad.*

Un millón de cinceros y amistosos recuerdos de mi para su madre y Rosita y a Usted la amistad eterna que siempre le a proferido su biejo Amigo y Compañero José de San Martín.

Por el mismo Conducto escribo al amigo Alvarez”.

JOSÉ DE SAN MARTÍN\*

#### 4. SCHAKLETON Y EL PILOTO PARDO

Ernest Shackleton, marino y aventurero inglés, consiguió fondos para dirigirse al Polo Sur, en un barco llamado *Endurance* en 1915 siendo atrapado por los hielos y la embarcación fue triturada y hundida por el hielo, con los botes salvavidas se refugia con sus 30 hombre en la isla Elefante en el Mar de Weddel quedando totalmente aislados e incommunicados del mundo. En esas circunstancias Shackleton decide salir a buscar ayuda, para lo cual preparan uno de los botes que llamó “James Card” en honor a uno de sus financistas de la expedición, de solo 6,9 metros de eslora, con 6 hombres y se le agregó una tonelada de piedras en el fondo, para que las gigantescas olas y vientos no lo volcaran, recorrió así 1.600 kilómetros, eligiendo la isla Shettland del Sur por existir allí una estación ballenera británica y por tanto mayor posibilidad de ayuda. Visité la réplica del “Card” es realmente pequeño (el original está en un museo de Inglaterra) sin duda una proeza sortear olas de 10 metros en vísperas del invierno por más de 1.000 km. Shackleton ya en tierra firme comienza a buscar ayuda; la respuesta fue tibia en Argentina y Uruguay, mientras sus marinos esperaban su llegada o la muerte en la Isla Elefante, el tiempo apremiaba. Llega a Punta Arenas y aparece su salvador: Luis Pardo Villalón *El Piloto Pardo* (1882-1935), quien oficialmente autorizado por el mando de la Armada de Chile, parte con la precaria Escampavía *Yelcho* al rescate, acompañado de Shackleton. La *Yelcho* de solo 36,5 metros de eslora,

---

\*Publicado en *Emol*, 9.9.2018/Gonzalo Nuñez.

no tenía luz eléctrica, ni calefacción ni comunicaciones, sus marinos confiaban solo en su Piloto para sortear los vendavales, los hielos y enormes olas del mar abierto máxime cuando el invierno se acercaba. El 3 de septiembre de 1916 el bravo Piloto Pardo llega a Punta Arenas con todos los rescatados sanos y salvos, a los que libró de una muerte segura. La noticia recorrió el mundo, Chile estaba en primer plano de la prensa mundial. El gobierno inglés le ofrece una suma de 25.000 libras esterlinas de recompensa al piloto Pardo, las rechaza diciendo: “Solo cumplí con mi deber de marino chileno”. El honor más grande para él fue que su hazaña se anotó e incorporó en su Hoja de Vida Funcionaria y leída en la Orden del Día de todos los barcos e instalaciones de la Armada de Chile a lo largo del país. El resto estaba de más. Para mejor conocer al Piloto Pardo y sus sentimientos, se expone la carta que deja a su padre al partir al peligroso rescate: *“La tarea es grande, pero nada me da miedo: soy Chileno. Dos consideraciones me hacen hacer frente a estos peligros: salvar a los exploradores y la Gloria de Chile. Estaré feliz de lograr lo que otros NO. Si fallo y muero, usted deberá cuidar de mi Laura y de mis hijos, quienes quedarán sin sostén ninguno a no ser por el suyo. Si tengo éxito habré cumplido con mi deber humanitario como marino y como chileno, cuando usted lea esta carta, o su hijo estará muerto o habrá llegado a Punta Arenas con los náufragos . NO retornaré solo. Lo abraza Luis”*.

En recuerdo de don Luis Pardo Villalón (1882-1935) siempre una nave de la Armada lleva su nombre.

El Piloto Pardo se acoge a retiro y se jubila 3 años después, con la satisfacción del deber cumplido. En cuanto a Shackleton, con posterioridad a su fallida exploración, organizó otra muriendo de un ataque cardíaco en medio de ella; está sepultado en las Faklands.

MARCELO ELISSALDE MARTEL\*

## 5. EL MIR PATRIMONIAL

Noticia histórica, se entiende, porque hace ya mucho tiempo que sus vetustos líderes no consiguen un solo seguidor.

Y la noticia histórica consiste en que dos de sus emplazamientos guerrilleros de mayor simbolismo, Neltume y Toqui Lautaro, han sido declarados monumentos nacionales.

Excelente. Mantener viva la historia del MIR presta un gran servicio a las nuevas generaciones.

---

\*Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Vicepresidente del Instituto O'Higiniano de Chile.

Es muy conveniente que los jóvenes sepan que el MIR, que ha pretendido ser una pyme, fue en realidad una de las más decididas organizaciones terroristas en la historia de América contemporánea.

¿Pyme? Sí, en efecto, así fue declarada por la Contraloría hace unos años y por eso su Ceo, Pascal Allende, fue facultado para determinar cuál era el personal que debía ser indemnizado por el abrupto término del giro el 11 de septiembre de 1973. Y no es broma; es drama: revise los datos y lo comprobará.

¿Organización terrorista? Sí, y a mucha honra; así lo declaran los miristas de aquellos años. Efectivamente, a mucha honra escogieron la vía armada que el comandante Guevara les proponía desde Cuba, la misma que el odioso barbudo intentó de manera tragicómica poner en práctica en el Congo. Pero resultó que ni los nativos, ni los cubanos que lo acompañaron en esa aventura en 1965, fueron capaces de superar su atávica inclinación a los prostíbulos del lugar, causando la frustración del Che, según consta en su triste Diario. Ni una batalla ganada, ni un solo hombre nuevo para los registros de la revolución.

Y esa fue la misma vía armada que el propio comandante intentó poner en práctica en Bolivia y que terminó poco después, en 1967, sin revolución y sin comandante. Una nueva frustración que esta vez el Che ni siquiera pudo consignar en su Diario.

¿Y por qué no en Chile? Eso pensaron los miristas, y por eso a esa rama de tan podrido árbol pertenecen. Orgullosos se sienten los miembros de esa pyme: no tienen problema en reivindicar ese pasado como propio. Hagámosles justicia y dejémoslo en claro. Todo eso debe decirse fuerte y claro.

Por eso, es conveniente que en los sitios históricos en los que actuó el MIR figure este texto:

“Aquí vivieron individuos que escogieron la violencia para cambiar la sociedad y que se propusieron robar, asaltar y matar. Su organización se llamó Movimiento de Izquierda Revolucionaria y siguió los pasos de un criminal argentino-cubano llamado Ernesto Guevara. Desde 1965 a 1973 desarrollaron su criminal acción en democracia. Desde 1973 continuaron su tarea armada desde la clandestinidad”.

Y ojalá se declaren también monumentos nacionales Los Queñes y Carrizal Bajo, para que, junto con el MIR, pueda el FMR quedar perfectamente anclado en la historia patria. Y que se conozca con toda claridad cómo el moderado Partido Comunista de Chile –así les gusta presentarse a los de Teillier, aunque él mismo reconozca su jefatura del aparato militar– internó miles de fusiles para la guerra civil, acribilló a cinco escoltas del Presidente Pinochet y, “por si las moscas”, quería guardar una cierta cantidad de armas durante los años iniciales de la restauración de la democracia. Así lo dijo Corvalán. Le creo.

Por todas estas razones, aleluya al decreto firmado por la ministra de la Cultura. Aleluya, porque será ejemplar.

Ejemplar, porque algún día le devolveremos la mano a Cuba y será en la propia isla –una vez liberada de la tiranía castrista– que se instalarán memoriales para recordar que los miristas fueron entrenados en Punto Cero y los frentistas en la Escuela Militar Camilo Cienfuegos. A toda la verdad le llegará su hora.

¿Están de acuerdo, señores del Consejo de Monumentos Nacionales?

GONZALO ROJAS S.\*

---

\*Por su interés se publica en nota lo que sigue:

“Al menos un millón de muertos”

Como es de público conocimiento, en el Diario Oficial del 6 de julio [2019] se publicó el Decreto N° 32, firmado “por orden del Presidente de la República” y suscrito por su Ministra de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, Consuelo Valdés, que busca que se consagre como “Monumento Nacional de Chile” el lugar donde el “Comandante Pepe” (José Liendo Vera), organizó su guerrilla.

El campamento Panguipulli estaba destinado a lanzar la subversión en el sur del País y desde ahí unirse a la guerrilla del MIR, que actuaba en la Zona Central. Con tal articulación el guerrillero José Liendo Vera pretendía asesinar al menos a “1 millón de chilenos, para que el pueblo se compenetre de la revolución y ésta se convierta en realidad. Con menos muertos no va a resultar”. Lo que el terrorista quería era algo que, años después, se dio con el genocidio de Camboya, que produjo varios millones de muertos.

¿Le parece que este lugar puede ser transformado en un “Monumento Nacional”?

¿Cree que esa resolución puede ser promovida por un Gobierno que se dice defensor del orden jurídico y de la moral cristiana?

¿Considera que se puede permanecer indiferente ante esta resolución?

Llama la atención el silencio de la izquierda “democrática” en relación al Decreto como Monumento Nacional concedido al territorio guerrillero a cargo del “Comandante Pepe”. Si aplicamos el sabio refrán, “quien calla otorga”, quiere decir que ellos consideran justo tal Decreto. Si lo consideran como tal, quiere decir que no abandonaron el recurso a las armas.

(CredoChile, 22.7.2019)

Cartas al Director

Sin entrar a los méritos que existan o no para la reciente declaratoria de sitios de memoria en Neltume, asociados a nuestro pasado reciente y vinculados al MIR, creo importante señalar que la ministra de las Culturas, las Artes y el Patrimonio se equivoca profundamente en las razones esgrimidas para justificar la suscripción del decreto de declaratoria en cuestión. Señala la ministra que esa era su obligación, y que de no hacerlo, habría incurrido en un “notable abandono de deberes”. Esas razones son erradas en el fondo y en la forma en lo que se refiere a la legislación de monumentos.

En efecto, el suscribir el decreto de declaratoria de un monumento en cualquier categoría es una prerrogativa exclusiva y excluyente del o la ministra, en su tiempo del Ministerio de Educación y ahora de esa cartera de Estado.

Múltiples casos así lo avalan a lo largo de los años, y sin ir más lejos, si ella tiene esa opinión, sería deseable que dado que desde hace casi nueve años descansa en el gabinete del Ministerio de Educación el decreto de declaratoria de la Casa Espínola Pereira, actual sede de la CUT, podría ella ahora proceder a la suscripción de ese acto sin más dilación. Este edificio es una de las pocas casas señoriales de la Alameda Bernardo O’Higgins que aún resisten en pie y, evidentemente, su ubicación –casi frente al Palacio de La Moneda– la hace de un valor aún más incalculable.

Dicho lo anterior, el hecho de que la ministra estime que es su obligación firmar lo que el Consejo de Monumentos apruebe transforma a esa cartera de Estado en una especie de *buzón tramitador*, abandonando así sus deberes de evaluar la corrección de los acuerdos que se adoptan por ese órgano colegiado, los que no siempre han sido razonados o razonables.

Óscar Acuña Poblete, Abogado. *El Mercurio* 22.7.2019

Profesor de Historia del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile.  
(NR) Debe precisarse que la decisión de declarar Monumento Nacional el enclave mirista de Panguipulli (en donde la policía no podía entrar durante el gobierno del Presidente Allende) fue adoptada en 2017, bajo el gobierno de Bachelet 2.

## II. EXTRANJERO

### 1. EL PAPA HA LANZADO HOY UN NUEVO TWEET EN SU CUENTA @PONTIFEX EN NUEVE IDIOMAS

“Oremos por los enfermos que son abandonados hasta dejarlos morir. Una sociedad es humana si protege la vida, toda vida, desde el inicio hasta su fin natural, sin decidir quién es digno o no de vivir. ¡Que los médicos ayuden la vida, no la quiten!”.

Este nuevo *tweet* de Francisco llega mientras *Vincent Lambert* está muriendo de hambre y sed. El enfermero francés de 42 años, en estado vegetativo o de mínima conciencia tras un accidente de tráfico en 2008, está internado en el hospital universitario de Reims. El pasado 2 de julio, los sanitarios de la estructura suspendieron nuevamente el suministro de alimentos e hidratación tras una larguísima batalla legal que adquirió dimensiones internacionales.

#### PARÍS NO ACEPTA LA PETICIÓN DE LA ONU

Francia decidió, al final, no tener en cuenta el llamamiento del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que había pedido seis meses para examinar el caso. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –que fue ratificada por París, pero que para el gobierno francés “no es vinculante”– establece en su artículo 25 la necesidad de “adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud (...), incluidos los servicios de rehabilitación” y de “prevenir el rechazo discriminatorio de asistencia médica o de atención y servicios de salud o de alimentos y líquidos por motivos de discapacidad”.

#### UN DOLOR NO RESPETADO

Los *padres de Vicente* acusan: están matando a una persona discapacitada que no está en fin de vida, es eutanasia. Y la eutanasia está prohibida en Francia. El dolor del padre y de la madre, que asisten a la muerte programada de su hijo, se hace aún más amargo por las críticas, si no por los insultos, de ciertos sectores que descalifican su tormento al llamarlos “católicos integralistas”.

#### NO CEDER A LA CULTURA DEL DESCARTE

Ya el pasado 20 de mayo, cuando los médicos comenzaron a interrumpir la alimentación e hidratación, que luego se reanudó después de la sentencia del Tribunal de Apelación, el Papa había lanzado este *tweet*:

“Rogemos por cuantos viven en estado de grave enfermedad. Custodiamos siempre la vida, don de Dios, desde el inicio hasta su fin natural. No cedamos a la cultura del descarte”.

#### CADA PACIENTE SEA TRATADO CON GRAN RESPETO POR LA VIDA

El año pasado Francisco lanzó dos llamamientos públicos por *Vincent Lambert*, citando explícitamente su nombre, un caso raro para llamamientos pontificios de este tipo. El Papa había pensado en su historia, acercándola a la historia del pequeño *Alfie Evans*. El 15 de abril de 2018, en ocasión de la *Reina Caeli*, dijo:

“Encomiendo a vuestra oración a personas como *Vincent Lambert*, en Francia, al pequeño *Alfie Evans*, en Inglaterra, y a otros en diversos países, que viven, a veces durante mucho tiempo, en estado de grave enfermedad, asistidos médicamente para las necesidades primarias. Son situaciones delicadas, muy dolorosas y complejas. Oramos para que cada enfermo sea respetado en su dignidad y tratado de manera adecuada a su condición, con el acuerdo de los familiares, médicos y los trabajadores de la salud con gran respeto por la vida”.

#### DIOS ES EL ÚNICO DUEÑO DE LA VIDA

Tres días después, al término de la audiencia general del 18 de abril de 2018, un nuevo llamamiento:

“Llamo la atención de nuevo sobre *Vincent Lambert* y sobre el pequeño *Alfie Evans*, y quisiera reiterar y confirmar con fuerza que el único dueño de la vida, desde el inicio al final natural, ¡es Dios! Y nuestro deber, nuestro deber es hacer de todo para custodiar la vida”.

#### UNA DERROTA PARA TODOS

El Papa Francisco, en la estela de sus predecesores, siempre ha tenido palabras claras sobre el respeto a la vida a 360 grados. El 5 de junio pasado, dirigiendo sus pensamientos y oraciones a *Noa Pothoven*, la joven holandesa de diecisiete años que decidió morir acompañada de médicos especializados en suicidio asistido, afirmó en otro *tweet*:

“La eutanasia y el suicidio asistido son una derrota para todos. La respuesta que hemos de dar es no abandonar nunca a quien sufre, no rendirnos, sino cuidar y amar a las personas para devolverles la esperanza”.

#### SANTA SEDE: ALIMENTAR E HIDRATAR A UN ENFERMO ES UN DEBER INELUDIBLE

Finalmente, recordamos también el comunicado conjunto sobre el caso, elaborado por el Cardenal Kevin Farrell, Prefecto del Dicasterio para los Laicos, la Familia

y la Vida, y por Monseñor Vincenzo Paglia, Presidente de la Academia Pontificia para la Vida, en el que reiteraron “la grave violación de la dignidad de la persona, que la interrupción de la alimentación y de la hidratación comporta”, contestando la decisión de los médicos de Reims, que llamaron “obstinación irrazonable” mantener vivo a Vincent.

El “estado vegetativo”, de hecho, es un estado patológico ciertamente grave, que sin embargo no compromete en modo alguno la dignidad de las personas que se encuentran en esta condición, ni sus derechos fundamentales a la vida y al cuidado, entendidos como la continuidad de la asistencia humana de base. La alimentación y la hidratación constituyen una forma de cuidados esenciales siempre proporcionales al mantenimiento de la vida: alimentar a una persona enferma nunca es una forma de obstinación terapéutica irrazonable, hasta que el cuerpo de la persona sea capaz de absorber la nutrición y la hidratación, a menos que cause sufrimientos intolerables o sea perjudicial para el paciente. La suspensión de tales cuidados representa, más bien, una forma de abandono del paciente, basada en un juicio despiadado sobre su calidad de vida, expresión de una cultura del descarte que selecciona a las personas más frágiles e indefensas, sin reconocer su unicidad e inmenso valor. La continuidad de la asistencia es un deber ineludible.\*

## 2. LA LEY NO PUEDE AUTORIZAR LA EUTANASIA\*\*

Se encuentra en tramitación un proyecto de ley que autoriza la eutanasia y queríamos exponer las razones por las cuales ella, consentida o no por el paciente, es un acto intrínsecamente malo, que ninguna ley humana puede autorizar.

A) El derecho a la vida es indisponible. Ello es así porque la persona humana, por su naturaleza racional que le permite poseerse a sí misma mediante el conocimiento intelectual, tiene una autodestinación, una subjetividad, una intimidad: es un fin en sí y no un medio para ella ni para otro; no es cosa u objeto de derecho, sino sujeto de derecho, por lo cual ni otro ser humano ni ella misma puede tener sobre su vida el derecho de disposición. Solo puede disponer de una realidad quien es causa de ella: la ha hecho; de la vida solo puede disponer Dios, y no quien de Él la ha recibido. Esta es la enseñanza de los grandes maestros de la filosofía: Platón (*Fedón*, 61e); Cicerón (*República*, VI<sup>o</sup>, VIII<sup>o</sup>; *Somnium Scipionis*), donde se lee: “Porque también tú, Publio, y los hombres piadosos deberéis conservar el alma en la envoltura del cuerpo; y no sin mandato de Aquel por quien os ha sido dada, debe dejar este mundo, para que no parezcáis sustraeros a la tarea humana que Dios os ha confiado”; Grocio (*Derecho de la Guerra y de la Paz*, II, 19, v 3); Locke (*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, c. 2); Puffendorf (*De la obligación del hombre*, I, c. V, N<sup>o</sup> 4).

---

\*(NR) El caso Lambert que ha sido un verdadero asesinato cometido por el Estado francés, será objeto de un *In Memoriam* en el próximo volumen de *Ius Publicum*.

\*\*La presentación de un nuevo proyecto de ley –presentado por parlamentarios de oposición– pone nuevamente el tema a la luz pública, bajo el eufemismo de “muerte digna”. De allí esta reseña que sigue.

Aristóteles enseña que el que se suicida comete injusticia contra la sociedad (*Ética Nicomaquea*, 1138 a 11), y Kant condena el suicidio porque importa tratarse uno mismo como medio o cosa (*Metafísica de las costumbres, doctrina de la virtud*, N° 6).

Y el juramento hipocrático que hacen los médicos desde antes de Cristo les prohíbe practicar la eutanasia, aunque el enfermo la pida.

B) El Estado tiene el derecho y el deber de oponerse a la eutanasia. Así lo ha resuelto la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso "Osman con Reino Unido" (1998, 29 CEDH 245) y en el caso "Pretty con Reino Unido" (demanda N° 2346-02, 29-1V-2002), argumentando que el derecho a la vida no podría fundar "un derecho a la autodeterminación, en el sentido de dar a todo individuo el derecho de escoger antes la muerte que la vida".

C) No hay eutanasia cuando se omiten los medios extraordinarios o desproporcionados. La ley natural prohíbe matar a otro para que no sufra o suicidarse con ese objeto, y obliga a poner los medios necesarios para conservar la vida. El primero, como precepto prohibitivo, no puede tener excepciones, porque nunca es lícito hacer algo intrínsecamente malo, ni siquiera si hay una buena intención, como enseñan Platón en *El Critón* y Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* (1107 a). El precepto imperativo de poner los medios necesarios para conservar la vida deja, en cambio, de obligar habiendo causa proporcionada, lo que ocurre cuando pueden resultar comprometidos otros bienes, que es lícito desear y tutelar; y así, nadie está obligado a emplear medios muy dolorosos (v. gr., dejarse operar sin anestesia), o económicamente ruinosos (v. gr: tales que queden sus hijos pequeños en la miseria), o extremadamente difíciles por algún otro motivo, para conservar la vida. En modo alguno podría decirse que el que omita estos medios, en los ejemplos propuestos, se suicida.

D) Otras razones para no autorizar la eutanasia: I°. Aunque el consentimiento del paciente no puede hacer lícita la eutanasia, cabe añadir que este, debilitado y con su ánimo deprimido, nunca será suficientemente libre, y que, de hecho, en un gran porcentaje de los casos, la eutanasia no es voluntaria (Jesús Ballesteros, *Ortotanasia*, en A.A.V.V., *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 53-54), y los partidarios de la eutanasia sostienen que, tratándose de personas incapacitadas para decidir por sí, basta que la voluntad pueda suponerse (H. Tristram Engelhart, *Los fundamentos de la Bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 394-395); II°. Se siembra el miedo entre enfermos graves y ancianos: la aceptación de la eutanasia en Holanda trajo como consecuencia que los ancianos solieran ir a atenderse en los hospitales de Bélgica y Alemania (Andrés Ollero, intervención en Mesa Redonda, en A.A.V.V., *Problemas de la eutanasia*, cit., p. 201); III°. Se daría ocasión a las peores imposturas realizadas con móviles hereditarios o de otra clase.

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY\*

---

\*Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile. De la Academia Chilena de Ciencias Sociales Políticas y Morales, Instituto de Chile.

### 3. INTERESANTE DEBATE SOBRE EUTANASIA EN *THE SPECTATOR*

*The Spectator* es algo digno de ser reseñado: no en vano estamos ante una revista que se publica desde 1828. No he investigado al respecto, pero me imagino que muy pocas publicaciones se le acercan.

Pero no es solo su edad la que nos deja atónitos. Recientemente recogía un debate sobre la eutanasia entre su editor literario, Sam Leith y su editor asociado, Douglas Murray. El primero ferviente defensor de la eutanasia, el segundo no menos ferviente detractor. Una rareza que nos ha dejado una interesante discusión donde prima el argumento sobre la descalificación.

Leith empieza advirtiendo de que la ley que se discutió en el parlamento británico aboga por la eutanasia restringida a los enfermos a quienes, según el dictamen de dos doctores, les quedan menos de seis meses de vida. Murray responde que es un criterio arbitrario (¿por qué seis y no siete... o cinco?) y además sujeto a error en un tema como el de la vida donde los errores no se pueden rectificar.

Contraataca Leith con la idea de que nuestro cuerpo es solo nuestro y, en consecuencia, podemos disponer de él a nuestro antojo. Nadie, y menos el Estado, puede decirte lo que puedes y no puedes hacer con tu cuerpo, incluyendo tu decisión sobre cómo y cuándo deseamos morir (Leith, incidentalmente, se posiciona como contrario al aborto precisamente porque estamos ante dos cuerpos, el de la madre y el del hijo, y esta, que según Leith, tiene todo el derecho a hacer lo que quiera con su propio cuerpo, no tiene ningún derecho sobre el cuerpo de su hijo).

Murray niega la mayor: no, nuestro cuerpo no es algo sobre lo que podamos decidir a nuestro antojo. No lo hemos adquirido, nos ha sido dado. Y quienes nos rodean, desde nuestra familia hasta la misma sociedad, que tanto ha “invertido” en nosotros, tienen algo que decir. Aceptar que somos mónadas inconexas y autárquicas es la receta perfecta para la disolución de la sociedad.

Por otro lado, aceptar las premisas de Leith abriría la puerta no a la eutanasia para los enfermos terminales, sino al derecho al suicidio o, ¿por qué no?, al derecho a la mutilación y al comercio de órganos.

Murray continúa sacando su artillería pesada con datos sobre lo que ha ocurrido en Bélgica y Holanda tras la legalización de la eutanasia. No muy diferente de lo que ha ocurrido con el aborto, nos recuerda: nos lo vendieron como una solución límite para casos extremos y se ha convertido en un medio contraceptivo en un período extraordinariamente rápido. Lo mismo ha ocurrido en aquellos países: ahora ya no hablamos de eutanasia para enfermos terminales, sino para niños, enfermos mentales y aquellos que se sienten “cansados de vivir”.

Leith replica que no porque haya sucedido esta deriva en Bélgica u Holanda ellos deben de dejar de hacer lo correcto, a lo que Murray contesta que negarse a considerar los efectos presumibles y constatables es ignorar la realidad.

El siguiente argumento de Leith es un viejo conocido, que por ejemplo se usó ampliamente en relación al aborto. Como de hecho ya se practican eutanasias, es mejor que haya una ley que las regule y que así se eviten los abusos. Un argumento que nunca se saca a colación de los delitos fiscales o de las violaciones, por ejemplo, que al fin y al cabo existir, existen.

Murray regresa a la capacidad para determinar el momento en que queremos acabar con nuestra vida y comenta sus conversaciones con médicos que

le han confesado que esta decisión varía: nos imaginamos que si llegamos a un determinado estadio la vida se nos hará insoportable pero llegamos a ese estado y seguimos deseando vivir. Leith le contesta que lo que está planteando es la capacidad de nuestro ser ahora para determinar nuestro ser en el futuro. Sí, replica Murray, “¿puedes imaginarte en una cama, no deseando morir, pero sabiendo que vas a hacerlo porque una vez firmaste un formulario que el Estado ahora quiere ejecutar?”.

El debate sigue luego con una discusión acerca del sentido de santidad de la vida a la luz de la experiencia del siglo XX y acaba con una profunda advertencia de Murray (que, en mi opinión, gana por goleada): “Hay algo muy profundo que le ocurre a una sociedad que permite la eutanasia. Cambia la actitud de la gente hacia ellos mismos. Refuerza la idea de la autonomía individual y destruye el acto común de vivir... Desplaza y altera nuestra percepción no solo de la vida, sino de nosotros mismos, de lo que estamos haciendo, de nuestro sentido”.

Pues ya ven, el veterano Spectator sigue dándonos buena materia para reflexionar sobre un asunto de una enorme gravedad.

JORGE SOLEY\*

#### 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EUTANASIA

La nueva ministra de Sanidad, Carmen Montón, ya ha manifestado con rotundidad que es partidaria de la eutanasia, por un pretendido derecho sobre el propio cuerpo, a la vez que solicita un debate racional sobre el tema. Sirvan estas notas como una aportación.

*No existe un derecho al propio cuerpo.* De ahí la penalización del suicidio o la prohibición de comercializar partes del mismo: sangre, esperma, óvulos, un riñón. Si existiera tal titularidad esas limitaciones no existirían. Eso es una evidencia, como lo es que yo, ni nadie “soy” un nacido, sino que “he” nacido. Mi vida no dependió de mí. También es una evidencia el deber general de preservar la vida y evitar el sufrimiento. Sobre estas premisas se ha de levantar una política pública, y no sobre el *a priori* de que la muerte es una solución.

El deseo de la propia muerte no es una razón suficiente. ¿Cómo no considerar las consecuencias sociales de un deseo personal? Esa no es la lógica con la que una sociedad alcanza su bien. Lo que cada uno deseamos es una razón, pero ni mucho menos toda la razón. Ejemplo: ¿quien me puede prohibir a mí con un buen coche siendo un buen conductor que circule a 140? La eutanasia tiene efectos dañinos irreparables sobre terceros más débiles. La experiencia de Bélgica y Holanda lo constatan. El deseo no basta para defenderla porque no es socialmente inocua. Un bien individual no puede imponer un riesgo social, más cuando el cuidado paliativo, la sedación y atención médica para evitar el sufrimiento, aunque ello acorte la vida (como la acortan otros actos médicos) es una respuesta razonable.

---

\*Publicado en *Infocat*, 20.5.2019.

*El fin de la eutanasia como suicidio asistido no es evitar el sufrimiento, sino matar para que el sufrimiento no se produzca.*

*La presentación de casos singulares extremos no puede fundamentar la eutanasia.* Primero porque la legislación para toda la sociedad, para esta cuestión, la del sufrimiento, como para cualquier otra, no puede establecer a partir de los extremos, sino del grueso central de lo que sucede en el ámbito que se pretende legislar. Aquellas cuestiones pueden ofrecer un grado de emotividad muy grande. De la misma manera que no son las víctimas del terrorismo –y eso es también un dolor terrible– quienes han de dictar las leyes contra el terrorismo, aunque sí deben ser escuchadas y razonar con ellas en busca de la máxima identidad. Quienes padecen situaciones tan extremas no son quienes mejor pueden razonar sobre la eutanasia. No se legisla a través de la emoción, porque las emociones no son razones, por el hecho de ser sentimientos; pueden –condicional– serlo, pero no lo son por principio. Solo así se legisla bien y con justicia. Precisamente uno de los graves problemas que arrastra el Código Penal español es el de sus numerosas modificaciones a golpe de corazón ¿Cómo no va a pedir la prisión permanente la madre de una menor asesinada? Pero esa no será la solución justa.

*Se descalifica el derecho a la vida afirmando que responde a visiones personales.* Claro que sí, al igual que quienes defienden la muerte como solución. Lo importante es la capacidad para intercambiar razones y buscar puntos de acuerdo, en lugar de demonizar al otro culpándole de los propios sufrimientos y adversidades. Precisamente ese es el mal que aqueja a otros muchos aspectos de este país, que acaba convirtiendo el debate de las leyes, de la política, en un debate entre intratables. Que no sea así en nuestro caso. Mi punto de vista es muy concreto.

1. Las atenciones paliativas sin acompañamiento de medios para forzar la prolongación de la vida, y aunque entrañen su acortamiento sin que este sea *su fin*, son la solución más positiva y sin consecuencias negativas para el sufrimiento del fin de la vida.
2. El objetivo es conseguir que dichos servicios sean accesibles a toda la población.
3. La sociedad debe fundarse en el respeto a la vida y la supresión del sufrimiento. Introducir la muerte como solución abre una dinámica ética que nos retrotrae a las épocas de la eugenesia.
4. Los países con eutanasia descuidan-ahorran los cuidados paliativos, con lo que el agregado social del sufrimiento empeora, porque la única solución para no sufrir es que te maten y si no lo aceptas sufres. Es mejor que nadie sufra.

*La eutanasia presiona socialmente a los más débiles y desasistidos, que son una carga para sus familias, para que sean descartados de la vida.* Los compartimientos personales no nacen de la nada. Su caso es una muestra. Se construyen bajo unas condiciones determinadas, que no deciden, pero influyen, y ese es el problema con la eutanasia, que da una respuesta mortal a la frase *es que yo no sé qué hace en este mundo*. Es necesario recordar que solo en unos escasísimos países del mundo existe el derecho a la muerte, incluso lo prohibió el Japón que tenía sacralizado el suicidio asistido. Quienes nos oponemos a este tipo de solución somos la inmensa mayoría de la humanidad, y no todos necesariamente por razones religiosas. La eutanasia en la práctica ha demostrado que es una causa más de desigualdad. Afecta mucho más a quienes menos tienen. Si fuera

esa solución fantástica no se explicaría que en Holanda muchos ancianos en fase terminal prefieren asegurarse el fin en un hospital privado con buena atención paliativa, que acudir a uno público, por si acaso. Claro que para poder hacer eso uno debe pagárselo.

“Hecha la ley, hecha la trampa”. En un país como España donde la cultura de cumplimiento de las leyes es escasa, y lo importante es que no se sepa, y no que se cumpla, intentar regular la muerte legal de personas es un riesgo brutal que dará pie a todo tipo de abusos.

JOSEP MIRÓ I ARDÉVOL\*

## 5. LA EUTANASIA ¿ES JUSTIFICABLE?

Una de las preguntas que se suelen hacer actualmente es la siguiente: “¿Se puede justificar la eutanasia? ¿Es justa? Y a renglón seguido se añade: Si el paciente quiere acelerar su muerte ¿por qué se le va a impedir? ¿Es libre de hacerlo!”. Son los mismos razonamientos, aunque con matices distintos, de aquellos argumentos que se enarbolan respecto al aborto.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la eutanasia como aquella “acción del médico que provoca deliberadamente La muerte del paciente”. La eutanasia se puede realizar por *acción directa*: proporcionando una inyección letal al enfermo o por *acción indirecta*: no proporcionando el soporte básico para su supervivencia. En ambos casos, la finalidad es la misma: terminar con una vida enferma. Esta acción sobre el enfermo, con la intención de segarle la vida, se llamaba, se llama y objetivamente se llamará homicidio.

La dignidad de la vida humana es importantísima y nadie tiene derecho de lesionarla y menos de maltratarla. El hecho de nacer y el de morir es un derecho que todos tenemos. No se puede considerar dignos o indignos según las circunstancias aleatorias cuando vengan dadas por el interés personal o social. *El ser humano es excepcionalmente digno tanto si nace, vive o muere*. Legalizar la eutanasia demuestra que se busca una falsa razón que contradice la lógica y el sentido común, es una derrota a la auténtica y más profunda racionalidad.

No hay argumentos para poder afirmar que la eutanasia está justificada de *per se* por mucho que legislen los parlamentos o se inventen los médicos como justificación. “*Por tanto, una acción o una omisión que, de suyo o en la intención, provoca la muerte para suprimir el dolor, constituye un homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona y al respeto del Dios vivo, su Creador*. El error de juicio en el que se puede haber caído de buena fe no cambia la naturaleza de este acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre” (Catecismo de la Iglesia Católica, N° 2277).

La eutanasia no se ha de confundir con la sedación terminal. Sigue afirmando el Catecismo de la Iglesia Católica que aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente

---

\*Publicado en *Forum-Libertas*, y en *Portaluz*, 16.6.2018.

interrumpidos. *El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable.*

Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben considerarse legítimos. La sedación terminal es correcta únicamente cuando se busca mitigar el sufrimiento del enfermo y no cuando la finalidad es acelerarle la muerte. Si la finalidad es acelerar su muerte se trata de eutanasia activa.

Conviene desenmascarar con mucha precisión las razones por las que se quiere colorear de compasión al enfermo terminal utilizando como arma la eutanasia. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la recomendación 1418, aprobada el 25 de junio de 1999, pide que se garantice el acceso de los enfermos terminales a las curas paliativas y recuerda que la eutanasia, incluso si es voluntaria, contraviene el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que afirma que “la muerte no se puede infligir intencionadamente a nadie”. Lo mismo viene a decir la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Ginebra en el año 1990. Considera que *con el desarrollo de los métodos modernos de tratamiento paliativo, no es necesaria la legalización de la eutanasia.*

Una sociedad que es respetuosa con la vida desde los inicios, ya en el seno materno, y respetuosa a la hora de la muerte sin anticiparla, es una sociedad humana; lo contrario es inhumano. Nunca se puede justificar la eutanasia por más vueltas que se dé.

MONSEÑOR FRANCISCO PÉREZ GONZÁLEZ,  
Obispo de Pamplona\*

## 6. OBISPO AFIRMA QUE NUNCA ES COMPASIVO QUITAR COMIDA Y BEBIDA PARA CAUSAR LA MUERTE

La Corte Suprema de Gran Bretaña ha dictaminado que los médicos pueden retirar alimentos y líquidos de los pacientes que se encuentran en estado vegetativo o que son mínimamente conscientes sin pedir permiso a los jueces.

El Tribunal Supremo del Reino Unido dijo que no era necesario solicitar el permiso del Tribunal de Protección para deshidratar a esos pacientes hasta la muerte cuando los médicos y los miembros de la familia estaban de acuerdo en que la muerte era lo mejor para ellos.

Sin embargo, la sentencia del 30 de julio fue criticada por al menos un obispo católico.

El obispo auxiliar John Wilson de Westminster dijo que es moralmente incorrecto retirar alimentos y líquidos a una persona.

“La nutrición e hidratación artificial ... no son un tratamiento”, dijo el Obispo Wilson. “No curan nada”.

---

\*Publicado en *Infocat*, 23.7.2018.

“De cualquier forma que se entreguen, la comida y el agua para una persona en estado vegetativo persistente cumplen el mismo propósito que para cualquier otra persona. Los mantienen vivos como parte de su cuidado básico. Previenen la muerte por desnutrición y deshidratación”, dijo.

“Los pacientes en estado vegetativo persistente son algunos de los más vulnerables en nuestra sociedad”, continuó el obispo. “No es un acto de compasión eliminar su comida y bebida para causar su muerte”.

“Igualmente, no puede ser lo mejor para el paciente, sea cual sea su nivel de conciencia, que su vida sea terminada intencionalmente”, agregó. “Nuestro cuidado para aquellos en tales situaciones es la prueba de nuestra humanidad común y nuestra solidaridad con algunos de nuestros hermanos más frágiles”.

El obispo Wilson dijo que los obispos ingleses y galeses habían dicho previamente en “Cherishing Life”, un documento de 2004, que negarle a un paciente comida y líquidos “cruzaría la línea de un retiro razonable de un tratamiento inapropiado al reino de la eutanasia pasiva”.

La decisión fue tomada por unanimidad por cinco jueces que examinaron el caso de un hombre de 50 años conocido que sufrió un ataque al corazón en junio de 2017, que causó daño cerebral y lo dejó inconsciente de forma permanente.

Tanto su familia como los médicos que lo trataban querían que se retiraran sus tubos de alimentación y un juez del Tribunal Superior pasó el caso a la Corte Suprema para su aprobación. El hombre murió de sepsis en diciembre, pero el tribunal emitió su fallo, no obstante.

La Corte Suprema dijo que las familias deberían continuar solicitando a la corte si no estaban de acuerdo con los médicos sobre un “curso de acción propuesto”\*.

## 7. EUTANASIA, UNA BOLA DE NIEVE INEXORABLE: LA CAÍDA PROGRESIVA EN EL ABISMO EN CINCO PAÍSES DONDE ES LEGAL

Durante los recientes debates electorales en España, tanto el presidente del Gobierno y ganador de las elecciones, Pedro Sánchez (PSOE), como Albert Rivera (Ciudadanos) y Pablo Iglesias (Podemos), mostraron su voluntad de legalizar la eutanasia. Actualmente pocos países disponen de una legislación permisiva, pero allí donde existe se verifica su creciente estandarización y ampliación, lejos de la excepcionalidad (“enfermedades muy graves” con la que el mismo Sánchez la justificaba). En Bélgica, muchos neonatólogos piden la puesta en marcha de la eutanasia activa (con inyección letal) en recién nacidos. En Holanda, se puede pedir la eutanasia por las normales dolencias debidas a la edad. En Australia piensan ya en limitar la objeción de conciencia. Y después está el Reino Unido de los pequeños Alfie, Charlie e Isaiah, recordándonos que la mentalidad de la eutanasia se está difundiendo con rapidez, con toda su carga de muerte y desesperación. Es el análisis de Ermes Dovico en *La Nuova Bussola Quotidiana*:

---

\*Publicado en *Infocat*, 5.8.2018.

Australia, Bélgica, Canadá, Holanda, Reino Unido, y la lista podría continuar. Cinco países, de una parte a la otra del mundo, que demuestran cómo la mentalidad de quienes apoyan la eutanasia se está difundiendo con rapidez, a veces también en ausencia de una ley específica, como en el caso inglés, donde bastó la adopción de un protocolo médico en varios hospitales (el denominado, “protocolo de Liverpool”, luego sustituido por directrices aún peores) para convertir en habitual la eutanasia en las últimas dos décadas: primero en enfermos terminales, después en personas con discapacidad, ancianos o recién nacidos. Incluso sin petición explícita, como nos recuerdan los casos de los pequeños Charlie Gard, Isaiah Haastrup y Alfie Evans, convertidos en noticia –entre quién sabe cuántos más– solo por la rebelión de sus padres.

Presentamos algunos datos y hechos recientes de estos cinco países, que deberían hacer reflexionar a todos aquellos que, en Italia, desde los Radicales al Tribunal Constitucional, desearían ampliar la ya eutanásica ley del testamento vital (declaración anticipada de tratamiento) para incluir en ella el suicidio asistido.

*Australia.* Aquí, el estado de Victoria ha legalizado la eutanasia en 2018, pero el debate está abierto también en otras partes del país y se manifiesta en posiciones cada vez más extremas. En Queensland, por ejemplo, el presidente del Comité por las libertades civiles, Michael Cope, dijo en una comisión parlamentaria que la voluntad de los “menores maduros” de ser sometidos a eutanasia tendría que ser respetada.

¿Cómo de maduros? Incluso niños de 12 años o poco más. “Definimos un menor maduro como el niño de más de 12 años de edad que... tiene una comprensión e inteligencia suficientes para permitirle comprender plenamente lo que se le propone”, ha afirmado Cope, añadiendo la habitual serie de matices para que no se perciba el veneno en la comida. Es interesante observar que Cope ha dicho que se inspira en los casos de Bélgica, donde tres menores han pedido la eutanasia desde 2014, y de Holanda, donde los menores asesinados por propia voluntad serían 12 desde 2002. En su opinión, además, un médico no debería verse obligado a practicar la eutanasia, pero tendría que remitir al paciente a un colega dispuesto a ofrecer el “servicio”: en resumen, la idea es limitar la objeción de conciencia.

*Bélgica.* La eutanasia se despenalizó en 2002 para los mayores de edad con una enfermedad terminal, ampliando después sus tentáculos mortales. En 2014 se extendió a los menores “capaces” de pedirla. Además, el consentimiento del paciente ya no se considera necesario por parte de muchos médicos y, a veces, por parte de los mismos enfermeros, que proceden autónomamente. Basta recordar el estudio publicado en el *New England Journal of Medicine*, donde se indicaba que el 1,7% (más de mil) de las muertes registradas en 2013 en la región de Flandes había sucedido sin petición expresa. Un porcentaje parecido, el 1,8%, se observó en el año 2007, siempre en referencia a Flandes, en otro estudio publicado en el *Canadian Medical Association Journal*, que confirma una tendencia ya arraigada.

Por el último informe público sobre la eutanasia se sabe, además, que en 2018 se declararon 2.357 casos (de los cuales, 83 correspondían a personas con simple malestar psíquico), que equivalen a un incremento del 147% respecto a los 953 casos de 2010.

Y la deriva no acaba aquí, porque muchos neonatólogos están pidiendo ahora una modificación de la ley para poder practicar la eutanasia activa en los recién nacidos; es decir, aplicándoles la inyección letal. Entre los defensores de esta modificación está Wim Distelmans, médico implicado en diversos casos extremos de “muerte dulce” y, a pesar de ello, copresidente del comité de control belga sobre la eutanasia: “Todo aquel que ponga fin activamente a la vida de un recién nacido puede ser acusado de infanticidio. Esto difiere mucho de los Países Bajos, donde hay un protocolo en vigor. Allí, cuando se cumplen todas las condiciones para poner fin a una vida, la acusación es rechazada”.

Será así, pero la cuestión es que estamos hablando de infanticidio. Distelmans está apoyado por el político Jean-Jacques De Gucht, promotor de la ampliación de la normativa de 2014, y que hoy en día dice: “Ya se hace en los hospitales, lo que pasa es que nos falta un marco legal para esto”. Es inútil decir que lo que siempre se utiliza como excusa es la falsa idea de “compasión”.

*Canadá.* Eufemísticamente llamada Medical Assistance in Dying (MAID: muerte médicamente asistida), incluye tanto la eutanasia como el suicidio asistido, y es legal en todo el país desde junio de 2016. Limitándonos a los primeros dos años completos desde la aplicación de la nueva ley, en 2017 hubo 2.704 “muertes asistidas” oficiales; en 2018, según cuanto ha referido en marzo del año pasado Jocelyn Downie, una activista pro eutanasia, hubo 4.235. Un aumento de más del 56%. Según Downie, todos los pacientes que se han beneficiado —es una manera de hablar— de la muerte médicamente asistida cumplían los requisitos previstos por la ley. Pero como indica el activista provida Alex Schadenberg, los datos la desmienten: el informe provisional para la provincia de Québec indica que el 3% de los casos, equivalente a 19 personas, no cumplían los criterios establecidos; cinco de estas personas no tenían una “enfermedad seria e incurable” y dos no estaban en situación terminal.

*Holanda.* Tras la despenalización en 2002 de la eutanasia para los mayores de edad, le siguió el Protocolo de Groning, aprobado en 2005 por la Asociación de Pediatras de Holanda, con el que se daba la posibilidad a los menores con edades comprendidas entre los 12 y los 16 años de pedir la eutanasia con el permiso de los padres. Se ha pasado de las 1.882 personas asesinadas con la muerte asistida en 2002 a las 6.585 de 2017, un incremento de casi el 250%. En el mismo año, unos 1.900 holandeses obtuvieron el suicidio asistido, mientras que otros 32.000 murieron con sedación extrema, con el resultado de que una cuarta parte de las muertes ocurridas en los Países Bajos en 2017 (casi 150.000) son el resultado de la difundida mentalidad eutanásica.

Si al principio el requisito para la eutanasia era ser un enfermo terminal, hoy se puede pedir por una variedad enorme de razones, desde la demencia a la depresión o los normales achaques debido a la edad. El código de conducta de 2018, elaborado por la comisión de control de la eutanasia, prevé de hecho que un paciente que “quiera recibir la eutanasia [...] no tiene necesariamente que estar afectado por una patología terminal. La suma de las dificultades típicas de la vejez como problemas de vista, de oído, osteoporosis, artritis, problemas de equilibrio, declive cognitivo, pueden causar sufrimientos insoportables sin perspectivas de mejoría”. Basta una sola de estas condiciones para autorizar la eutanasia y, además, en el

documento se subraya que el criterio para valorar el sufrimiento “insoportable” hay que considerarlo “totalmente subjetivo”, es decir, que depende de la percepción del paciente. A esto hay que añadir que también en la super progresista Holanda la idea de autodeterminación es una ilusión: en 2015 un estudio reveló que, en ese año, había habido 431 casos de eutanasia no solicitada.

*Reino Unido.* En el país donde se cumple un año de la muerte del pequeño Alfie, que subió al Cielo el 28 de abril de 2018 tras haber sido “eutanasiado” por el Estado, la agenda eugenésica avanza. Entre los últimos hechos que hay que señalar está la dimisión del presidente del comité ético del Royal College of Physicians (RCP, Colegio Real de Médicos), Albert Weale, que ha decidido dejar el cargo después de que la importante asociación de médicos cambiara su posición respecto a la eutanasia, que ha pasado de ser “contraria” a “neutral” tras una votación entre los miembros –la tercera desde 2006– definida en los ambientes provida como una farra dado que la mayoría votó en contra, vistas las reglas, cambiadas a propósito para aprobar la posición neutral, minoritaria; respondió solo el 25%, de los cuales el 31,6% era favorable a la eutanasia y el 43,4% contrario. Weale, en ruptura con el RCP, ha dimitido junto con otros dos miembros del comité ético y ha definido “injusto” el procedimiento del sondeo. La posición neutral del RCP es claramente útil para los defensores de la eutanasia, que podrían aumentar su presión sobre los parlamentarios ingleses, para así llegar a una ley, por ellos deseada, y que empeoraría ulteriormente la situación.

En resumen, podemos decir esto: el tristemente plano inclinado que ve a una sociedad precipitándose en el abismo de la normalización de actos malvados, extendiéndolos progresivamente también al uso de un lenguaje engañoso (“muerte dulce”, “muerte compasiva”, “mejor interés del paciente”, “autodeterminación”, etc.), funciona por doquier, y solo una marcha atrás cultural (lo que puede suceder solo si volvemos a Dios), puede detener y cambiar sus efectos\*.

## 8. DERECHO A VIVIR: “LA LLAMADA ‘LEY DE MUERTE DIGNA’ ABRE PASO A LA EUTANASIA EN ESPAÑA”

“Esta ley (‘de muerte digna’) es un paso en el camino al derecho a matar, de provocar la muerte a otro, es decir, al homicidio, al homicidio asistido por el hecho de estar enfermo”, asegura desde Derecho a Vivir su portavoz Gádor Joya.

El Congreso –con los votos a favor de PP, PSOE, Ciudadanos, Podemos y parte del Grupo Mixto– aprobó este jueves la llamada “ley de muerte digna”, que abre paso a la eutanasia en España, denuncia la plataforma Derecho a Vivir.

“Hablando de ‘muerte digna’ en vez de de ‘cuidados paliativos’ se está intentando *dirigir al ciudadano hacia el debate de la eutanasia*”, explica la portavoz de Derecho a Vivir, doctora Gádor Joya, plataforma que aplaude que en España se legislen y se doten económicamente los cuidados paliativos, es decir, la mejora de la atención al final de la vida.

---

\*Publicado en *CredoChile*, 6.5.2019.

*La consideración de la sedación como un “derecho” al margen de la buena práctica médica y la inclusión de la objeción de conciencia en la norma promovida por Ciudadanos demuestran –según la plataforma– que el “texto aprobado incluye prácticas eutanásicas con las que muchos profesionales no están de acuerdo”.*

Pero, una vez aprobada la ley de “muerte digna”, “es el momento de debatir y trabajar” la de eutanasia, según han anunciado fuentes de C’s. “*Esta ley ha flirtado por su concurrencia con la del PSOE que pretende despenalizar la eutanasia*”, detalla la portavoz.

“*Esta ley es un paso en el camino al derecho a matar, abre paso a la despenalización de acciones contra la vida humana y a provocar deliberadamente la muerte del paciente en manos del médico a petición de un familiar*”, sostiene Joya.

Derecho a Vivir pide que no se legisle por casos extremos y por cuestiones de autonomía personal con leyes que enfrentan el deseo de la persona con el ineludible deber del Estado a la protección de la vida.

“No dejemos la vida humana a merced del número de votos en el Congreso. *El derecho a la vida no se puede votar en un Parlamento. No se escuden, señores diputados, en que hay consenso social*”, asevera la portavoz de Derecho a Vivir.

“*La vida humana desde la concepción hasta la muerte no puede calificarse de indigna en determinadas circunstancias. El ser humano posee una dignidad intrínseca por sí mismo cuando nace, mientras vive y cuando está enfermo y/o muriendo. El político, las leyes y el Estado deben tutelar la vida, esto no puede relegarse a la moral. Este derecho fundamental a la vida no puede ser conculcado, especialmente ante la vulnerabilidad de la enfermedad*”, afirma la doctora Joya.

En este sentido, hace hincapié en que *no se puede confundir el deseo individual de morir bien con la supresión intencionada, por eutanasia, de la vida*. “*Sigamos en la línea de dotar a los cuidados paliativos económicamente para evitar el homicidio de los enfermos en España. La eutanasia legalizada es una derrota social, política y médica ante el enfermo*”, recalca.

Además, constata Derecho a Vivir, *la eutanasia es anticonstitucional* porque el derecho a morir no está regulado en la Carta Magna. “*La autonomía personal no es una cuestión individual, la libertad no es para uno mismo sino para uno con los demás*”, explica la doctora Joya.

En concreto, la práctica de la eutanasia en Países Bajos ha demostrado, según Derecho a Vivir, que se producen miles de muertes anuales por eutanasia sin consentimiento. “*Se habla de control absoluto del acto eutanásico ante su despenalización pero la evidencia es muy distinta, pues el médico, si se despenaliza la eutanasia, tendrá impunidad para matar sin que nadie se entere*”, concluye la portavoz de Derecho a Vivir.\*

## 9. VIDA, CONDICIÓN *SINE QUA NON* DEL ESTADO DE DERECHO

La concreción de este proyecto implicaría un régimen controlado por políticos altamente ideologizados que quieren imponer agendas contrarias a la dignidad de

---

\*Publicado en *Actual*, 21.12.2018.

las personas. El aborto no corresponde a una actividad civilizada, es literalmente una barbaridad.

La razón de ser del Estado y del Derecho es la persona, por lo tanto, solo se le puede llamar cabalmente Estado de Derecho a aquel que respeta, en primerísimo lugar, la vida de quienes integran ese Estado, en consecuencia pierde sentido el Estado y el Derecho cuando esto no se cumple, el respeto al derecho a la vida es condición *sine qua non* del Estado de Derecho. Legitimar la eliminación directa de un ser humano inocente va en contra del primer fundamento y deber del Estado y del Derecho.

Es patente también que eliminar la condición de persona, sujeto de derechos, de un miembro a cabalidad de la especie humana, como es el ser humano que está en gestación, es una pérdida flagrante de fundamento del Estado de Derecho.

Cuando hablamos de temas como esclavitud, racismo, eugenesia y aborto, hablamos de retirar condición de persona a los seres humanos y eso atenta contra la existencia misma del Estado y del Derecho.

Actualmente se cierne sobre este país una amenaza al fundamento mismo del Estado y del Derecho, a partir del intento de imponer una agenda que le retira precisamente la condición de persona a los seres humanos, y cuando un grupo en el poder pretende que el Estado sirva para eliminar la condición de persona de seres humanos, cuidado, porque si se atreven a eso, se atreverán a cualquier cosa.

Desde el Frente Nacional por la Familia vemos con mucha preocupación la narrativa que pretende hacer ver que el aborto, la eutanasia, el vaciamiento de la institución matrimonial y la legalización del uso lúdico de las drogas sean un bien para las personas y las familias de México.

Dicha narrativa no se dio durante la campaña presidencial, no fue parte ni del discurso ni de la propuesta del candidato presidencial ganador, tampoco es parte de los 12 puntos de la 4ta Transformación del nuevo gobierno.

Esta narrativa arribó después de la elección entre algunos actores radicales tanto del grupo en el poder como en algunas expresiones de la oposición que pretenden imponer un proyecto antinatalista, generista y populista, como está plasmado ya en la Constitución de la Ciudad de México.

Es importante mencionar que no todos los miembros del grupo mayoritario coinciden en dicho proyecto, cabe aclarar que muchísimas personas que votaron por esa opción política no lo hicieron por esa agenda, que algunos han llamado de una manera paradójica “democratización de la familia”.

Cuando se le pregunta a la promovente de esta narrativa ¿qué significa? Esta responde, de una manera algo enigmática, que significa cambiar la visión respecto a los hijos para lograr su “emancipación”, dejar de verlos como objetos de derechos para ahora hacerlos sujetos de los “nuevos derechos sexuales y reproductivos”, conectándose así a la narrativa de instancias y negocios transnacionales, ya que al hablar de “nuevos derechos sexuales” se está hablando de ideología de género, y al hablar de “nuevos derechos reproductivos” se refieren a la industria del aborto.

Cuando hablan de “emancipar” se refieren a desplazar, hacer a un lado, a los padres de familia para que sean los gobiernos los que entren a darles esos “nuevos derechos” a los niños.

La concreción de este proyecto implicaría un régimen controlado por políticos altamente ideologizados que quieren imponer agendas contrarias a la dignidad y

el bienestar de las personas, las familias y las comunidades, subordinando al país a los intereses y lucro de grupos transnacionales.

Enfocándonos más en el caso del aborto, esta actividad que implica lucrar eliminando personas, podemos ver que México es un país que sufre por el crimen organizado ilegal, lo que implica, en cifras oficiales (las cuales podrían quedarse cortas), prácticamente el mismo número de víctimas que genera el aborto legal solo en la Ciudad de México. Esto hace que los funcionarios involucrados en el crimen legal del aborto se equiparen en lo esencial con los sicarios que lucran con eliminar personas, terminando ambos en el negocio de eliminar mexicanos.

El aborto no corresponde a una actividad civilizada, es literalmente una barbaridad que va en contra de los principales documentos pilares del derecho internacional que hacen referencia a los derechos fundamentales de la persona. Mencionemos algunos ejemplos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4, dice a la letra: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

También cuando vemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se dice que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Es un derecho inherente, no puede estar sujeto al capricho voluble de un político, porque en un momento puede considerar que por estar pequeño se le puede despojar del derecho a la vida, después puede considerar hacerle lo mismo por estar muy grande de edad o cualquier otro pretexto. La arbitrariedad hace que ya no haya estado de derecho, hace que ya no haya certidumbre jurídica para nadie.

La Convención sobre los Derechos del Niño nos dice: “Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Y ojo, para que no se confundan muchos y digan que el niño es a partir de cuando se nace, leamos el texto completo que nos dice en el preámbulo de la misma Convención que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Por tanto la Convención y el Pacto, entienden que el derecho a la vida es desde la concepción, tanto antes del nacimiento como después del nacimiento.

Las recientes iniciativas presentadas respecto al aborto coinciden en lo esencial. En particular la iniciativa de la Diputada Lorena Villavicencio pretende hacer legal la eliminación de cualquier ser humano antes de las 12 semanas de gestación, sin tener que dar razón alguna, es la sin razón del aniquilamiento, lo cual haría de una eventual ley así una franca promoción de la cultura de la muerte al servicio de intereses y lucro de instancias extranjeras, convirtiendo el lugar que debería ser el más seguro para una persona, que es el vientre de su madre, en un pabellón de la muerte.

La gran pregunta es si el presidente, que en campaña prometió una amnistía a criminales, podrá extender esa amnistía a inocentes condenados injustamente a muerte, los no nacidos.

Muchos hablan de la inclusión y muchos aducen de la no discriminación, pues para hablar con la verdad, la máxima discriminación es que te despojen arbitrariamente del derecho a vivir y te quiten violentamente la existencia. La máxima exclusión es que no te consideren persona, ya que no es que te quiten alguna libertad sino que te quitan la fuente de toda libertad que es la existencia misma. Por eso los invito a que juntos, representantes y representados, demos la batalla por la vida y que juntos defendamos el derecho fundamental sin el cual no se puede ni discutir ni disfrutar ningún otro derecho. Demos la batalla por la vida juntos.

RODRIGO IVÁN CORTÉS\*

## 10. CARTA ABIERTA AL MÉDICO QUE LOGRÓ LA DESCONEXIÓN DE CHARLIE GARD, UN BEBÉ DE OCHO MESES

Charlie Gard será desconectado de su soporte vital por orden de un juez contra el criterio de sus padres.

Aunque Charlie Gard nació hace apenas ocho meses, su vida no pudo pasar de ahí debido a dos motivos: el primero es que padece Síndrome de Agotamiento Mitocondrial, una enfermedad genética de bajísima prevalencia que comparte con otros 15 niños en todo el mundo.

El segundo es la Justicia británica, que consideró que los esfuerzos de sus padres por sacar adelante a su hijo a pesar de la enfermedad no merece la pena y accedió a la petición de los médicos del hospital pediátrico Great Ormond Street para desconectar el soporte vital de Charlie.

Una decisión que indignó a miles de médicos y millones de personas en todo el mundo a pesar de que el juez tomó esta decisión “con el mayor de los pesares” –y “la mayor de las convicciones”–.

Pero entre los indignados hay un médico que ha escrito una carta abierta a su colega, ese que pidió al juez la desconexión del bebé de ocho meses. Por su interés, reproducimos esa carta:

“Estimado colega,

¿Te acuerdas de aquello que se promete cuando se es médico, de servir a la vida y no pretender ser los que definimos sus tiempos? ¿Estás enterado de la razón de ser de los cuidados paliativos, que buscan el bienestar de los enfermos sin alargar pero tampoco sin acortar la vida?, es decir, no puedes justificar tu acto de eutanasia argumentando que es una medida de cuidado paliativo; porque son dos cosas totalmente distintas.

¿Por qué involucrar a la justicia en un asunto que se resuelve con una adecuada relación médico y enfermo y en este caso también con su familia?

---

\*Discurso pronunciado por el presidente del Frente Nacional por la Familia en defensa del derecho a la vida en el Salón Legisladores de la Cámara de Diputados de México. Publicado en *Actual*, 24.12.2018.

¿Será que la opinión de esos padres no te importó y querías llevar a cabo lo que a ti te pareció? ¿Sabías antes de tomar esa decisión el grave daño que le hacías a esos padres y esa familia?

Ciertamente que la muerte es inevitable y muchas veces presenciamos el sufrimiento de una familia por la pérdida de un ser querido, pero, en este caso, ¿no es más traumático y doloroso sumarle este daño al que de por sí ya sufrían estos padres?

Hablas que el niño sufría “innecesariamente” ¿Qué te hace pensar que el dolor y el sufrimiento no tiene también aspectos importantes en la vida del hombre? ¿Eres de los que crees que el hombre puede vivir evitando el sufrimiento perpetuamente? Te recuerdo que lo más propio del hombre es su realidad de limitación y que durante su vida está expuesto a sufrimientos que muchas veces lo hacen crecer y ser mejor.

No me corresponde a mí juzgar tus acciones, creencias, opiniones acerca de cómo ejerces la medicina, pero una cosa es cómo tú hayas decidido vivir tu profesión y la otra es que hay límites, especialmente cuando se atropella la autonomía, la opinión de tu paciente, y en el caso de este niño, la de sus padres.

Finalmente, querido colega, te quiero recomendar que pienses en estas palabras que el Papa Francisco le dirigió a un grupo de médicos: “El pensamiento dominante propone a veces una ‘falsa compasión’: la que se presenta como una ayuda a la mujer el favorecer el aborto; como acto de dignidad procurar la eutanasia; como una conquista científica ‘producir’ un hijo considerado como un derecho y no como un don; o usar vidas humanas como conejillos de Indias para salvar presumiblemente a otras”. “La misión de los médicos los pone cada día en contacto con tantas formas de sufrimiento: los aliento a hacerse cargo de ellos como ‘buenos samaritanos’”.

“La compasión evangélica, sin embargo, es la que acompaña en el momento de la necesidad, es decir, la del Buen Samaritano, que ‘ve’, ‘se compadece’, se acerca y ofrece ayuda concreta (Lc 10,33). La misión de los médicos los pone cada día en contacto con tantas formas de sufrimiento: los aliento a hacerse cargo de ellos como ‘buenos samaritanos’, cuidando de forma especial a los ancianos, a los enfermos y a los discapacitados. La fidelidad al Evangelio de la vida y al respeto de la misma como don de Dios requiere a veces opciones valientes y contracorriente que, en particulares circunstancias, pueden llegar a la objeción de conciencia”.

Dios te bendiga y te ilumine con el don de la Sabiduría, para que en adelante, sepas tomar decisiones que busquen el mayor bien, aunque sea más difícil, aunque te cueste un mayor compromiso”\*.

---

\*La muerte del bebé de ocho meses Charlie Gard por orden de la justicia supuso la indignación de muchos médicos, entre ellos uno que ha escrito una carta para recordar a su colega cuál es su misión como médicos. Publicado en *Actual*, 27.4.2017.

(NR) *Ius Publicum* ha publicado en el volumen 41/2018 un acucioso estudio sobre el caso del bebé Alphonse Evans, asesinado por las autoridades judiciales y sanitarias de Inglaterra.



# JURISPRUDENCIA



## EL DERECHO, ENTRE LA EMOCIÓN Y LA RAZÓN\*

Señoras y señores:

Me siento muy honrado presidiendo y dando inicio a este encuentro, en el que me acompaña el Excmo. Sr. Don Juan José González Rivas, presidente del Tribunal Constitucional de España. Tenemos ya una robusta relación entre ambas Magistraturas y estamos ciertos de que esta visita contribuirá mucho a fortalecerla.

En reconocimiento y aprecio a nuestros ilustres invitados, quiero compartir con ustedes algunas reflexiones sobre los desafíos que enfrenta por estos días, no solo la justicia constitucional sino –digámoslo francamente– la administración de justicia a secas.

¿Son nuevos estos desafíos? ¿Los generó acaso la tecnología, la globalización, el siglo XXI?

Tendríamos –creo– que ser honestos y decir que no. Los viejos desafíos de la administración de justicia siguen siendo los mismos. Me refiero a esos desafíos que conectan la justicia con la independencia de los jueces, con la autonomía de los tribunales, con el deber de imparcialidad que la judicatura impone, con la buena fe para interpretar la ley suprema, con la lealtad a las lógicas de la razón que hemos de observar los magistrados para fallar y resolver los asuntos sometidos a nuestro conocimiento.

Nada de esto es especialmente nuevo. Lo que es nuevo son las crecientes interferencias que el mundo de la justicia enfrenta a raíz de las transformaciones sociales del último medio siglo y de los cambios culturales asociados al desarrollo de las nuevas tecnologías. Esas interferencias se expresan de muy distintas maneras. Por de pronto, es obvio que la administración de justicia constitucional se vuelve más delicada en el contexto de sociedades sometidas a cambios muy acelerados.

También la función jurisdiccional se torna más crítica en contextos políticamente polarizados. Este es un fenómeno relativamente nuevo y no deja de ser contraintuitivo, en la medida en que se ha presentado en distintas sociedades de Occidente varios años después del término de la llamada Guerra Fría. Ya sabemos que el final de la Guerra Fría no supuso el final de la historia. Lo que no sabíamos era que iba a dar inicio a otras guerras, muchas, a veces muy fugaces, a veces muy prolongadas, a menudo dictadas por el resentimiento y descalificación. Lo concreto es que estamos viendo en distintos países altos grados de polarización, que todavía no sabemos mucho cómo manejar con sensatez y con arreglo a consensos que parecieran ser cada vez más difíciles de lograr.

---

\*Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor don Iván Aróstica Maldonado, con ocasión de la inauguración del Encuentro con jueces del Tribunal Constitucional de España, efectuado en mayo 2019 en la sede del Tribunal en Santiago de Chile.

La polarización política en sí no es un problema de la justicia, pero una sociedad polarizada plantea desde luego a la judicatura constitucional presiones de instrumentalización y captura, ante las cuales sería muy miope de nuestra parte esconder la cabeza o cerrar los ojos. Esas presiones existen; puede que incluso sean atendibles y bienintencionadas en algunos casos, y lo importante es tener el coraje de enfrentarlas, porque obviamente la Justicia –la justicia común y la justicia constitucional– no puede dejarse arrastrar por estas dinámicas de conflicto. Es más, la justicia, el Estado de derecho –y el tinglado de normas e instituciones que lo constituyen, lo proyectan y le dan expresión concreta– debieran ser un dique de contención contra la radicalización de las posiciones.

Otra fuente de interferencia sobre el mundo de la justicia se relaciona con las redes sociales. El escrutinio público sobre las decisiones de los jueces no solo es atendible sino también muy necesario. Repito: muy necesario; fundamental. La discusión siempre será valiosa a nivel de los expertos, de los académicos, de la gente ilustrada y a nivel asimismo básico, al que accede la ciudadanía toda. Bienvenidos sean el pensamiento crítico y el libre debate público. Es más, probablemente a los tribunales de justicia y a los magistrados nos falta todavía mucho para adaptarnos a los crecientes estándares de discusión y transparencia que exige el cuerpo social. Ya no solamente se nos está pidiendo saber con claridad qué decisiones tomamos y qué resolvemos en nuestras sentencias, sino también la ciudadanía espera de nosotros completa información acerca de cómo llegamos a esas conclusiones y qué elementos de juicio tuvimos en cuenta para decidir como decidimos.

La transparencia, sin embargo, no tiene nada que ver con el tipo de descalificaciones que a veces se toma las redes sociales y algunos medios de comunicación para condenar, a menudo desde el prejuicio, en ocasiones desde una vehemencia feroz y patibularia, no pocas veces desde la ignorancia y con frecuencia desde el oportunismo político, el trabajo de los tribunales. Este fenómeno ya está instalado y será parte del paisaje en el cual habremos de desenvolvernos. El problema es que nosotros solo debemos aplicar la Constitución, así sea que esto se traduzca en protestas o rechazos por parte de organizaciones o grupos de interés. Los jueces somos los custodios de las normas generales y objetivas de la ley suprema y nuestra responsabilidad es interpretarlas rectamente. En esta función, como lo sabe la cátedra, como lo prescriben las mentes más preclaras de la filosofía jurídica y política, los magistrados incluso hemos de autorestringirnos. No estamos en nuestros cargos ni fuimos designados en función de nuestras personales adhesiones partidistas, morales o religiosas. Lo que nos hizo entrar al mundo de la justicia fue la lealtad al derecho, nuestro respeto profesional e incluso científico por las normas, nuestra experiencia docente al estudiar y al aplicar la ley como abogados. La verdadera independencia de la judicatura comporta por definición tener muchas veces que posponer o renunciar a sesgos, adhesiones y preferencias personales en tributo a la racionalidad estricta de la ley. Nuestra función no es negociar o equilibrar creencias. Nuestro trabajo consiste en aplicar la Carta Fundamental, sin más. Por lo mismo, soy de los que piensa que nunca serán del todo suficientes los esfuerzos que podamos realizar, para explicar a la opinión pública el ámbito –preciso y estricto, reglado y acotado– en el que desarrollamos nuestro trabajo. Es una tarea que, al margen de toda pretensión corporativa o gremial, no debiéramos descuidar.

Ahora bien, todo esto se inscribe en un todo mayor, en un debate más amplio. Porque la verdad es que vivimos tiempos altamente emocionales, por decir lo menos. Permítanme citar al académico español Jesús G. Maestro, en su trabajo *Crítica de la razón literaria*, de 2017:

“En nuestro tiempo –dice él–, los mitos, los irracionalismos y las creencias han cobrado nueva fuerza. No solo dominan la cultura contemporánea, sino también la política, la moral e incluso los límites de la ciencia. Desde la política se pide respeto hacia creencias irracionales, y desde la moral se exige el desarrollo de consignas científicamente inaceptables. El silencio del racionalismo, sea en nombre del falso respeto, de la tolerancia irresponsable, o de la mítica isovalencia de las culturas, no es nunca un silencio inofensivo. La razón es el más importante protector de la vida y de los derechos humanos. Y lo es por encima de todo tipo de creencias y credos, que solo podrán ser respetables en la medida en que sean respetuosos con el ser humano. Cuando se apagan las luces de la razón, las fuerzas del irracionalismo no conocen límites, y siempre dan lugar a los capítulos más amargos de la historia de la humanidad. Y no será el diálogo entre culturas lo que por sí solo pueda contrarrestar la sinrazón. Entre otras cosas, porque no se puede dialogar con quien no sabe razonar. Lástima –dice él refiriéndose al distinguido filósofo alemán– que Habermas, al situar la razón en el diálogo, no se haya dado cuenta de esta minúscula y esencial evidencia”.

La prevención del académico no es retórica ni muchos menos anecdótica. Y no lo es porque, empujada por los vientos de la emoción, y en contextos culturales de mucha crispación, no pocas veces en la historia de aquí han salido discursos maniqueos que son los que finalmente abonan leyes liberticidas.

Son muchos los que consideran que estas son las tardías facturas del Romanticismo que la Modernidad continúa pagando. Hace más de medio siglo, cuando empezó a confrontar sus lecturas de Diderot, Helvetius y Voltaire con la filosofía alemana de pensadores románticos como Schelling, Herder y Fichte, esa mente poderosa y esclarecida que fue Isaiah Berlin, figura señera del pensamiento liberal del siglo XX, llegó a afirmar que “la importancia del romanticismo se debe a que constituye el mayor movimiento reciente destinado a transformar la vida y el pensamiento del mundo occidental. Lo considero el cambio puntual de más envergadura ocurrido en la conciencia de Occidente en el curso de los siglos XIX y XX, y pienso que todos los otros que tuvieron lugar durante ese periodo parecen, en comparación, menos importantes y están de todas maneras, profundamente influenciados por éste”.

Con el Romanticismo volcado al campo político y cultural, debutan en la conciencia europea el rechazo a la concepción de que hay un orden natural de las cosas, con su noción de estructura estable; aventando –en cambio– la materialización de un ideal y el poder remodelar el mundo a voluntad, la sacralización de las minorías y de los marginales, la fuerza y la vitalidad del espíritu, el afán por elevarse por encima de la naturaleza a objeto de poder moldearla libérrimamente; hasta llegar a alentar el poder para crear valores e incluso un hombre nuevo, al libre discurrir de la imaginación.

“Esas son –concluye Berlin– las bases fundamentales del romanticismo: la voluntad, el hecho de que no hay una estructura de las cosas, de que podemos darle forma a las cosas según nuestra voluntad –es decir, que solamente comienzan

a existir a partir de nuestra actividad creadora– y finalmente, la oposición a toda concepción que intente representar la realidad con alguna forma susceptible de ser analizada, registrada, comprendida, comunicada a otros, y tratada, en algún otro respecto, científicamente”.

Se entiende, entonces, por qué actualmente desde la esfera política sea mucho más importante conmovir que persuadir, apelando a las emociones en lugar de las reflexiones, amén de apuntar no a las mentes sino que a los corazones. La falacia *ad hominem* y el argumento *ad misericordiam* han venido a reemplazar la racionalidad con que antaño se justificaba la majestad de la ley. Secuela de lo cual es que no pocas veces la propia ley está contaminada de los idearios más irracionales, de aquellos instintos ideológicos menos procesados y de las percepciones personales más distanciadas del sentido común.

La pregunta pertinente por supuesto es si tiene o no esto algo que ver con la constitucionalidad de la ley.

Recordemos que para Aristóteles la ley era precisamente lo opuesto a eso. Aristóteles, que es el padre fundador por decirlo así del pensamiento analítico y realista en Occidente, define la ley como la razón sin apetito. Reflexiona también él sobre la conveniencia de que los legisladores sean gente sabia, gobernantes competentes y no corruptos, para que podamos fiarnos de ellos. Pero sabiendo que incluso los mejores hombres, en cuanto hombres y no dioses, no están a salvo de pasiones y a la propensión de caer en abusos o discriminaciones, recomienda en todo caso que las leyes sean objetivas y que queden fijadas y escritas para mayor seguridad.

Hay todavía otra dimensión relevante en la noción de la ley, como expresión de la “razón”. Puesto que la ley en sus orígenes estuvo llamada a gobernar a hombres libres, es decir, a hombres sin dueño, como sí los tenían en ese momento los esclavos, la ley –y así lo entendió el pensamiento clásico– no podía disponer “arbitrariamente” de los ciudadanos. Los tenía que gobernar, sí, pero sin someterlos, sin anularlos, menos todavía degradándolos.

Rastrear la conexión existente entre la ley y la razón a lo largo de la historia es una de las experiencias intelectuales más importantes para el hombre de derecho, porque en definitiva esa conexión es la que lleva a configurar y jerarquizar al derecho como ciencia. Como ciencia autónoma y en principio universal, que responde a principios, a lógicas, a valores, a fines y a medios que se proyectan mucho más allá de una legislación o un país determinado.

Antiguos textos castellanos medievales se refieren a la ley como un ordenamiento de la razón, y la caracterizan así en el contexto de un orden trascendente, que en definitiva remite al Logos griego y a la razón eterna de Dios.

Es cierto que Andrés Bello, al definir la ley en nuestro Código Civil como manifestación de la voluntad soberana de la nación que manda, prohíbe o permite, se saltó esta dimensión racionalista. Lo que prima en su definición es el factor volitivo, el motor de la voluntad, recogiendo, según algunos autores, enfoques de la escuela española de derecho natural del siglo XVI y de autores racionalistas del siglo XVIII.

Como quiera que sea, y teniendo en cuenta que según lo aseguran muchos estudiosos que Bello en realidad nunca quiso incorporar una definición de la ley en el Código, acaso refleje mejor el pensamiento de gran jurista lo que señala en

los Principios de Derecho Internacional, cuando escribe que “Toda ley supone una autoridad de que emana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca sólo pueden serles dictadas por la razón, que a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el universo. El Ser Supremo –agrega él, con la belleza de esa prosa que lo distinguía–, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad, y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón –concluye Bello– no hace más que interpretarlas”.

Es esta dimensión trascendente en la que Andrés Bello sitúa su reflexión, lo que hace subsistente sus palabras, de profundo compromiso entre el derecho y el mundo de la razón, que es en definitiva el que nos permite entender, explicar e iluminar la realidad por la vía de la observación, la duda, el conocimiento, la crítica y la experimentación.

Habida cuenta de la conexión existente entre justicia y ley, entre ley y razón y entre derecho y razón, quiero creer que tanto el legislador como los tribunales debieran ser los actores más interesados en preservarla y resguardarla. En esa conexión radica la mejor garantía de la justicia y equidad del sistema político. Ahí también habita la serenidad para entender las emociones colectivas, pero sin dejarse aplastar por ellas, y la empatía necesaria para comprender la furia y el resentimiento de sectores o grupos que se sientan o se hayan sentido injustamente postergados o heridos. La sociedad sin duda que tiene el deber de contener esos sentimientos y de curar esas heridas. Sin duda que la receptividad y la compasión tienen que tener un espacio en el mundo de la justicia. Pero nada de esto puede significar darle la espalda a la razón o abdicar al cumplimiento de la ley suprema.

En períodos en que la politización del espacio público y de las instituciones mueve a muchos grupos a entender el derecho como otro medio más para la captura del poder, es verdad que las constituciones quedan expuestas muchas veces a las maniobras instrumentales del mundo político. Eso es un hecho, lo hemos visto recurrentemente a lo largo de la historia. Podemos lamentarla, pero es una realidad que está ahí. Más que llamar a escándalo, lo importante es insistir en que el Estado de derecho entrega los medios idóneos para neutralizar esas maniobras y corregir las distorsiones que pudieran generarse. Y esta, entre otras, es la gran responsabilidad que les asiste a las cortes constitucionales.

El compromiso que tenemos las cortes constitucionales es tanto con el Estado democrático como con el Estado de derecho, y es sano plantearlo en estos términos desde que la Modernidad ha visto crecer una brecha creciente entre ambos conceptos. Hubo una época en que Estado democrático y Estado de derecho eran prácticamente sinónimos. Hoy por desgracia ya no es así, ya que la imaginación totalitaria ha discurrido tramposos y torcidos esquemas, para revestir lo que son asaltos o atentados al Estado de derecho bajo el ropaje de las formalidades democráticas. Por lo mismo, numerosos juristas están planteando prevenciones muy serias a este respecto. El distinguido filósofo español Gustavo Bueno señala que “el concepto de Estado democrático no implica necesariamente, por sí mismo, la condición de un Estado de Derecho. El consenso democrático puede estar

restringido a determinadas regiones de la vida política, e incluso el consenso democrático capitativo puede plebiscitariamente, o por otros procedimientos, votar un dictador facultado con poderes de actuación al margen de las normas jurídicas preestablecidas”.

No basta entonces con constatar que el procedimiento democrático haya sido respetado para dar por aprobada la ley. Tan importante como la observancia de las formas del sistema democrático es la observancia o la lealtad a los principios y valores de fondo de la Carta Fundamental. Y a este respecto no caben las medias tintas. Creemos o no creemos en los derechos individuales. Creemos o no creemos que la democracia es el gobierno de las mayorías con debido respeto a las minorías. Creemos o no creemos que los derechos de las personas son anteriores al Estado. Creemos o no creemos en el derecho de propiedad y en las libertades públicas. Creemos o no creemos en la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad. Son valores insolubles, irreductibles e inderogables. No pueden relajarse. No pueden parcializarse. No pueden condicionarse. No pueden estar confiados a las emociones o a las conveniencias del momento.

Señoras y señores:

Quiero concluir estas reflexiones con un voto de confianza en la razón, en la ley y en la majestad del derecho como ciencia. Quiero señalar que el Estado de derecho es una trama que, desde la buena fe, prescribe en primer lugar los límites del poder del Estado frente a los individuos y los límites de cada autoridad, de cada institución, de cada magistratura tanto en su relación con los ciudadanos como con el resto de las reparticiones del aparato público. Es una tarea densa, compleja y delicada, que los jueces estamos llamados a cuidar quizás antes que nadie. Es fácil, por la vía de las buenas intenciones, de la responsabilidad social, de la sintonía con los climas anímicos de la opinión pública, construir interpretaciones laxas allí donde el constituyente las quiso más sobrias o acotadas. Es fácil apelar a principios generales para dar alcances imprevistos a recursos e instituciones que tienen naturaleza extraordinaria o especial. Pero, con estas lógicas, así es como va cediendo el rigor del Estado de derecho; con efectos que finalmente se traducen en incertidumbres y daños sobre la totalidad del cuerpo social.

El resguardo del Estado de derecho, desde luego, no es únicamente responsabilidad de todos los jueces del país ni tampoco es exclusiva del Tribunal Constitucional. El Estado de derecho es una construcción que convoca a todos los poderes públicos por igual y que, por lo mismo, requiere de un amplio respaldo de la comunidad, particularmente de quienes sean capaces de unir, al liderazgo que ejercen, la mirada de largo plazo, el deseo de servir a la patria y una buena dosis de coraje.

Muchas gracias.

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

# CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (PLENO).

## Buscarini con San Marino, App. 24645/94. Juramento, libertad de conciencia y jurisprudencia comparada

### I. HECHOS

En San Marino<sup>1</sup>, la Ley de Elecciones (Nº 36/1958) requería un juramento para poder desempeñar las funciones de parlamentario. Un Decreto de 1909 complementaba esa ley estableciendo la fórmula del juramento, que es la siguiente: “Yo, XXX, juro por los Santos Evangelios...”.

En 1993, tres candidatos electos al Parlamento solicitaron prestar el juramento requerido por la Ley de Elecciones sin mencionar ningún texto religioso. Inicialmente hicieron el juramento por escrito, omitiendo la referencia a los Evangelios. Su juramento, en esos términos, se consideró nulo por el Parlamento, y los candidatos electos prestaron juramento a los Evangelios, manteniendo su objeción, después de que el Parlamento ordenó a los reclamantes que volvieran a tomar el juramento en su forma tradicional, bajo la amenaza de perder sus escaños. Sin embargo, posteriormente sostuvieron que su libertad religiosa había sido violada desde que se les instó jurar sobre los Evangelios, contra su conciencia, bajo la amenaza de perder sus asientos. Los parlamentarios llevaron su caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH) argumentando que el Artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>2</sup>, sobre libertad religiosa y de conciencia, fue violado. Según los demandantes, el juramento obligatorio, en los términos tradicionales, era un “acto de coerción premeditadamente dirigida en contra

---

<sup>1</sup>San Marino es un micro-Estado rodeado por territorio italiano. Es una república parlamentaria y su Parlamento, denominado *Consiglio Grande e Generale*, es elegido por votación popular. Este Parlamento escoge a dos de sus miembros como capitanes regentes que son el poder ejecutivo. El poder judicial es elegido por el Parlamento. Su Constitución (*Leges Statutae Republicae Sancti Marini*) es un conjunto de textos que datan del siglo XVI. San Marino cuenta además con una Declaración de los Derechos del Ciudadano (Ley Nº 59/1974), modificadas por última vez en 2002 (Ley Nº 26/2002) con la creación de una especie de tribunal constitucional (*Collegio garante della costituzionalità delle norme*). San Marino firmó la CEDH el 16 de noviembre de 1988 y la ratificó el 22 de marzo de 1989.

<sup>2</sup>Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. // 2. 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 o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Un caso importante fallado por el TEDH relacionado con el juramento es *Alexandridis con Grecia* (2008), App. 19516/06, el caso se relaciona con un abogado que impugna la obligación de jurar, ya que revelaría sus convicciones religiosas.

de su libertad de conciencia". En opinión de los reclamantes, la redacción del juramento debe modificarse, o incluirse una fórmula no religiosa, para ajustarse al Artículo 9 de la CEDH.

El gobierno de San Marino argumentó que el reclamo de los parlamentarios era un abuso del proceso, la reclamación era extemporánea y que no se habían agotado los recursos internos. Además, el gobierno argumentó que los valores tradicionales, representados por el juramento, eran esenciales para mantener el orden público. La historia, cultura y las tradiciones de San Marino estaban relacionadas con el cristianismo. La importancia del juramento era, de acuerdo con el gobierno, necesaria para la cohesión social y para mantener la confianza de los ciudadanos en sus instituciones tradicionales. La Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que la solicitud era admisible y, en su opinión, hubo una violación del Artículo 9 del CEDH por parte del Estado de San Marino.

## II. FALLO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

El TEDH decidió por unanimidad que había una violación del Artículo 9 de la Convención, por lo tanto, la libertad de conciencia de los parlamentarios había sido infringida. Requerir a los reclamantes que juraran sobre los Evangelios era equivalente a exigir jurar adhesión a una fe en particular. El TEDH destacó que el Parlamento representa diversas opiniones de la sociedad. Entonces, era una contradicción someter a los parlamentarios, que representan a una minoría, a una declaración previa de compromiso con un conjunto específico de creencias compartidas por la mayoría. La restricción a la libertad de conciencia, en este caso, no era "necesaria en una sociedad democrática", según los términos de la Convención.

## III. COMENTARIO

Un juramento es una promesa, recurriendo a algo que se considera *sagrado* como un indicio de veracidad, pronunciada en voz alta o por escrito, con una redacción predictada. En muchos casos. La referencia a la divinidad es una especie de garantía de la integridad y honestidad del juramentado, que coloca a la divinidad como garantía de veracidad y seriedad<sup>3</sup>. En consecuencia, la exigencia de jurar denota un mayor cuidado de lo habitual en el cumplimiento del deber de quien asume un cargo o presta un testimonio. El juramento es un acto jurídico, y un requisito esencial de la investidura legal o la validez de un testimonio. Entonces, el juramento no es solo parte de una ceremonia o ritual, sino un elemento fundamental para la validez de un nombramiento o de un medio de prueba. Con frecuencia

---

<sup>3</sup>El ordenamiento chileno considera el acto de jurar como algo delicado como se deduce del Artículo 19 N° 7 (f) de la Carta Fundamental. Si se examina la tipificación de los delitos de falso testimonio y perjurio; el primero solo se tipifica si se miente en causa ajena; el segundo cuando se miente bajo juramento ante una autoridad no judicial. Los imputados en causas criminales declaran bajo promesa de decir la verdad (también en procedimientos disciplinarios administrativos).

en Occidente, los juramentos se prestan con la Biblia, los Evangelios, porque la tradición judeocristiana prevalece y es mayoritaria en Europa o América. Por otro lado, los países occidentales son multiculturales y protegen la libertad de conciencia en sus constituciones y en tratados internacionales que han ratificado. En consecuencia, es normal que la tensión entre la tradición y las cosmovisiones de las minorías. *Buscarini* cristalizó esa tensión. En este caso, fue un juramento propio de un servidor público, el que un parlamentario electo hace antes de asumir y ejercer sus deberes y funciones. Tales formalidades son requeridas legalmente antes de que la persona pueda ejercer poderes públicos y un requisito habilitante para ejercerlos. Por lo tanto, las consecuencias de no prestar el juramento son graves, sin ellas, el nombramiento es nulo así como los actos de poder públicos ejercidos. Debido al carácter multicultural de los países occidentales por un lado, y la tradición cristiana europea por el otro, se han creado fórmulas seculares para acomodar a las minorías: una promesa equivalente al juramento. Esta es una declaración formal permitida a las personas que conscientemente se oponen a prestar juramento para evitar las implicaciones religiosas de la misma, que genera los mismos efectos que el juramento. Eso es exactamente lo que decidió el TEDH sugiriendo una forma alternativa secular al juramento<sup>4</sup>.

La libertad de conciencia es la libertad de un individuo para sostener un punto de vista o pensamiento, independientemente de los puntos de vista de otros, en especial de la mayoría. Es el pilar de otros derechos como la libertad de expresión, religión y participación democrática. El Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que esta libertad no permite ninguna limitación y se protegen incondicionalmente<sup>5</sup>. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) la proclamó en sus Artículos 18, 19 y 27 y el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Estos tratados y muchas constituciones protegen en forma amplia opiniones religiosas o cosmovisiones o puntos de vista, sin discriminación, contra las restricciones estatales o frente a la censura de lo políticamente correcto.

Casos similares a *Buscarini* han sido fallados en el derecho comparado. El Consejo de Estado griego siguió el criterio del TEDH. Se requirió que un estudiante de teología prestara juramento y él pidió una exención por razones de conciencia, lo que fue negado por las autoridades universitarias. El Consejo de Estado le permitió hacer una simple afirmación ya que la CEDH garantiza la libertad de conciencia<sup>6</sup>. El Tribunal Constitucional italiano reconoció un conflicto potencial entre la obligación de un testigo de prestar juramento y la libertad de conciencia<sup>7</sup>. El mismo Tribunal secularizó la fórmula de juramento de los testigos en procedimientos civiles para asegurar su coherencia con los procedimientos penales<sup>8</sup>. En *Torcaso v Watkins (1961)*<sup>9</sup>, un ateo que fue designado como notario

---

<sup>4</sup>Cosa que el Gobierno de San Marino hizo antes del fallo, a través de la Ley N° 115/1993.

<sup>5</sup>Observación General N° 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

<sup>6</sup>Decisión N° 2601/98, 18 de junio de 1998.

<sup>7</sup>Decisión N° 234/1984.

<sup>8</sup>Decisión N° 149/1995.

<sup>9</sup>367 US 488.

se negó a hacer el juramento de rigor (la Constitución de Maryland requería una declaración de fe en la existencia de Dios para que una persona pueda ocupar un cargo público) y, por lo tanto, su nombramiento fue revocado. La Corte Suprema de EE.UU. dictaminó que la declaración requerida era una especie de prueba de afiliación o creencia religiosa (*religious test*<sup>10</sup>) previa para asumir cargos públicos, la que está prohibida por las Enmiendas Primera y Decimocuarta de la Constitución Federal Americana. En *Silverman v Campbell* (1996)<sup>11</sup>, un profesor de matemáticas solicitó ser nombrado notario. Su petición fue rechazada porque, en el juramento escrito, tachó la frase sacramental final “con la ayuda Dios” (*so help me God*), que era obligatorio según la Constitución del Estado de Carolina del Sur. La Corte Suprema estatal dictaminó que el juramento, en esos términos, violaba la Constitución Federal (Artículo VI y Enmiendas 1 y 14). En *ACLU of N.C. & Syidah Mateen v Estado de Carolina del Norte* (2007), un tribunal norteamericano dictaminó que era aceptable para los no cristianos jurar sobre los textos religiosos de su propia fe en lugar de la Biblia del cristianismo. Por lo tanto, a las personas de creencias no cristianas se les debe permitir el uso de textos religiosos que no sean los Evangelios cuando se desempeñen como jurados o depongan como testigos en los procedimientos judiciales estatales. Es famoso el caso de Henry Kissinger, que juró como Secretario de Estado de Nixon en los libros canónicos en el judaísmo (el *Tanaj* o Biblia hebrea). Algunos servidores públicos musulmanes han jurado en el Corán. Nuestro ordenamiento establece en algunos casos un juramento tradicional cristiano (el de los abogados, el de juez, el de los auxiliares de la administración de justicia, testigos en el procedimiento civil, peritos) y en otros fórmulas alternativas seculares (el de Presidente, testigos en procedimiento penal), desconozco si hay jurisprudencia al respecto. Indudablemente, si hay controversia, *Buscarini* será un precedente digno de consultar.

RODRIGO CÉSPEDES<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup>El *religious test* en derecho anglosajón implicaba jurar por una determinada fe o renunciar a otra para acceder a un cargo. Las *Test Acts* de 1673 y 1678 en Inglaterra obligaba a los servidores públicos a jurar lealtad a la nueva religión Anglicana y a su cabeza, el rey. Estas leyes establecían además sanciones de inhabilidades civiles. Fueron precedidas por las *Act of Supremacy* de 1534 (durante Enrique VIII, que lleva a la condena de Tomás Moro) y 1559 (Isabel I). La Constitución de EE.UU. prohíbe estos *tests* en el Artículo VI.3, una protección para funcionarios federales. Continúan resabios de este *test* en las constituciones de los Estados miembros. Esta prohibición es una de las bases del principio de separación de la Iglesia y el Estado en EE.UU. La Corte Suprema Americana ha interpretado esta prohibición en forma amplia: en *Ex parte Garland* (1866), 71 US (4 Wall.) 333, la Corte (5/4) declaró inconstitucional el juramento de lealtad impuesto por el vencedor gobierno de la Unión al personal judicial del bando Confederado. La Corte estimó que la permanencia y remoción del personal judicial no era competencia legislativa o ejecutiva sino jurisdiccional.

<sup>11</sup>326 S.C. 208 (1997) 486 S.E.2d 1.

<sup>12</sup>Research fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department Law & Anthropology. Email: cespedes@eth.mpg.de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.  
11.6.2018 (rol 4672/2018).  
Consejo de Defensa del Estado  
(contienda de competencia).  
Trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la  
Armada/Acción declarativa de mera certeza

Santiago, once de junio de dos mil dieciocho.

VISTOS

Y considerando,

PRIMERO: Que el 18º Juzgado Civil de Santiago ha entrado a conocer de una acción donde 76 servidores de ASMAR, Astilleros y Maestranzas de la Armada, piden se les declare como afiliados al sistema de seguridad social de las Fuerzas Armadas que administra la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, y que se revierta su actual permanencia en el régimen común del DL N° 3.500, de 1980, invocando a su favor el artículo 20 del DFL N° 321 de 1960, estatuto orgánico de dicha empresa autónoma del Estado.

El Consejo de Defensa del Estado sostiene que una tal declaración importaría sustituir a la Contraloría General de la República, a quien representa, en aquella función que le pertenece en exclusiva para interpretar administrativamente, con efectos generales y retroactivos, todo cuanto concierne a pensiones de retiro y jubilaciones –entre otras materias– del personal de las entidades de la Administración del Estado sujetas a su fiscalización, cuyo es el caso de ASMAR, al tenor del artículo 98, inciso primero, de la Constitución y del artículo 6º de su ley orgánica constitucional N° 10.336.

Dicho Consejo solicita al Tribunal Constitucional resolver la contienda de competencia declarando –como se hará– que el así suscitada, referido órgano jurisdiccional carece de atribuciones para conocer y fallar una causa de esta índole;

#### ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

SEGUNDO: Que, primeramente, es útil consignar que en ejercicio de esa potestad para dictaminar que le asiste constitucional y legalmente, la Contraloría General de la República ha emitido un conjunto de pronunciamientos que, de manera invariable y reiterada, han señalado que solo los empleados de ASMAR –no los obreros– quedaron adscritos al sistema previsional de las Fuerzas Armadas en virtud del DFL N° 321, de 1960 (artículo 20 inciso segundo) y de la Ley N° 18.296 (artículo 18 inciso tercero y artículo único transitorio), hasta que esta derogada posibilidad quedó por la Ley N° 18.458 el año 1985 (artículos 1º y 3º) (Dictámenes 77.768 de 2013; 76.040 de 2015; 3.931, 24.084, 72.773 y 87.590, todos de 2016, y 4.008, 24.155 y 8.594, estos últimos tres del año 2017).

Según se puede observar, entonces, no existe una omisión en la materia por parte de la Entidad Contralora, que ocasione alguna incertidumbre en sus destinatarios respecto a cuál es su estatuto previsional. Tampoco se observa que los dictámenes mencionados contengan aspectos vagos o ambiguos, ni que se hayan producido cambios u oscilaciones en la jurisprudencia sustentada sobre el particular, al punto de generar alguna inseguridad jurídica que sería necesario despejar;

TERCERO: Que, enseguida, es de interés tener en cuenta que la doctrina especializada enseña que si la Administración ha emitido un acto administrativo, como son los dictámenes o declaraciones de juicio que se contienen en oficios –conforme a las nomenclaturas del artículo 3° de la Ley N° 19.880– entonces “no parecería procedente plantear esta acción declarativa de mera certeza, puesto que si esa decisión afecta a un particular en su esfera subjetiva habrá de impugnarla por las acciones procesales que el ordenamiento, con abundancia, ha previsto al efecto (acciones sean de origen constitucional, o bien de origen legal). Aquí no hay incertidumbre que dilucidar: lo que habrá de determinar el tribunal es si ese acto administrativo es o no conforme a derecho; en otros términos, si se ha emitido con vicios que lo hacen inválido, o sea nulo, según lo dispuesto por el artículo 7° inciso 3° de la Constitución” (Eduardo Soto Kloss, *La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración del Estado*, en “Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC, El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas”, 2017, pág. 161);

CUARTO: Que, en este sentido y acorde con el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución y artículos 2° y 3°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, que versan sobre las bases generales de la Administración del Estado, el Tribunal Constitucional ha manifestado que todos los actos de la autoridad pueden ser objeto de impugnación jurídica en sede judicial, sea a través de las acciones conservadoras o sea por medio de las acciones declarativas o de nulidad de derecho público que franquea el ordenamiento procesal vigente (STC roles N°s. 78, c. 11°; 176 c. 6°; 415, c. 13°; 1035, c. 22°; 2009, c. 31°; 3283c. 15°).

Mas, no resulta impertinente recordar desde aquí que dicha posibilidad de reclamo que le asiste a los particulares frente a la Administración, consustancial a un Estado de Derecho, debe compaginarse con los principios de competencia y de legalidad que recoge el artículo 7° de la Carta Fundamental. En cuya virtud, y salvo ley en contrario, a los tribunales no les dable dictar directamente un acto administrativo de reemplazo, con miras a sustituir a aquel que se ha dejado sin efecto, sin perjuicio de sus potestades para hacer ejecutar lo juzgado;

QUINTO: Que abona lo dicho el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, cuando previene que “Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos”, puesto que, lejos de impedir a los jueces desconocer la validez de un acto de la autoridad objetado ante ellos, lo que proscribía es que –a renglón seguido– en su sentencia invalidatoria puedan por si y ante si hacer un nuevo acto administrativo que ocupe el lugar jurídico de aquél (Manuel Egidio Ballesteros, *La Ley de Organización I Atribuciones de los Tribunales de Chile*, 1890, pág. 27 N° 21).

Lo propio ha entendido recientemente este Tribunal Constitucional, en inadmisibilidad STC Rol 4555 (considerando 4°).

Dentro de este orden de máximas, cabe aseverar entonces que reclamado en sede judicial un dictamen contralor, aún en el evento de que el respectivo tribunal lo deje sin efecto por contener una incorrecta interpretación de la ley, en todo caso no procedería que el mismo fallo anulatorio cobije un dictamen sustituto de aquél;

SEXTO: Que, sin embargo, la realidad de las cosas indica que en la especie se ha presentado una demanda ante un tribunal civil a fin de que éste “declare” que “ha existido una incorrecta aplicación de la ley” respecto de un conjunto de disposiciones previsionales que alcanzan a una pluralidad abstracta de sujetos, los trabajadores de ASMAR.

Todo lo cual se hace sin impugnar –ni siquiera mencionar– los Dictámenes de Contraloría General de la República que habrían incurrido en ese supuesto error de derecho y con miras a que, en su sentencia, el tribunal sobreponga directamente su propia exégesis sobre el particular, que sería obligatoria para la Previsión de la Defensa Nacional, servicio descentralizado de la Administración del Estado.

Ello forma convicción en el espíritu de este Tribunal Constitucional de que el referido libelo comporta una vía oblicua, tendente a que ese juzgado civil sustituya a la Contraloría General de la República en su facultad para interpretar con efecto retroactivo y general las leyes y reglamentos aplicables a la Administración.

No siendo óbice para arribar a esta conclusión el hecho de que la referida presentación setenta y seis trabajadores, habida cuenta que un acto interpretativo sigue siendo general si incumbe a unos destinatarios abstractamente considerados –los “obreros de ASMAR”–, aunque su aplicación se concrete en definitiva solo respecto a un número determinado de personas;

SÉPTIMO: Que, si a lo anterior se suma que “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”, acorde con el Código Civil (artículo 3° inciso primero), o a la Contraloría General de la República designado a este efecto por la Constitución (artículo 98) y la Ley N° 10.336 (artículo 6°), queda irrefutablemente acreditado que en el presente caso el 18° Juzgado Civil está incursionando en un ámbito reservado exclusivamente a la mencionada entidad fiscalizadora.

Cuadrando anotar que –de otra parte– no se observa que la Contraloría General se haya inmiscuido en la órbita privativa de los Tribunales de Justicia, al emitir los pronunciamientos reseñados en el considerando 2° de esta sentencia. Tal como preceptúa el artículo 6°, inciso tercero, de la mencionada Ley N° 10.336, dicha Contraloría General únicamente se encuentra impedida de expresar su parecer en “los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”, lo que aquí no acontece, puesto que, al dictaminar como lo hizo, no ha atraído a sí un asunto o causa de que estuvieran conociendo los tribunales, ni la Contraloría General entró por su intermedio a dirimir alguna controversia jurídica entre partes;

OCTAVO: Que, finalmente, se debe dejar claramente asentado el criterio que informó la STC Rol N° 3283, de 18 de enero de 2017, donde este Tribunal Constitucional

enfaticó que al régimen que administra la Caja de Previsión de la Defensa Nacional solamente pueden ser incorporados los miembros de las Fuerzas Armadas, con arreglo a las normas constitucionales y legales que allí se estudiaron.

De manera tal que los casos de excepción, en que una ley haya adscrito a dicho sistema de seguridad social a funcionarios ajenos al Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea, deben interpretarse restrictivamente y referidos solo a las personas expresamente contempladas en ella;

## CONCLUSIÓN

NOVENO: Que, en la especie, se configura lo que la jurisprudencia constitucional considera una interferencia de funciones que, en mérito del artículo 93, incisos primero, N° 12, y decimoséptimo de la Carta Fundamental, corresponde dirimir al Tribunal Constitucional, declarando la incompetencia del 18° Juzgado Civil de Santiago para conocer de la acción referida, conforme antes se explicara.

Se destraba de esta forma la contienda producida, posibilitándose que los órganos del Estado concernidos ejerciten las atribuciones que les corresponde, en el campo propio de sus respectivas funciones;

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y los artículos 112 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1° Que se dirime la contienda de competencia, declarándose que el 18° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago debe cesar en la tramitación de la causa rol N° C-5928-2018, caratulada “Concha y Otros con CAPREDENA”, por carecer de atribuciones para seguir conociendo de ella.

2° Que se alza la suspensión del procedimiento decretada en autos. Oficiése al efecto.

Redactaron la sentencia la señora y señores los Ministros que la suscriben.

Comuníquese al 18° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. Notifíquese al Consejo de Defensa del Estado.

Rol N° 4672-18-CCO.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señor Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores

Suele ser, por desgracia, una constante de nuestra historia la existencia de *legistas*, yo diría, a mi conocimiento<sup>1</sup>, a partir de los abogados de la Dirección del Tesoro, allá por las décadas entre 1880 y 1900 (organismo que se transformaría en el Consejo de Defensa Fiscal) y con la existencia de los llamados “promotores fiscales”, que defendían los intereses del fiscom usualmente contrarios a los derechos de las personas.

Y llamo “legistas” a aquellos abogados del Estado que pretenden siempre impedir el ejercicio de los derechos de las personas ante los tribunales y controvertir sus pretensiones con cualquier argumentación—hasta las más esotéricas— cuando se dirigen en contra de los actos, hechos u omisiones de algún organismo de la Administración del Estado.

Ya en la época de los abogados de la referida Dirección del Tesoro, el caballo de Troya en el ordenamiento decimonónico bajo la Constitución de 1833<sup>2</sup> fue la afrancesada idea de la necesidad de establecer “tribunales administrativos”, que propenderían a una mejor administración de justicia en los litigios con el Estado (fisco, por aquella época)<sup>3</sup>. Ante ello—y ya lo hemos referido en otra ocasión<sup>4</sup>— se alzó con vehemencia el Fiscal de la Corte Suprema de aquel tiempo, don Ambrosio Montt, que en varios *Dictámenes* (o vistas) hacía ver la falsedad de la pretendida “justicia” que se promovía con esa idea, estatista y autoritaria y contraria a la defensa y amparo de los derechos de las personas. Valga recordar algunas de sus

<sup>1</sup>No he encontrado igual posición en el Chile Indiano, siglos 17 y 18, pero admito que puede ser desconocimiento mío; desconozco trabajos al respecto.

<sup>2</sup>Vid. nuestro *El Estado en la Constitución de 1833*, en *Revista de Derecho Público* 33/34 (1983) 53-70.

<sup>3</sup>Esto no pasaba de ser una superchería, como lo es aún hoy, ya que si algo se conoce del derecho administrativo francés se sabrá que para *impedir* que los jueces conocieran de las “tropolías” de la Administración revolucionaria y sus abusos sin número y excesos que se cometían a diario durante el período luego de 1789, se dictó la ley 16-24.8, 1790, que establecía sin empacho la prohibición de los tribunales de “impedir o suspender” la aplicación de la ley, y en su artículo 13 dispuso el conocido texto de “*les juges no pourront à peine de forfaitures troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions*”, texto que será reiterado por un arret/decreto de 16 fructidor/2 de septiembre del año III/1795. Y sépase que frente a tal latrocinio, Napoleón, ya autoproclamado “emperador” (1804) y creado el Consejo de Estado (24.12.1799/Constitución del año VIII), creo en 1806, en dicho Consejo una “Commission de contentieux”, instituyéndose por decreto de 22.7, un procedimiento contradictorio para conocer de las reclamaciones, que decidía finalmente el emperador. O sea, es la propia Administración a través de esta “Comisión” (luego será la “Section”) del Consejo de Estado la que conocía de las reclamaciones en su contra. ¡Vaya qué justicia!, ¡juez y parte en su propia causa! Y eso era lo que se proponía para Chile. Qué diferencia con el sistema castellano indiano, donde cualquier acto de una autoridad administrativa podía ser llevado a los tribunales, e incluso se podía perseguir la responsabilidad por los daños producidos en la víctima (véanse en la *Recopilación de leyes de Indias* (1680), la pragmática de Felipe IV de 1627 sobre lo primero, en 2.15.35 y sobre lo segundo 2.2.19); sobre lo dicho respecto de Francia, puede verse, entre muchos, G. Vedel-P. Delvolvé, *Droit administratif*. Puf. Paris (he usado éd. 1982, 115-121).

<sup>4</sup>Vid. nuestro *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista de Derecho Público* 21/22 (1977), 233-250.

palabras siempre actuales: “Choca, en efecto, a toda noción de justicia, que el jefe supremo de los intendentes y gobernadores, meros agentes de sus órdenes e inspiraciones, pueda conocer de los litigios emanados de sus actos hostiles al interés o garantías de los ciudadanos i se halle en aptitud de decidir sobre la eficacia del derecho i el vigor en conflicto de las leyes i de los decretos del gobierno”<sup>5</sup>.

Conocido es el verdadero desastre que significó para la defensa de los derechos de las personas la introducción de esa idea en la Constitución de 1925, artículo 87 y la práctica indefensión de ellos en el período hasta 1973 y la gigantesca “inmunidad de jurisdicción” que la Corte Suprema “regaló”, con la interpretación que le dio a esa disposición, a los Ejecutivos y su Administración en esos casi cincuenta años, en que esos tribunales administrativos no se crearon<sup>6</sup>. Situación que vino a resolverse con la introducción del llamado “recurso de protección” (DL N° 1553, de 13.9.1976 (artículo 2°) y su consagración en la Constitución de 1980 (artículo 20).

Sin embargo, aún así los “legistas” de nuevo cuño han seguido existiendo, tratando de aportillar esta acción constitucional de amparo general cuando se ejerce frente a la Administración, ya con argumentos de tipo procesal, ya con argumentos de no ser efectiva esta acción ante la Administración y necesitarse un proceso de lato conocimiento... involucrando en ello a jueces (de los Tribunales Superiores de Justicia, que son los que conocen de esta acción), lo que dice muy claramente de su ideología antilibertaria y su estatismo ya obsoleto como régimen de progreso social. Y no solo esta acción se ha visto objeto de su “acción depredadora”, sino también la “acción constitucional de nulidad de derecho público” (artículo 7°) en que la propia Corte Suprema, en el período 2006-2016, se embarcó en una *destrucción sistemática* (verdadera “devastación” la llamé en su momento) de ella con unos planteamientos enteramente contrarios a la Constitución y, además, contradictorios entre sí, como lo hemos mostrado en varias ocasiones<sup>7</sup>. Y que, luego, la misma tercera sala suprema ha debido no solo rectificar sino decidir de modo contrario en pronunciamientos posteriores<sup>8</sup>. E incluso el propio Tribunal Constitucional ha reafirmado recientemente la plena procedencia tanto del recurso

---

<sup>5</sup>Vid. v. gr., la vista fiscal en el caso *Larrosa*, de 5.7.1892, en *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia* (2 vols.). Imprenta Nacional. Santiago de Chile. 1894-95, vol. II, 101-108; también la misma crítica ya antes en vista en el caso *Allendes-Carrasco*, ob. cit. vol. II, 261-275, en donde denostando ese sistema afrancesado y adoptado en España, dice: “En Chile, por fortuna, no hemos imitado esta perniciosa institución..., no existen autoridades ejecutivas con poderes de jurisdicción llamada contencioso administrativa, irregular y perniciosa en alto grado, carece de raíces y fundamento en nuestra organización i aun pugnaría con la índole de nuestro Gobierno”.

<sup>6</sup>Vid. mi *La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1(1974) 3/4, 349-359, también en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Legal Publishing-Abeledo Perrot/Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 761-768.

<sup>7</sup>Vid. nuestros *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente*, (primera parte) en *Ius Publicum* 30/2013, 107-123, (segunda parte) en *ídem* 31/2013, 97-117, y (tercera parte), en *ídem* 32/2014, 73-96. Y *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia de la Corte Suprema: de su tergiversación a su devastación*, en *ídem* 34/2015, 73-92.

<sup>8</sup>Vid. mi reciente *La recia vitalidad de la nulidad de derecho público*, en *Ius Publicum* 42/2019, 149-165.

de protección como de la acción de nulidad de derecho público frente a los actos de la Administración para impugnarlos ante los tribunales de justicia<sup>9</sup>.

Pero también se ha venido en denostar la llamada “acción declarativa de mera certeza” como medio de defensa de los derechos de las personas frente a la Administración.

En efecto, desde el propio Contralor General de la República y más de algún docente, se ha pretendido que esta acción no sería procedente para que los tribunales de justicia puedan conocer de la conformidad a Derecho de decisiones de las autoridades administrativas del Estado, planteándose incluso “contienda de competencia” ante el Senado para que este declarara la incompetencia de estos tribunales<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Vid. Rol 3853-18, fallo de 6.12.2018, sobre el tema de la “tutela laboral” y su improcedente aplicación a los funcionarios públicos, fallo en que ha afirmado expresamente la plena procedencia de la impugnación de todo acto administrativo ante los tribunales de justicia, citando además de la Constitución, la Ley N° 18.575, artículos 2°, 3° y 9/10 y señalando que esa es su jurisprudencia constante, citando al efecto los roles 78, considerando 11, 176, consid. 6°, 425, consid. 13, 1035, consid. 22, 2009, consid. 31 y 3283, consid. 15.

<sup>10</sup>Tal como ha ocurrido en los casos primeramente de la demanda de 1317 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil/DGAC, en contra de esta, del Fisco y de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional/Capredena, que el 29° Juzgado Civil de Santiago (rol 4017-2012) rechazara por sentencia de 18.3.2016 y que apelada por los demandantes la Corte de Apelaciones de Santiago (cuarta sala, rol 4049-2016) revocara y acogiera el 9.8.2016 y que fuera casada en el fondo por el demandado Fisco (Consejo de Defensa del Estado), momento procesal en el que planteara el Contralor General de la República una contienda de competencia ante el Senado (artículo 53 N° 3 de la Constitución). Debe referirse que la CGR (que no era demandada) en ningún momento de la causa se hizo parte, como tercero, sino que planteó ante la Corte de Apelaciones una “nulidad de todo lo obrado” por falta de emplazamiento, pero cuando dicha Corte ya había fallado la causa y, por ende, carecía de toda competencia para pronunciarse sobre ello. El Senado acogió la contienda declarando que la Corte Suprema carecía de competencia para conocer del recurso de casación (sic!) en el fondo deducido en los autos rol 4071-2012 del Juzgado antes mencionado (olvidándose del principio constitucional, “base del sistema republicano chileno”, que desde 1833 (108), establece ahora (1980) el artículo 73/76, que prohíbe tajantemente (“en caso alguno” dice, o sea “jamás”) al Congreso Nacional el “avocarse causa pendiente”, que en este caso lo avasalló sin rubor alguno... Merece leerse el planteamiento de la Corte Suprema de 86 páginas, de su Presidente (ministro Muñoz Gajardo) donde se hace ver la improcedencia de dicha contienda, que jurídicamente no es tal (vid. Boletín S 1.1913-03. También fue presentada una contienda de competencia –propia de “interferencia de funciones”– por el CGR ante el Tribunal Constitucional (art. 93, incisos 1° N° 12 y 17 de la Constitución), frente a la demanda declarativa de certeza de 1.200 funcionarios de la aludida Dirección en contra del Fisco, de la propia Dirección y de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y que conocía el mismo 29° Juzgado Civil de Santiago (rol 25.213-2016), caratulado *Rodríguez Mendoza y otros con Fisco y otros*, contienda acogida por el TC (rol 3283-2016) de 18.1.2017.

Debo reconocer que nos parece insólito que el Senado –sometido a *lobby*– decidió la incompetencia de los tribunales de justicia (decidió en sesión 87, de 6.3.2018). Debe reiterarse que una autoridad estatal que pretende que sus actos no puedan impugnarse ante los tribunales de justicia en cuanto a su conformidad a Derecho no solo actúa en contravención a la Constitución (v. gr. artículos 1° inciso 4°, 4°, 5° inciso 2°, 6°, 7° y 73/76), a la propia Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases de la organización de la Administración del Estado (artículos 2°, 3° y especialmente 9°/10°), e incluso a la Ley N° 19.880, sobre procedimientos

A este respecto y considerando que esta acción ha sido recogida desde hace más de 55 años por la Corte Suprema (*Otero c/Falabella*, RDJ t.60/1963, 2.2.67-72) y en 1975 con *Manusich c/Fisco* (14.7.1975, rol 11.265, en *Fallos del Mes* 201, 135-143) y con fallos muy de interés frente a la Administración<sup>11</sup>, resulta verdaderamente reconfortante considerar que también el Tribunal Constitucional (TC) la reconoce con plenitud aplicable para proveer a la defensa de los derechos de las personas ante un actuar abusivo y contra Derecho de algún órgano administrativo de la Administración del Estado, incluso de la Contraloría General, y tal como lo ha hecho en el rol 4672-2018, de 11.6.2018, asunto en que se le ha solicitado resuelva una contienda de competencia en virtud de sus facultades previstas en el artículo 93 incisos 1º, 12 y 17 de la Constitución, sobre interferencia de funciones entre la referida Contraloría y un tribunal de justicia.

Debe desecharse de plano y con firmeza el sostener –como alguno pudiere pensar, y que la propia Corte Suprema lo ha despejado ya en 1963, con claridad en *Otero c/Falabella* cit.–, que esta acción es creación puramente doctrinaria y que frente a la Administración sería una invención del suscrito<sup>12</sup>. Ella tiene su fundamento tanto en la mismísima Constitución (art. 73/76) como en el Código de Procedimiento Civil (artículo 170 N° 5) y en el Código Orgánico de Tribunales (artículo 10, inciso 2º) e incluso en el Código Civil (artículo 24) debiéndose señalar que ella está en la raíz misma y en lo más propio de la función jurisdiccional, como es *decir el Derecho*, no ante una situación de un concreto y específico conflicto entre partes sino de “incertidumbre” respecto de la situación en que se encuentra un determinado sujeto de derecho.

---

administrativos (artículo 53), sino que se transforma en un “tirano”, esto es alguien que se sitúa *fuera* del Derecho, y en una autoridad “ilegítima”, vale decir, carente de potestades jurídicas e indigna de ser obedecida en una República. Pretender no poder ser llevado a los tribunales para que rinda cuenta de sus actos, por alguien que se siente agraviado, es volver al más típico absolutismo monárquico europeo, siglos 17 y 18 inglés y francés, o al modo de una satrapía oriental...

<sup>11</sup>Hemos abordado esta acción declarativa de mera certeza, en su última versión, en *El derecho administrativo y la protección de los derechos de las personas*, en Libro homenaje al Profesor Ramiro Mendoza Zúñiga en sus 30 años de docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2017, 143-165, con indicación de una decena de fallos entre 1975 y 2015.

<sup>12</sup>Me parece jocoso que se me atribuya la calidad de “inventor de acciones” para impugnar los actos de la Administración contrarios a Derecho. Hace años, un profesor de derecho constitucional afirmaba que la acción de nulidad de derecho público era “una invención de Soto Kloss”; ahora esta declarativa de mera certeza frente a la Administración sería también otra invención del suscrito. Lo cierto es que he estudiado dichas acciones procesales, de origen constitucional y solo he tratado de extraer las consecuencias de su naturaleza para defensa de los derechos de las personas, mostrando sus fundamentos y su importancia para la libertad de las personas frente al Estado, siempre invasor y proclive a restringir la vida de ellas en afanes que llegan a veces a ser totalitarios, siempre deleznable. De lo único que reconozco autoría es de la acción constitucional de amparo general, llamado “recurso de protección”, “institución” procesal que ha provocado una verdadera revolución silenciosa del derecho chileno y su constitucionalización y un real y efectivo amparo de los derechos de las personas frente a la Administración (vid. mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, y numerosos artículos en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, *Gaceta Jurídica*, *Ius Publicum*, y otras).

Lo que el TC ha dicho en este rol 4672-2018 es no solo esclarecer el objeto de esta acción declarativa (considerandos 3° y 4°), sino de reconocer su plena vigencia y aplicación (considerandos 4° y 5°), contrariamente a lo que algunos, tal vez luego de una lectura un tanto ligera, piensen que este fallo le habría dado “un tiro de gracia”. Tan cierto es lo que decimos que su considerando 4° señala expresamente que en varios pronunciamientos que cita al efecto (v. gr., desde el rol 78, de 1989, hasta el rol 3283, de 2017) “ha manifestado que *todos los actos de la autoridad [administrativa] pueden ser objeto de impugnación jurídica en sede judicial, sea a través de las acciones conservadoras, sea por medio de las acciones declarativas o de nulidad de derecho público que franquea el ordenamiento procesal vigente*” (cursivas nuestras).

Mayor afirmación imposible, expresa, clara y rotunda, de la plena vigencia y procedencia de esta acción procesal, por cierto con su naturaleza específica, de esclarecer (1) el *sentido de una ley específica o de un precepto de ella*, (2) la *voluntad del legislador en una ley dada o precepto de ella y/o* (3) su *aplicación en un caso concreto que se somete a un tribunal*.

Lo que el TC precisa es que en caso concreto de la demanda de un grupo de trabajadores de Asmar (Astilleros y Maestranzas de la Armada) no procede la interposición de esta acción *porque no habría ninguna incertidumbre que esclarecer por el tribunal ordinario requerido* (18° Juzgado Civil de Santiago) ya que la Ley N° 18.458, de 1985, dejó adscrito al régimen previsional que administra la Caja de Previsión de la Defensa Nacional *solo a los miembros de las Fuerzas Armadas*, o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y no a quienes les son ajenos, no existiendo ninguna incertidumbre que despejar al respecto, y que es, además, lo que la Contraloría General ha dictaminado y que dicho grupo de trabajadores impugnan, si bien no lo hacen expresamente sino que acuden al tribunal civil para que este determine, con efecto de cosa juzgada, *si le es aplicable ese régimen referido o el régimen general del DL 3.500, de 1980*.

Dada la claridad de la ley mencionada no hay nada que aclarar, ni incertidumbre que despejar y, por lo tanto, no cabe que un tribunal intervenga a través de esta acción declarativa de mera certeza. Distinto sería el caso si hubieran dictámenes contralores contradictorios, ya que en tal caso procedería por los afectados, primeramente acudir a la misma Contraloría para que ella emitiera un pronunciamiento de “reconsideración” para que o bien dejara sin efecto una determinada solución adoptada confirmando la otra (que se pretende contradictoria) o bien hiciera una interpretación concordante aclarando esa supuesta contradicción alegada. Y si los afectados estiman vulnerados sus derechos por esta decisión contralora podrán ahora acudir al tribunal competente para impugnar tal dictamen, sea por una acción de protección, sea de nulidad de derecho público (ya de mucha mayor extensión su tramitación) o la que fuere procedente, pero no a través de una declarativa de mera certeza, como bien lo ha expresado el TC en este fallo que comentamos (vid. sus considerandos 2°, 3° y 6°).

Comentar fallos no es asunto baladí, requiere leer con exactitud lo que el tribunal (1) ha dicho expresamente, (2) lo que omite o soslaya, por alguna razón que expresa o inferirlo de sus propios considerandos y (3) indagar el contexto jurisprudencial pero, sobre todo, no comentar “para llevar aguas a su molino”, tergiversando la decisión emitida de decir el Derecho en el caso concreto. Sin

perjuicio, y aparece obvio, de criticarlo por su carencia de fundamentos, por no seguir un *iter* lógico en su argumentación, o de su error al considerar los hechos u otros defectos que puedan encontrarse. Y, también, mostrar nuevas vías en determinadas materias con el fin de hacer mejor justicia<sup>13</sup>.

Jamás debe olvidarse –es mi convicción desde que comencé en estas lides– que el sustento de un régimen de Derecho se fundamenta *en los tribunales de justicia* (de allí mi reiterada insistencia en la afirmación del principio de la “plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia”/artículo 73/76), y *en sus jueces*, en la medida –claro está– que sean independientes e imparciales, pues ellos son “*los castillos roqueros*” que protegen a las personas frente a los poderosos, como afirmaba con notable precisión un prestigioso jurista indiano<sup>14</sup>. Y qué mayor poder es el que ejercen los gobernantes y los organismos de su administración, siempre proclives a abusar del poder que el Derecho les ha conferido, pero para el *bien común* (es decir el bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tanto para promover su bien espiritual como material) y no para su bien o de la oligarquía partidista que los sostiene o sus propios caprichos<sup>15</sup>. De allí la importancia de proteger a los jueces de influencias ideológicas que corrompen su función, dado que sin independencia y sin imparcialidad ya, simplemente, no son jueces, sino esbirros del gobernante de turno, y sin jueces propiamente tales ya no hay justicia, no hay Derecho, no hay república (esto es, gobierno responsable) sino una vulgar tiranía.

EDUARDO SOTO KLOSS

---

<sup>13</sup>No puedo menos que confesar que habiendo comentado y anotado más de dos centenas de sentencias, especialmente de los tribunales ordinarios de justicia (desde 1980 en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, y hasta 2007, fecha de su más que lamentable desaparición) también del tribunal constitucional, he aprendido muchísimo de sus decisiones y creo haber aportado alguna que otra luz a los jueces con el fin de proveer a una mejor defensa y protección de los derechos de las personas frente a la Administración del Estado.

<sup>14</sup>Como decía Juan de Solórzano y Pereyra, en su *Política Indiana* (libro V, capítulo III, 7, cito edición de Biblioteca de Autores Españoles, tomo CCLV. Ediciones Atlas. Madrid. 1972, tomo IV, 40), “las Audiencias Reales [esto es los tribunales de justicia] son los castillos roqueros donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le dá lo que es suyo con derecho y verdad”.

<sup>15</sup>Cuán cierto es lo que expresaba Montesquieu de que el poder llega hasta donde encuentra límites” (*L’ esprit des lois*).

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(18.01.2019)

Honorables Senadores y Diputados de la República  
c/artículo 13, inciso segundo, del  
Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud,  
de fecha 23 de octubre de 2018.  
(Requerimiento de inconstitucionalidad –  
Roles 5572-18/5650-18 –acumulados–)

Santiago, dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

Ante los requerimientos de inconstitucionalidad del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 23.10.18, que “Aprueba el Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia” con base en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, presentados el 31.10.18 por más de una cuarta parte de senadores, y el 19.11.18 por más de una cuarta parte de diputados, el TC, por mayoría de ministros y ponencia de su presidente, determinó que existen *“elementos de juicio calificado para declarar que el Decreto Supremo impugnado no solo infringe los artículos 1º, inciso tercero, y 19, N° 15, de la Constitución, sino que además no se conforma con la sentencia anterior Rol N° 3729”*.

En virtud de lo anterior, acogió *“los requerimientos parlamentarios entablados en autos, en cuanto se declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018”* y declaró que *“la norma antes referida (...) queda sin efecto, de pleno derecho, a partir de esta fecha y con el solo mérito de la presente sentencia”*.

A continuación, se citan los considerandos más relevantes del fallo antes identificado, en atención a los temas a tratar en los comentarios aquí expuestos:

“DÉCIMO: Que, de los pronunciamientos descritos, aparece que esta Magistratura ha perfilado la autonomía constitucional de los grupos intermedios y el derecho de asociación en términos que, en cuanto a su aplicación subjetiva, es amplia, pues se garantiza a todos los grupos intermedios, a través de los cuales se estructura y organiza la sociedad, y se asegura a todas las comunidades y personas jurídicas.

Y que, en cuanto a su contenido esencial –indisponible por el legislador implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos para fijar sus objetivos, organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, decidir sus propios actos y también la forma de administrarse, así como las reglas por las cuales han de regirse, sin intromisión ajena, sea pública o privada, salvo que infrinjan el ordenamiento jurídico o su propio estatuto.

Una autonomía y libertad de asociación que encuentra específica concreción en el artículo 19, N° 9, de la propia Constitución, cuando al asegurar el derecho a la protección de la salud, preceptúa que “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas” (inciso cuarto);”

“DECIMOPRIMERO: Que, sobre este particular, conviene poner de resalto que la Constitución de 1980 innovó radicalmente respecto a la concepción estadocéntrica que inspiró a la Carta de 1925 e, incluso, al DL 1.552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, de 1976.

En esta línea la LRC N° 17.398, de 1971, incorporó al artículo 10, N° 16, de la Carta de 1925, que ‘Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud’. Mientras que el AC N° 3, deslindó más precisamente quiénes habrían de actuar en el sector salud. En el artículo 1º, N° 19, previo que: ‘El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud’.

Para enseguida destacar que ‘Es deber del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley’;”

“DECIMOSEGUNDO: Que es de interés tener en cuenta que, bajo el imperio de esta AC N° 3, de 1976, se dictó el DFL N° 36, de 1980, en que se viene basando la autoridad para dictar el ahora cuestionado DS N° 67, de 2018. Vale decir, este reglamento dice sustentarse en una ley que obedece a una concepción distinta a la que inspira la Carta Fundamental actualmente vigente, que no le asigna al Estado un rol ‘preferente’ en la ejecución de las acciones de salud, sino que entrega esta gestión a ‘instituciones públicas o privadas’;”

“DECIMOTERCERO: Que fue don Alejandro Silva Bascañán quien anticipó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que en la prestación de los servicios de salud cabía reconocer y fortalecer el rol de la medicina social, aunque sin llegar a monopolizarla, dado que en este campo también actúa el principio de subsidiariedad del Estado con relación a las actividades de los particulares (Sesión 187a, celebrada el 01.03.76, Actas, p. 6).

Por lo mismo, quien fuera también comisionada y además ex ministra del Tribunal Constitucional, doña Luz Bulnes, ha destacado que el objetivo tenido en vista al redactar el actual artículo 19, N° 9, constitucional, fue evitar la existencia de un sistema estatal único de salud, de un monopolio estatal de prestaciones de salud, permitiendo la coexistencia de sistemas de salud estatales y particulares (El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo N° 4, pp. 131-148). El constituyente entendió así que, como en el ámbito de la salud, el Estado no puede satisfacer por sí mismo todas las necesidades colectivas, requiere la colaboración de instituciones privadas para garantizar el goce material del derecho constitucional a la protección de la salud, contribuyendo los particulares de este modo a la consecución del bien común (STC Rol N° 976, considerando 37º);”

“DECIMOCUARTO: Que, asimismo, el citado artículo 19, N° 9, de la Constitución prescribe que la ejecución de las acciones de salud puede prestarse por instituciones públicas o privadas “en la forma y condiciones que determine la ley”, lo que descarta su establecimiento por vía reglamentaria;”

[...]

“DECIMOCTAVO: Que, despejado lo anterior y atinente al fondo de los argumentos vertidos en la especie por el Sr. Contralor General de la República, sea de apuntar que en el Tribunal Constitucional no resulta desconocida la “Teoría del Servicio Público” que ilustraría la interpretación del DFL N° 36, de 1980, al consagrar las normas aplicables a los convenios que celebren los Servicios de Salud estatales con las entidades privadas enumeradas en su artículo 1°.

Por lo mismo que esta Magistratura entiende que su origen se encuentra en Francia y obedece a los problemas que suscitó la implementación de la Ley Le Chapelier de 1791, que abrogó todos los cuerpos intermedios de la sociedad. De suerte que, ante la imposibilidad del Estado de asumir la gestión de todas aquellas funciones que éstos venían satisfaciendo con anterioridad y de otras que aparecen con la revolución industrial, la llamada Escuela de Burdeos, de inicios del siglo XX, junto con asignarles el rótulo de ‘servicio público’ a dichas actividades, articula la figura de la ‘concesión de servicio público’, como un contrato que permite al Estado “delegar” en los privados su llevanza. Sin menoscabo de la acuitad del Estado para disciplinar esa actividad y para rescatar su titularidad.

Supuestos que, como es posible advertir, no son del todo compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad, garantiza ampliamente la libertad de asociación, y permite *jure proprio* a las instituciones privadas participar en el quehacer de la salud, según se lleva explicado;”

“DECIMONOVENO: Que, ahora bien, sin desmedro de la prerrogativa del Sr. Contralor General de la República para interpretar las leyes y reglamentos que rigen a la Administración, con fuerza vinculante para ésta, el Tribunal Constitucional considera que el DFL N° 36, de 1980, admite un entendimiento diferente y plenamente ajustado a la Carta Fundamental.

En el sentido que, si en virtud de un convenio de salud –llámese delegación, mandato u otra forma”– una institución privada “sustituye” a un servicio de salud estatal y obra ‘por cuenta’ de él, al tenor del artículo 2° del DFL N° 36, esta transferencia lo es en relación únicamente a un determinado quehacer: r y no a un cierto modo de ser, en que se comunique a los privados la imposibilidad que pesa sobre el Estado de aducir la eximente comentada;”

“VIGÉSIMO: Que, si bien se ve, es con arreglo al propio DFL N° 3 que una tal sustitución implica que la institución privada asume voluntariamente la realización de “algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar” a los Servicios de Salud estatales (artículo 1°), esto es, de “una o más acciones” específicas (artículo 2°) y quedando en el desempeño de éstas subordinada a las directrices que imparta el Ministerio del ramo. Pero de ello no se sigue que tenga que aceptar la ejecución de otras acciones, que escapen a su ideario, ni que tenga que renunciar a su identidad y al derecho a apelar a la objeción de conciencia institucional.

Un requisito de este talante no aparece –ni podría esta– entre las condiciones para contratar exigidas por el DFL N° 36, sin periclitarse la garantía del artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental;”

“VIGESIMOPRIMERO: Que, ahondando en el tema, procede enseguida reiterar que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, no puede ocasionar castigo o represión alguna en contra de la entidad objetora; menos cuando con ello no lesiona derechos ajenos ni perjudica el bien común general.

No causa perjuicio alguno a las mujeres que deseen interrumpir voluntariamente su embarazo, conforme antes se advirtiera (considerando 15° *ut supra*). Ni se resiente el principio de continuidad del servicio público, toda vez que los Servicios de Salud estatales retienen en tal caso la obligación de efectuar todas las acciones en que no han sido sustituidos por los privados;”

“VIGESIMOSEGUNDO: Que, por lo mismo, tampoco es admisible aducir que por percibir recursos públicos, dichas instituciones privadas de salud deberían abdicar de su ideario y resignar su derecho de objeción.

Es de elemental justicia conmutativa que el Estado únicamente habrá de sufragar, como contraprestación, por aquellas ‘una o más acciones’ de salud que han sido ejecutadas merced al respectivo convenio (artículos 2° y 7° del DFL N° 36). Sin tener que solventar, por ende, suma alguna por concepto de interrupciones de embarazos que la institución privada co-contratante se ha negado legítimamente a practicar;”

El fallo objeto de estos comentarios es relevante por la diversidad y profundidad en el análisis de los temas jurídicos examinados para resolver los requerimientos propuestos, parte de los cuales atiende reiterando lo dicho en Rol N° 3729, en que reconoció a las personas jurídicas privadas, en tanto grupos intermedios, derecho a la objeción de conciencia. Pero también lo es, por la trascendencia que para el derecho administrativo tienen los criterios que adopta respecto de: 1) la titularidad en Chile del ejercicio y ejecución de acciones de salud una vez superada la concepción “estadocéntrica”; 2) la naturaleza de los convenios celebrados entre los Servicios de Salud del Estado (SS) e instituciones privadas para ejecutar acciones de salud; y 3) el régimen aplicable a las últimas tras la celebración de dichos convenios.

En cuanto a la titularidad para el ejercicio y ejecución de acciones de salud en Chile, esto es, la prestación de servicios en este ámbito, el TC, en los considerandos 10° a 14°, determinó, considerando lo previsto en el Acta Constitucional N° 3, el DFL N° 36 de 1980 y el Código Sanitario N° 725, que no hay reserva de actividad en esta materia y que, sin perjuicio de existir un deber preferente del Estado a realizarla, se reconoce la libre iniciativa para realizarla de acuerdo con lo establecido en la ley respectiva, por lo cual ha de resguardarse la autonomía de los privados que prestan este servicio según lo prescrito en la Constitución sobre los grupos intermedios y el principio de subsidiariedad.

Cabe afirmar, por tanto, que ni las autorizaciones que otorga la autoridad administrativa para desarrollar esta actividad, ni los convenios que instituciones privadas que la realizan firman con los órganos competentes del Estado creados para cumplir con el deber preferente de desarrollar esa actividad prestacional, pueden cambiar la naturaleza privada ni el grado de autonomía de los particulares que eligen ejercer y ejecutar acciones de salud en Chile, pues realizan esta actividad en ejercicio de un derecho propio, no concedido por la autoridad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los convenios que celebran los SS y las entidades privadas que ejecutan acciones de salud, la sentencia deja en claro

en su considerando 19° que se trata de un acto voluntario sujeto a normas de derecho público, en especial por la utilización de recursos públicos que supone, pero que ello no implica un acto de sustitución de las instituciones privadas que lo firman en la posición de los SS, ni una incorporación de dichas instituciones a la organización administrativa del Ejecutivo, al no tratarse de una actividad reservada cuyo titular es el Estado chileno. Acto seguido, el fallo aclara que, en los casos regidos por convenios, las instituciones privadas solo están obligadas a cumplir con las cláusulas del convenio y con las normas que aplican al uso de recursos públicos en Chile.

Sobre la posición que asumen las instituciones privadas tras firmar convenios con los SS, tomando en consideración el tipo de relación jurídica establecida entre las partes –que no es de concesión o delegación–, la mayoría sentenciadora, en considerandos 19° y 20°, es enfática en señalar que al transferirse un “*quehacer*” y no un “*ser*”, ellas siguen siendo privadas, con igual autonomía previa a la firma del convenio, y con libertad en consecuencia de, por ejemplo, objetar por razones de conciencia el ejecutar prácticas abortivas, si es que ésta fuera una de las prestaciones a las que se obligó al suscribir el convenio.

Por último, en los considerandos 18°, 21° y 22°, el TC aclara que, en materia de ejercicio y ejecución de acciones de salud, no rige en Chile la teoría del servicio público de la Escuela de Burdeos, que además de reserva de la actividad permite al Estado dirigir, controlar y rescatar su titularidad si ha sido concedida, pues además de ser una actividad abierta a la libre iniciativa, aquélla no es compatible con la autonomía reconocida a los grupos intermedios. Advierte el fallo que la regularidad y continuidad no ha de procurarse mediante la aplicación de dicha teoría sino a través de los SS en tanto parte de la Administración Pública nacional, sin que sea admisible mediante reglamentación imponer a las instituciones privadas que desarrollan la actividad una teoría pensada para actividades reservadas al Estado.

Cabe indicar que la disidencia de los ministros García Pino y Pozo Silva (párrafos 163 a 173) contiene argumentos que refutan esta última consideración del fallo comentado, con apoyo en las Leyes N°s. 18.575 y 18.886, en los que afirman que las instituciones privadas sí sustituyen a los servicios públicos de salud en la ejecución de la actividad prestacional de acciones de salud, lo que justifica la aplicación de la teoría del servicio público referida, a fin de asegurar la continuidad y regularidad en la misma.

La sentencia examinada constituye un aporte al reforzamiento de la vigencia en el campo del derecho administrativo de las bases de la institucionalidad contenidas en la Constitución, en particular de los principios de la subsidiariedad, legalidad, autonomía de los grupos intermedios y reserva legal. En efecto, ante la pretensión del Decreto Supremo N° 67, de la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 11.781 y la disidencia del fallo, de cambiar, vía reglamento y convenio, el régimen aplicable a las instituciones privadas en el ámbito de la salud y la naturaleza misma de dichas instituciones, al considerarlas sustitutos de los servicios públicos estatales y aplicarles la teoría de la actividad de servicio público, el TC determinó que todo ello es incompatible con el régimen constitucional en materia de salud, la autonomía de los grupos intermedios y la legislación liberalizadora de actividades dictada en Chile desde la década de los años 80 del siglo XX, que atienden a fundamentos y fines distintos a los seguidos por ordenamientos en que sí encuentra apoyo la referida teoría “*estadocéntrica*”.

Ante los requerimientos de inconstitucionalidad del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 23.10.18, que “Aprueba el Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia” con base en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, presentados el 31.10.18 por más de una cuarta parte de senadores, y el 19.11.18 por más de una cuarta parte de diputados, el TC, por mayoría de ministros y ponencia de su presidente, determinó que existen “*elementos de juicio calificado para declarar que el Decreto Supremo impugnado no solo infringe los artículos 1º, inciso tercero, y 19, N° 15, de la Constitución, sino que además no se conforma con la sentencia anterior Rol N° 3729*”.

En virtud de lo anterior, acogió “*los requerimientos parlamentarios entablados en autos, en cuanto se declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018*” y declaró que “*la norma antes referida (...) queda sin efecto, de pleno derecho, a partir de esta fecha y con el solo mérito de la presente sentencia*”.

El fallo objeto de estos comentarios es relevante por la diversidad y profundidad en el análisis de los temas jurídicos examinados para resolver los requerimientos propuestos, parte de los cuales atiende reiterando lo establecido en Rol N° 3729, en que reconoció a las personas jurídicas privadas, en tanto grupos intermedios, derecho a la objeción de conciencia. Pero también lo es, por la trascendencia que para el derecho administrativo tienen los criterios que adopta respecto de: 1) la titularidad en Chile del ejercicio y ejecución de acciones de salud una vez superada la concepción “estadocéntrica”; 2) la naturaleza de los convenios celebrados entre los Servicios de Salud del Estado (SS) e instituciones privadas para ejecutar acciones de salud; y 3) el régimen aplicable a las últimas tras la celebración de dichos convenios.

En cuanto a la titularidad para el ejercicio y ejecución de acciones de salud en Chile, esto es, la prestación de servicios en este ámbito, el TC, en los considerandos 10° a 13°, determinó, de acuerdo con lo previsto en el Acta Constitucional N° 3, el DFL N° 36 de 1980 y el Código Sanitario N° 725, que no hay reserva de actividad en esta materia y que, sin perjuicio de existir un deber preferente del Estado a realizarla, *se reconoce la libre iniciativa para realizarla* conforme con lo establecido en la ley respectiva, por lo que ha de resguardarse la autonomía de los privados que prestan este servicio según lo prescrito en la Constitución sobre los grupos intermedios y el principio de subsidiariedad.

Cabe afirmar, por tanto, que ni las autorizaciones que otorga la autoridad administrativa para desarrollar esta actividad, ni los convenios que instituciones privadas que la realizan firman con los órganos competentes del Estado creados para cumplir con el deber preferente de desarrollar esa actividad prestacional, *pueden cambiar la naturaleza privada ni el grado de autonomía de los particulares* que eligen ejercer y ejecutar acciones de salud en Chile, pues realizan esta actividad en ejercicio de *un derecho propio, no concedido por la autoridad*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los convenios que celebran los SS y las entidades privadas que ejecutan acciones de salud, la sentencia deja en claro en su considerando 19° que se trata de un acto voluntario sujeto a normas de derecho público, en especial por la utilización de recursos públicos que supone, pero que ello *no implica un acto de sustitución de las instituciones privadas* que

lo firman en la posición de los SS, ni una incorporación de dichas instituciones a la organización administrativa del Ejecutivo, al no tratarse de una actividad reservada cuyo titular sea el Estado chileno. Acto seguido, el fallo aclara que, en los casos regidos por convenios, las instituciones privadas solo están obligadas a cumplir con las cláusulas del convenio y con las normas que aplican al uso de recursos públicos en Chile.

Sobre la posición que asumen las instituciones privadas tras firmar convenios con los SS, tomando en consideración el tipo de relación jurídica establecida entre las partes –que no es de concesión o delegación–, la mayoría sentenciadora, en considerandos 19° y 20°, es enfática en señalar que al transferirse un “*quehacer*” y no un “*ser*”, ellas siguen siendo privadas, con igual autonomía previa a la firma del convenio, y con libertad en consecuencia de, por ejemplo, objetar por razones de conciencia el ejecutar prácticas abortivas, si es que esta fuera una de las prestaciones a las que se obligó al suscribir el convenio.

Por último, en los considerandos 18°, 21° y 22°, el TC aclara que, en materia de ejercicio y ejecución de acciones de salud, *no rige en Chile la teoría del servicio público de la Escuela de Burdeos*, que además de reserva de la actividad permite al Estado dirigir, controlar y rescatar su titularidad si ha sido concedida, pues además de ser una actividad abierta a la libre iniciativa, aquella no es compatible con la autonomía reconocida a los grupos intermedios. Advierte el fallo que la regularidad y continuidad no ha de procurarse mediante la aplicación de dicha teoría sino a través de los SS en tanto parte de la Administración Pública nacional, sin que sea admisible mediante reglamentación imponer a las instituciones privadas que desarrollan la actividad una teoría pensada para actividades reservadas al Estado.

Cabe indicar que la disidencia de los ministros García Pino y Pozo Silva contiene argumentos que refutan esta última consideración del fallo comentado, con apoyo en las Leyes N°s. 18.575 y 18.886, en los que afirman que las instituciones privadas sí sustituyen a los servicios públicos de salud en la ejecución de la actividad prestacional de acciones de salud, lo que justifica la aplicación de la teoría del servicio público referida, con el fin de asegurar la continuidad y regularidad en la misma.

La sentencia examinada constituye un aporte al reforzamiento de la vigencia en el campo del derecho administrativo de las bases de la institucionalidad contenidas en la Constitución, en particular de los principios de la subsidiariedad, legalidad, autonomía de los grupos intermedios y reserva legal. En efecto, ante la pretensión del Decreto Supremo N° 67, de la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 11.781 y la disidencia del fallo, de *cambiar, vía reglamento y convenio, el régimen aplicable a las instituciones privadas en el ámbito de la salud y la naturaleza misma de dichas instituciones, al considerarlas sustitutos de los servicios públicos estatales* y aplicarles la teoría de la actividad de servicio público, el TC determinó que *todo ello es incompatible con el régimen constitucional* en materia de salud, la autonomía de los grupos intermedios y la legislación liberalizadora de actividades dictada en Chile desde la década de los años 80 del siglo XX, que atienden a fundamentos y fines distintos a los seguidos por ordenamientos en que sí encuentra apoyo la referida teoría “*estadocéntrica*”.

LUIS ALFONSO HERRERA ORELLANA

DICTAMEN N° 14.498/2019.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.  
Protección a la maternidad de servidoras a honorarios.  
Reconsideración

El Departamento de Previsión Social y Personal de esta Contraloría General, con ocasión de la emisión del dictamen N° 20.921, de 2018, de este origen, que modificó la jurisprudencia en materia de fuero maternal, consulta sobre la aplicabilidad de ese beneficio a las servidoras contratadas sobre la base de honorarios. Ello, atendido a que se trata de un beneficio que dice relación con la observancia de principios protectores reconocidos a todas las trabajadoras y también sobre la base del reconocimiento de diversos beneficios estatutarios a esa clase de servidoras.

Requeridos de informe, la Dirección de Presupuestos ha cumplido con evaluarlo, en tanto que el Servicio Civil no lo ha emitido por lo que se prescindirá de ese antecedente.

Al respecto, cabe señalar que el citado dictamen N° 20.921, de 2018, reconoció al fuero maternal como una norma de protección a la maternidad inserta dentro de las garantías y principios protectores reconocidos universalmente en el Código del Trabajo a todas las trabajadoras del país, y que por las razones que en ese pronunciamiento se indican, resulta extensivo al personal que desempeña un cargo bajo una contrata de reemplazo o una suplencia.

Es del caso precisar que, en términos generales, esta Entidad de Control ha expresado que las normas sobre protección a la maternidad, entre ellas el fuero maternal, son de aplicación general, por lo que benefician a las servidoras de la Administración del Estado, cualquiera que sea el régimen estatutario al que se encuentren afectas y con independencia de la calidad jurídica en que desempeñen sus labores (aplica dictamen N° 9.771, de 2014).

No obstante, respecto de las personas contratadas a honorarios se ha señalado que estas se rigen por las reglas del contrato respectivo y no les son aplicables las disposiciones del Estatuto Administrativo, contenido en la Ley N° 18.834, por expresa disposición de ese ordenamiento legal, puesto que esas servidoras no tienen la calidad de funcionarias públicas, careciendo de estabilidad en el empleo y de fuero maternal. Asimismo, tampoco se ven beneficiadas por las normas de protección a la maternidad consagradas en el Código del Trabajo, pues estas solo son aplicables a los empleados de planta o a contrata de la Administración y, excepcionalmente, a los contratados a honorarios, cuando ello se ha estipulado expresamente en el respectivo convenio (criterio contenido entre otros, en los dictámenes N°s: 11.781, de 1962; 13.495, de 1987, y 27.005, de 2013).

Ahora bien, como puede apreciarse dicha jurisprudencia se ha mantenido por más de 50 años, por lo que resulta procedente efectuar un nuevo estudio de ella, considerando el actual panorama normativo y jurisprudencial, producto de las variaciones legales experimentadas en el último tiempo, la evolución de los principios involucrados, así como también la interpretación que han efectuado los Tribunales de Justicia en materia de protección a la maternidad.

Precisado lo anterior, corresponde hacer presente que la Administración del Estado satisface las necesidades públicas de forma continua y permanente a través

de la ejecución directa de acciones por parte de su personal, el que está constituido por una dotación permanente conformada por los funcionarios de planta, cuyos cargos son creados por ley. Luego están aquellos servidores que integran su dotación transitoria, compuesta por los empleados a contrata y, finalmente, están los que cumplen labores en calidad de contratados a honorarios, quienes están excluidos de las normas de dicho Estatuto.

En efecto, el inciso primero del artículo 11 de la Ley N° 18.834 dispone que podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, como también a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Añade su inciso segundo, que se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Por último, su inciso final prescribe que las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de ese Estatuto.

En virtud de lo dispuesto en el anotado inciso segundo, se ha entendido que procede contratar a honorarios a determinadas personas para atender “labores habituales” del servicio, siempre que se trate de “cometidos específicos”, esto es, de tareas puntuales, claramente individualizadas y determinadas en el tiempo, tal como se ha precisado en el dictamen N° 20.045, de 2003, de esta Entidad Fiscalizadora.

No obstante, en la práctica se ha recurrido igualmente a la contratación de personal a honorarios, bajo el supuesto regulado en el citado inciso segundo del artículo 11, para suplir las labores que no alcanza a desarrollar la dotación permanente y transitoria, ello atendida la rigidez que presenta la normativa de la Administración del Estado, para efectuar nuevos nombramientos o efectuar designaciones a contrata.

Frente a ello, el legislador ha adoptado ciertas medidas plasmadas en las últimas leyes de presupuestos. En efecto, desde el año 2016 se ha previsto el traspaso de servidores a honorarios a contrata bajo determinadas condiciones, tales como: que los beneficiarios tengan una antigüedad continua en el organismo de a lo menos un año previo a dicho cambio de condición jurídica; que mantengan un contrato a honorarios vigente al momento del traspaso a la contrata; y que el servicio prestado sea un cometido específico de naturaleza habitual en la institución, es decir, que se trate de honorarios a que alude el inciso segundo del artículo 11 del Estatuto Administrativo.

De lo anterior se colige que ha sido el propio legislador quien, por medio de la autorización del traspaso a la contrata originada en las citadas leyes de presupuestos, ha efectuado un reconocimiento de la continuidad y habitualidad de las funciones de tales servidores para los aludidos efectos (aplica dictamen N° 16.512, de 2018).

En segundo término, se debe hacer presente que el legislador ha efectuado modificaciones legales destinadas a que los trabajadores independientes tengan cobertura integral en materia de seguridad social, dentro de los cuales se encuentran los servidores a honorarios que se desempeñan para la Administración, las que se contienen en las leyes N°s: 20.255, 20.984 y, recientemente en la Ley N° 21.133, publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero del presente año, las

que establecieron la obligación de los trabajadores independientes, con rentas provenientes del artículo 42, N° 2, del decreto Ley N° 824, de 1974, Ley sobre Impuesto a la Renta, de cotizar para los distintos regímenes de protección social.

En este sentido, es conveniente hacer presente que la historia fidedigna del establecimiento de esas leyes da cuenta que estas se enmarcan en reiterados esfuerzos legislativos por promover la incorporación de estos trabajadores a la seguridad social, consignando que un 75% de ellos no tienen cobertura del sistema previsional y de seguridad social.

Dichas cotizaciones otorgan, entre otros beneficios, acceso al sistema de prestaciones de salud, pudiendo hacer uso de licencias médicas por incapacidad laboral por enfermedad común, y gozar de los subsidios pertinentes, entre los que se encuentran los otorgados con ocasión de los descansos por maternidad.

En este contexto, es del caso hacer presente que la protección a la maternidad, como un conjunto de derechos integrantes de la seguridad social –además de su reconocimiento expreso en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo–, ha sido recogida en tratados internacionales ratificados por Chile, como acontece con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ratificado por Chile y promulgado a través del decreto N° 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores–, el que en su artículo 9 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, precisando en su artículo 10, N° 2, el reconocimiento especial de protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, debiendo concederles a las que trabajen, licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En ese mismo sentido se adoptó el Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad que fue promulgado por medio del decreto N° 1.907, de 1999, de igual cartera ministerial.

De lo indicado se desprende que en la actualidad las mujeres que prestan servicios a honorarios para la Administración en las condiciones señaladas, y que coticen para los distintos regímenes de protección social, tienen derecho a acceder a las coberturas que ellos otorgan y, por tanto, a invocar los beneficios que correspondan a la maternidad derivados de aquella cobertura, en razón de lo cual, tales derechos no pueden ser restringidos en los respectivos contratos de honorarios.

En ese orden de ideas, el fuero constituye un resguardo del que goza la madre trabajadora desde el embarazo hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental, para mantener su fuente laboral y asegurarle un medio de subsistencia económica para el debido cuidado tanto de ella como de su hijo y, asimismo, permanecer adscrita al sistema de seguridad social antes aludido.

Dicho fuero maternal se ha hecho extensivo a las funcionarias públicas, ya sea de planta como a contrata, así como también al personal que desempeña un cargo bajo una contrata de reemplazo o una suplencia, según se consigna en el dictamen N° 20.921, de 2018.

Ahora bien, en lo que dice relación con la situación de las servidoras contratadas a honorarios en virtud de lo previsto en el artículo 11, inciso segundo, de la Ley N° 18.834, que prestan servicios habituales, cabe señalar que estas en la práctica cumplen funciones asimilables a las de una funcionaria pública, pero que por un hecho no imputable a ellas, como lo es la rigidez de la normativa de la Administración, que restringe la cantidad de cargos con el que cuenta el

servicio contratante para desarrollar sus funciones usuales, han sido contratadas bajo una figura excepcional y transitoria, como lo es la prestación de servicios sobre la base de honorarios.

Tal presupuesto no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad, dentro de los cuales se contempla el derecho al fuero maternal.

Bajo ese entendido, corresponde concluir que resultan extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las servidoras que prestan servicios a honorarios en virtud de un contrato de esa naturaleza, celebrado conforme al inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 18.834, que desarrollan funciones habituales, por lo que esos derechos se entenderán implícitamente incorporados a sus contratos, lo cual no obsta a que se añadan expresamente a estos últimos.

Por su parte, en cuanto a la pertinencia de recurrir al desafuero, por incurrir en alguna causal que lo haga procedente, deberá estarse a lo dispuesto en el dictamen N° 20.921, de 2018, de este origen, en el entendido que, para estos efectos, dichos contratos se asimilan a uno de plazo fijo.

Consecuentemente con lo expuesto, *se reconsideran* los dictámenes N°s. 11.781, de 1962; 13.495, de 1987; 27.005, de 2013 y toda jurisprudencia en contrario.

Saluda atentamente a Ud.

JORGE BERMÚDEZ SOTO  
Contralor General de la República



RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Hernán Corral T., *El proceso contra Tomás Moro*. Rialp. Madrid. 2015 (142 pp.).

Tomás Moro es, indudablemente, una de las personalidades a las que la literatura y la historiografía occidental han dedicado más biografías y estudios, algunos de ellos poniendo el acento en los aspectos religiosos de su vida, otros en los políticos, otros más en los referidos a su pensamiento humanista, a su defensa de la libertad de conciencia o a los aspectos literarios de su obra. Pero lamentablemente se han dedicado muy pocas obras al estudio de las dimensiones jurídicas de su actuación y de sus escritos, a pesar de que su profesión de base era la abogacía y de que fue considerado en su tiempo como el abogado más talentoso de Inglaterra.

En el libro que ahora se comenta, el destacado jurista chileno Hernán Corral intenta subsanar esa falencia y dedica este breve volumen al estudio y comentario del juicio que Enrique VIII mandó iniciar al humanista inglés dos años después de su renuncia al cargo de Canciller del Reino. En efecto, en 1532, el Rey hizo sancionar por la Convocation (sínodo) de Canterbury el documento denominado *Submission of Clergy*, por el cual –y tal como su nombre lo indica– los obispos de Inglaterra declaraban solemnemente que todo el clero de ese reino quedaba sometido al Rey, sin ningún límite ni matización. Esto implicaba necesariamente la más terminante recusación del poder del Papa de Roma, acusado por Enrique de haberse negado a declarar nulo su matrimonio con Catalina de Aragón y Castilla, acto que haría posible su casamiento legítimo con su pretendida Ana Bolena.

Al día siguiente de esta sanción, Tomás Moro, hasta entonces Canciller de Inglaterra, se reunió en los jardines de Whitehall Palace con Enrique, quien estaba acompañado de Thomas Howard, Duque de Norfolk, y le entregó su renuncia al cargo, alegando problemas de salud. En ese mismo momento, Moro entregó al Duque el Gran Sello, que simbolizaba su poder, jerarquía y funciones, y se retiró a su casa de Chelsea, prometiendo no inmiscuirse en asuntos públicos y dedicarse solo a una vida de oración y de práctica de la piedad personal y familiar. “Me he propuesto –escribió Moro– dedicar a tareas intelectuales y a Dios este tiempo libre que con tanta generosidad se me ha concedido, a petición mía, por la amable compasión de nuestro muy ilustre soberano”. Lamentablemente, esta compasión del rey duraría bastante poco, así como le duraban las esposas.

Ahora bien, las tareas intelectuales a las que se dedicó Moro no tuvieron por objeto temas banales o de esparcimiento, sino que estuvieron centradas fundamentalmente en la crítica del protestantismo, en especial de las ideas de John Frith, William Tyndale, Christopher Saint German y Martín Lutero. Esto produjo la exasperación de varios de los asesores de Enrique, como Thomas Cranmer y Thomas Cromwell, que habían convertido a la lucha contra Roma en uno de los ejes de la política gubernamental y redoblaron la presión sobre Enrique para que eliminara a Moro. Intentaron someterlo a juicio varias veces pero sin éxito, hasta que se les presentó la ocasión apropiada: en marzo de 1534 el Parlamento aprobó la Ley de Sucesión (*Act for the Establishment of the King's Succession*) en la que se castigaba con prisión “durante el tiempo que el Rey quisiera” y confiscación

de todos sus bienes a quienes hablaran o escribieran en contra del matrimonio del Rey con Ana Bolena, debiendo jurarse por todos los súbditos la aceptación del contenido del texto normativo.

La totalidad de los obispos del reino, menos John Fisher, juraron la ley y Moro fue citado al Palacio de Lambeth para prestar el juramento. Allí fue recibido por una Comisión presidida por el Arzobispo de Canterbury (designado por Enrique) Thomas Cranmer, que le exigió el juramento: Moro se negó a prestarlo, alegando que el texto del juramento no coincidía con la letra de la ley y que tal como estaba redactado iba en contra de su conciencia. Como consecuencia fue arrestado en la Torre de Londres (aún puede verse la habitación donde estuvo prisionero) y todos sus bienes confiscados por el monarca.

Estando ya en prisión, Enrique y sus secuaces dieron un paso más en el camino de la estatización de la Iglesia de Inglaterra, e hicieron sancionar por el Parlamento la denominada Ley de Supremacía (*Act of Supremacy*) en la que se declaraba que el rey era la Cabeza Suprema en la Tierra de la Iglesia de Inglaterra. Unos meses después, se sancionó una nueva Ley de Traiciones, en la que se penaba con la muerte cualquier intento de privar al Rey de sus títulos, incluido el de Jefe Supremo de la Anglicana Ecclesia. Moro fue citado varias veces por diferentes comisiones, integradas invariablemente por Thomas Cromwell, con el objeto de forzarlo a prestar juramento al contenido de la ley; al negarse a prestarlo, Moro fue sometido a juicio por traición. En este juicio –que Corral describe muy detalladamente– se violaron todas las reglas procesales que podían impedir la condena, y basándose exclusivamente en el testimonio –falso, por supuesto– del funcionario real Richard Rich, se lo condenó a morir ahorcado, destripado y descuartizado. Enrique, siempre tan clemente..., conmutó esa pena por la de “simple decapitación”, tal como lo había hecho con el obispo John Fisher.

En su detallado relato del juicio, Hernán Corral pone en evidencia que Moro se defendió todo a lo largo del proceso con argumentos estrictamente jurídicos, recurriendo a las normas constitucionales (la Magna Charta), al derecho comparado de las naciones cristianas, al Derecho Canónico (que entonces era parte del derecho positivo de Inglaterra), al Derecho Procesal de su tiempo, y al Common Law. Moro siempre creyó en la justicia de su causa y nunca se presentó como un mártir; exigió que se cumpliera en su caso con el derecho vigente en esa época y que se cumpliera de buena fe, respetándose las exigencias de *rule of law*. Solo luego de leída su condena, Moro hizo uso de la oportunidad para hablar que se concedía a los condenados y expuso la verdadera causa de su condena: “Yo sé bien –dijo– por qué causa me habéis condenado. Es porque jamás he querido consentir en la materia del matrimonio del Rey”.

En efecto, Ana Bolena fue la más encarnizada enemiga de Moro en razón de su negativa a aceptar la legalidad de su matrimonio; pero a esto se le sumó el odio que sus escritos y conducta habían despertado en aquellos que querían implantar el protestantismo en Inglaterra, aun en contra de la voluntad del Rey, en especial Thomas Cranmer y Thomas Cromwell. El juicio –explica muy bien el autor del libro– fue llevado adelante formalmente en bastante conformidad a la legislación vigente, pero la mala voluntad de los juzgadores (tribunal y jurado) incitados por Enrique y su camarilla logró desvirtuarlo y convertirlo en una patente violación del *rule of law*. Todo esto está admirablemente explicitado por el autor del presente volumen, con muy buena prosa, una bibliografía abundante y

pertinente, una información destacable (consignada en oportunos apéndices) y una estructura argumentativa especialmente adecuada. Se trata, por lo tanto, de un libro de relevante valor histórico y teórico-jurídico, que además reivindica la figura de quien fuera una de las personalidades más atrayentes del pensamiento de Occidente y un paradigma de jurista humanista, comprometido con la justicia e integralmente cristiano.

CARLOS I. MASSINI-CORREAS

Héctor H., Hernández, *Violación de derechos en cadena (La doctrina del fruto del árbol envenenado)*. Cathedra Jurídica. Buenos Aires. 2018 (273 pp.)

La doctrina del fruto del árbol envenenado (bautizada con la sigla DOFAV por Hernández) es un tópico de especial interés, dada su relación con las exclusiones probatorias en el proceso penal, recurso táctico que es propulsado a través de la prédica de Eugenio R. Zaffaroni –autor tipo del abolicionismo en nuestro país–, quien en traza de demoler el Derecho Penal con sus propias categorías, propone apelar a las nulidades procesales en ese continuo devenir hacia el abolicionismo (pp. 14-15).

#### CUESTIÓN Y PRINCIPIOS

La primera parte de la obra (caps. 1-3) plantea el interrogante de si es justo, que tal como lo propone la DOFAV, ante el irregular desempeño de las fuerzas de seguridad en un procedimiento (denominado “delito de proceso”) se declare la nulidad de todo lo actuado y la secuencia de medidas probatorias posteriores; como así también se sobresea o absuelva al imputado por el “delito de fondo”, amén del conjunto de probanzas recabadas en su contra.

Tras alentar al lector en la búsqueda de una respuesta a la cuestión disputada, Hernández se aferra al faro de los primeros principios de la Ciencia Penal, cuyo epítome se encuentra sintetizado en las máximas de “prevenir los delitos”, “investigarlos con el debido respeto de todas las garantías”, y “sancionarlos en pos del bien común político”.

De esta manera, contrariamente a la *forma mentis* de los cultores del garanto-abolicionismo, y con la libertad propia de todo filósofo del Derecho, el jurista invalida la moderna concepción del Derecho Penal como carta magna del delincuente, al rubricar precisamente que “el Derecho Penal no está para proteger el delito”, sino a todas sus víctimas, entre las cuales incluye a la “víctima comunidad política” (p. 13).

Así, con clarividencia, el estudio demuestra que la justicia concretada en la pragmática de “dar a quien delinque su pena” se afinsa en un Derecho Subjetivo natural a la legalidad de ejercicio imperativo, por cuanto sin su actualización no puede preservarse la sociedad política, ni alcanzarse la concordia.

De ahí que con buen tino se aluda a “un artículo 0” del Código Penal y la Constitución Nacional, en tanto este principio de ley jurídica natural se encuentra supuesto, es decir, se da por sobreentendido (pp. 11-13). Tal es así, que la misma Constitución impera al Congreso a dictar, en nombre de la “víctima comunidad política”, un Código Penal destinado a resguardar a las víctimas actuales y potenciales de la violencia delictiva.

Completa este ágil tramo del libro, la desmitificación de una relación agonal entre estos principios del Derecho Penal y las garantías procesales; la reivindicación del *ius puniendi*, en tanto Derecho Humano del Estado ejercido en beneficio de todos los hombres que lo conforman; y finalmente, una serie de reflexiones esenciales en derredor a la presunción de inocencia, particularmente aptas para propiciar “el despertar del hombre jurídico penal argentino”.

### EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DEL FRUTO DEL ÁRBOL VENENOSO (DOFAV)

Seguidamente, la amena lectura de la primera parte del libro nos invita a descubrir el alcance de la regla de la DOFAV y cómo es inducida desde la jurisprudencia (caps. 4-6). Acrisolado por la pedagogía de un maestro oficioso, generoso y experimentado, en solo siete puntos el preclaro autor consigue describir con facilidad cómo el árbol envenenado es resultado de la utilización de una de las ramas envenenadas en el proceso penal. Acercando al lector, así, a la premisa de que si existe un eslabón ilegítimo (léase envenenado) y su supresión mental conduce a la no producción de las siguientes secuencias probatorias; luego, debe tenérselo por inexistente junto con los consiguientes eslabones para acreditar el delito de fondo, por cuanto de lo contrario, el veneno se trasvasaría a los restantes actos.

Ahora bien, expuesta la regla de exclusión probatoria, se descubren sus diferentes fundamentos, los que giran en torno a una tríada de ejes argumentales. Uno de estos se encuentra precisado por una finalidad con aparente sustrato moral, pues se afincaría en la idea de que si se echara mano a los elementos envenenados, se usaría un medio malo para un fin bueno, horadando así la máxima paulina (también conocida vulgarmente como antimachiavélica) y la Constitución Nacional. En tanto las demás razones se reducen principalmente a dos: 1) un propósito utilitario, asentado en la convicción de que aplicar la regla es un medio idóneo para disuadir a los agentes del Estado a respetar el orden jurídico y mejorar el servicio de justicia; y 2) una finalidad docente, tendente a instruir cívicamente a la comunidad.

Profundizando la *via inventionis* y guiados por el ánimo de veracidad, luego nos topamos con una exhaustiva exposición de las excepciones a la regla (cap. 8), paradójicamente admitidas por los preconizadores de la DOFAV. De esta manera, pivoteando con dinamismo en fuentes doctrinarias especializadas en la materia y jurisprudencia específica del orden nacional e internacional, se obtiene una cabal comprensión de los disímiles supuestos de excepción sobre los cuales enseña cierta aquiescencia la literatura reformista (v. gr.: vía independiente, falta de conexión de antijuridicidad, infracción accidental del orden constitucional, descubrimiento inevitable, buena fe, tinte diluido, *clearing* de valores, etc.).

Prosiguen los caps. 10-31, donde el camino desandado permite concluir que la razonabilidad de la DOFAV y las exclusiones probatorias promovidas por esta errada doctrina zozobran, cuando detenemos la mirada en las variopintas excepciones reproducidas a granel por sus cultores, respecto de una regla tan exceptuada en la práctica, que deja de constituirse en tal.

Más aún, son tantas las aporías de la DOFAV enseñadas, que necesariamente conducen a la implosión de la trama argumental desarrollada en derredor a la irracional, inmoral e injusta máxima de absolver a quien cometió un delito, pese a contar con pruebas suficientes de su culpabilidad, en desmedro del bien común político de todos los argentinos.

En definitiva, lo escrito devela cómo la recepción de esta doctrina y el *ma-remágnum* provocado por sus mil y una excepciones ha sido capitalizado por el movimiento instituido “en favor del delincuente” (p. 143), que replicando sus habituales estratagemas ha transformado a la DOFAV, junto con otros tantos institutos (como por ej. las excarcelaciones, el principio de oportunidad, etc.), en un medio más para concretar la anhelada aspiración de un garantoaboliciónismo convocado a cancelar el Derecho Penal, al punto de erigir al delito en un bien jurídico protegido (cap. 14).

De este modo, el estudio afrontado con caridad intelectual permite entrever cómo se capa de aplicarse el adagio “el fin no justifica los medios” (principio moral efectivamente cierto, pero por demás inaplicable aquí, tal cual se explica en el cap. 17<sup>1</sup>); o con el pretexto de un argumento utilitario huérfano de utilidad (*vide* cap. 28)<sup>2</sup>, u otras razones también refutadas con suma solvencia<sup>3</sup>, se genera el entuerto axiológico de un delito de proceso consumado por un funcionario inferior que conduce a proteger un delito de fondo; e impide al juez (funcionario superior) el ejercicio imperativo del Derecho Subjetivo de dar a quien delinque su pena, en beneficio de toda la comunidad (caps. 14, 19 y 26).

## LA TESIS

Los últimos capítulos (32-34) contienen la tesis de que la aplicación de la DOFAV acarrea inexorablemente la impunidad del delito de proceso cometido por las fuerzas de seguridad, la impunidad del delito de fondo consumado por quien delinquirió, y la impunidad del delito cometido por el juez al no dar a quien delinque su pena (según los arts. 71 y 274 del Código Penal). A lo que debe añadirse la

---

<sup>1</sup>Al tratarse de actos realizados por sujetos distintos y no distinguir los bienes o males morales-jurídicos de los físicos.

<sup>2</sup>La obra demuestra que en términos pragmáticos es más redituable sancionar ambos delitos –léase el de proceso y el de fondo–, sin revictimizar a nadie. También se enseña que de esta forma se puede corregir y educar a las fuerzas de seguridad; más aún, de este modo se alcanza con más eficacia el fin docente propuesto. Pues de lo contrario, la no sanción del delito de proceso (según el autor, habitual en esta clase de casos, e incluso aconsejada por parte de la doctrina) y la impunidad del delito de fondo tornarían infructuoso tanto el cumplimiento del propósito utilitario como el del objetivo pedagógico.

<sup>3</sup>Tales como a modo de ej., entre otros, la proposición de que “El Estado no puede beneficiarse del delito” (cap. 25) u otros argumentos vertidos por doctrinarios como Guariglia (cap. 29) y Carrió (cap. 31).

posible aplicación de la justicia por mano propia, a partir de una razonabilidad constitucional quebrantada, al volverse la ley en arcilla moldeable por los jueces, no respetarse la división de poderes y conculcar criterios elementales de igualdad (caps. 11 y 16).

Se hace evidente, entonces, que al rendir fruto el delito y expropiarse la seguridad de la justicia penal se produce una violación en cadena de Derechos Humanos, además de anonadarse el cumplimiento de los fines de la pena, en detrimento de toda la sociedad política.

Sin conformarse con construir una mera crítica, cierra este amigo del buen mirar su obra con una respuesta superadora, que nos permite reconciliarnos con el sentido común y se encuentra imperada por la tradicional “[...] máxima de la primacía de la verdad convincente y probada según la sana crítica por sobre la ficción del árbol envenenado” (p. 199). Proponiendo, así, una solución que conlleva a la justa sanción del delito de proceso y el delito de fondo, de consuno al cumplimiento de los fines de la pena, en procura del bien de todos los integrantes de una comunidad surcada por un espiral de conductas delictivas.

## CONCLUSIONES

La obra reseñada presenta una doble razón de mérito, que ineludiblemente la constituye en una referencia de obligada consulta. Primero, justifica su encomio la rigurosa investigación aprontada por el autor y la sólida reconstrucción de una doctrina foránea, que carece de una elaboración orgánica, pese a su acrítica recepción en los foros nacionales. Y en segundo lugar, su loa se ve aún más resignificada por una categórica refutación de la DOFAV, que es complementada con una tesis original e inédita, a partir de la que se abre paso a una auténtica solución de la cuestión planteada, pero partiendo de los fundamentos del realismo clásico y el sentido común.

Por lo demás, este libro presenta el valor agregado de que Hernández es reconocido como una autoridad en esta temática<sup>4</sup>, la que se ha entregado a estudiar sin medida y con aquella actitud de “total imparcialidad del corazón frente a la verdad de las cosas”, que otrora fuera caracterizada por Pieper<sup>5</sup>. En efecto, esta fecunda obra es el fruto de más de dos décadas de un afanoso trabajo intelectual, que comprende múltiples debates, disertaciones e infinidad de publicaciones<sup>6</sup> citadas hacia el final de *Violación de Derechos en cadena* (pp. 268-273).

En fin, sin traicionar la fluidez de su clásico estilo (siempre caracterizado por la frescura de sus expresiones y una sencillez de dicción que allanan la comprensión de toda clase de lector, sea lego o no), este verdadero maestro del Derecho ha logrado alumbrar una obra que, a mi juicio, es fundamental, en tanto contiene la

---

<sup>4</sup>Tal como se puede recoger en Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal* (6ª ed.). Hammurabi, Buenos Aires. 309.

<sup>5</sup>Pieper, J. (2005). *Introducción a Tomás de Aquino*. Rialp. Madrid. 2005. 100.

<sup>6</sup>Entre las cuales vale destacar, *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2017, cap. 14; *El garantismo abolicionista*. Marcial Pons. Buenos Aires. 2013, cap. 41; y *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*, AA. VV. (dirigido por Hernández, H. H.). Cathedra Jurídica. Buenos Aires. 2010, caps. XXIV-XXVI.

llave de bóveda para brindar un aporte más al bien común de todos los argentinos, al derribar el mitológico castillo de naipes de la “doctrina del fruto del árbol venenoso” (DOFAV), que en justicia debería llamarse “doctrina de la impunidad, fruto de la exclusión venenosa de inriminatorias pruebas” (DOIFEVIP).

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS\*

Brian W. Harrison, *Le développement de la doctrine catholique sur la liberté religieuse: un précédent pour un changement vis-à-vis de la contraception?* Soc. St. Thomas d’Aquin, Dominique Martin Morin, Francia. 1988 (205 pp).

El padre Brian Harrison, o.s., es una *rara avis*. Nacido en Australia y convertido al catolicismo romano, ha venido publicando desde 1987 diversos trabajos acerca de la infalibilidad del Magisterio, la Tradición y las Sagradas Escrituras, con una claridad pocas veces vista. Se trata de uno de los tantos sacerdotes que, gracias a Dios, no han claudicado en esa divertida tarea de pensar.

Entre los trabajos publicados se pueden citar los siguientes: *Pius IX, Vatican II and Religious Liberty, The Pontifical Academy of the Immaculata, Humanae Vitae and Infallibility*.

Es como si necesitásemos que, cada tanto, saliese algún converso a dar la cara por la Iglesia.

Harrison, al igual que Newman o San Pablo, escribe con total claridad y franqueza, sin pelos en la lengua; coherente con su deber de estado, razona al estilo tomista. Se plantea los *sed contra* y los resuelve para defender la “barca del Pescador”, que en tantas oportunidades como ahora, se ha visto abordada por piratas, tanto internos como externos.

Con gran osadía, se ha metido en una de las cuestiones más espinosas del magisterio conciliar: la *libertad religiosa*, expuesta desde 1965 en el documento *Dignitatis Humanae*, que, hasta la fecha, ha hecho derramar ríos de tinta para –generalmente– hacerle decir lo que a cada uno le conviene en cada caso merced a su letra “por demás” ambigua.

Pero el australiano no se ha quedado en el discurso de barricada o panfletario; al contrario, ha tenido el atrevimiento de publicar sus estudios a modo de tesis doctoral ni más ni menos en el mismísimo *Angelicum*, Universidad Pontificia Sto. Tomás de Aquino de Roma, donde antaño se estudiaba a Santo Tomás.

El título de la tesis es de por sí atrayente, es decir marketinero: “Libertad religiosa y anticoncepción” dice el original inglés. Y uno se preguntará: ¿qué tendrán que ver?<sup>1</sup> Mucho, mucho... Es que, en sana lógica, Harrison se pregunta lo

---

\*Publicado también en *Prudentia Iuris*/Buenos Aires, N° 87/2019.

<sup>1</sup>Para comprender mejor el tema puede uno entrar en el sitio donde se encuentran sus trabajos: [www.rtforum.org](http://www.rtforum.org).

siguiente: si la Iglesia cambió su doctrina respecto del resto de las religiones, ¿no podría cambiarla también respecto de la píldora, el preservativo, etc.?

## EL MILAGRO POLÍTICO

Si las encíclicas o documentos pontificios fueran susceptibles de canonización, sin duda habría que iniciar la causa de la *Dignitatis Humanae* pues, sin saberlo, cumplió con uno de los requisitos decisivos para llegar a los altares: hizo un milagro, pues ha sido de los pocos documentos que logró poner de acuerdo a *tradicionalistas* y *progresistas* por igual.

Sucede que teólogos de avanzada como el padre Charles Curran, han dicho que *la historia revela que la Iglesia Católica ha cambiado su parecer respecto de la libertad religiosa*, por lo que, por ende, *podría perfectamente modificar su doctrina sobre la anticoncepción, el celibato sacerdotal*, el 6º y 9º mandamiento y hasta el aborto. Quizás en esta parte sur de América no se conozca demasiado al padre Curran, pero es un especie de Leonardo Boff, evidentemente evolucionado y de sangre imperial, a quien muchos siguen todavía en Europa y USA.

Los “ultra” (término ambiguo en el cual entra desde el Führer hasta el Che Guevara), aprovechan para decir que, *habiendo cambiado la doctrina*, la Iglesia se ha venido abajo y por lo tanto, durante el Concilio la Esposa de Cristo sufrió un cambio sustancial que la hizo ser otra cosa.

Y así, como en el mundo del derecho, existe una biblioteca que apoya al fiscal y otra a la defensa, sin querer reducir el problema moral de fondo a cuestiones metafísicas, Harrison trata de aplicar todos los recursos posibles para aunar la postura tradicional con esta nueva forma de “expresión conciliar”. Lo cierto es que este pequeño decreto ha traído un gran dolor de cabeza a gran parte de los teólogos católicos. Tanto que, en su momento, Juan Pablo II debió publicar una encíclica (*Redemptoris missio*) para explicar que las misiones católicas no estaban abolidas por el Concilio.

Es que desde los primeros días del posconcilio se discutía el alcance de la *Dignitatis Humanae* y hasta era tema de debate en los colegios (tanto que nuestra propia madre nos comentó más de una vez, por entonces, en un colegio de monjas, las hermanitas no sabían cómo explicarles a las alumnas esto de que “todas las religiones son iguales” y todas son queridas por Dios...

En nuestro país, Argentina, el mismísimo padre Meinvielle debió tocar el tema haciendo malabarismos –es verdad– en una separata de su libro *De Lammenais a Maritain* que Harrison utiliza, por cierto.

## LOS PRINCIPIOS SENTADOS

El lenguaje de Harrison, manifiesta su sólida formación aristotélico-tomista, que, sumado a sus conocimientos históricos, permiten razonar en concreto, con *ojos mejores* para ver la Iglesia.

El autor trata de hacer al principio de su obra una pequeña catequesis de lo que significa la *política variable de la Iglesia*, es decir, los medios que el Papa debe utilizar para responder a un problema concreto. Con toda honestidad intelectual

y desde el primer capítulo, se propone demostrar que la doctrina de la *Dignitatis Humanae* no ha cambiado la postura “tradicional”; hubo en cambio “una nueva forma de expresarse”.

Y uno podrá estar de acuerdo con esta postura, pero es lo que él intenta hacer.

Harrison resume así la postura tradicional de la Iglesia acerca de la libertad religiosa:

- 1) La sociedad civil tiene el deber de honrar a Dios y reconocer a la Iglesia Católica como la depositaria de las verdades de Cristo.
- 2) La sociedad civil tiene, además, el deber de proteger tanto a la verdadera religión como a la Iglesia Católica en cuanto institución, restringiendo, en la medida en que el bien común lo demande, la libre propagación del error cuando lo requiera.
- 3) Nadie tiene un derecho objetivo a creer o a propagar aquello que es falso o a hacer aquello que es malo.
- 4) Nadie puede ser obligado a abrazar la fe católica ya que el acto de fe es un acto libre.

El Concilio, por su parte, afirma que:

- 1) La doctrina católica de siempre, concerniente al deber moral de los hombres y de las sociedades frente a la verdadera y única Iglesia de Cristo, permanece intacta.
- 2) La persona humana, en virtud de su dignidad, tiene derecho a no ser molestada en materia religiosa, ya sea individualmente o colectivamente, en público o en privado, salvo que se propase en los justos límites, de suerte que no puede ser forzada a obrar contra su conciencia.
- 3) Los justos límites mencionados anteriormente deben responder al orden moral objetivo.

Hasta aquí el resumen.

Para comprender mejor el terreno en el que se movían los padres conciliares, Harrison intenta recrear el difícil contexto político del Concilio Vaticano II: en primer lugar, nos dice, la Iglesia creía haber perdido la guerra (esta era opinión generalizada entre los vencedores) por lo que se temía hablar con la claridad de siempre, máxime cuando todo parecía encaminarse hacia el “paraíso comunista”. Había que decir la verdad, pero a cuentagotas...; darle al mundo un remedio en dosis homeopáticas –como decía Meinvielle. En síntesis: había que *aggiornarse*.

Fue justamente a Juan Pablo II a quien, siendo aún un joven cardenal, le demos la enérgica intervención contra el Cardenal De Smedt pidiendo inscribir las palabras “orden moral objetivo” en la *Dignitatis Humanae*.

## LA LINGÜÍSTICA

En el Concilio, según Harrison (y en esto opina lo mismo Romano Amerio), hubo una “nueva forma de expresar las verdades” que, con el tiempo, serían interpretadas a gusto del consumidor. Claro que se decía que la doctrina anterior quedaba

a salvo pero... El tema de la tolerancia del error, por ejemplo, ya había sido tratada muchas veces por la Iglesia; el mismo León XIII había dicho en la encíclica "Libertas" que *"se pueden tolerar las enseñanzas del mal, siempre y cuando así lo indique la prudencia política"*.

Los redactores de la nueva "libertad religiosa", al decir del autor (al menos los más honestos), pensaban que si se condenaba la libertad de culto y se reafirmaba la doctrina tradicional expresada por Pío IX, probablemente los vencedores de la guerra no solo harían caso omiso a unos cuantos consejos "pastorales", sino que ampliarían aún más los gulags para la reeducación "espiritual". Se debía usar la sugestión o, como decía Amerio el "circiterismo", la aproximación al significado pero de modo ambiguo.

Las consecuencias hoy son patentes. Si la sal pierde su sabor, ya no sirve sino para ser pisoteada por los hombres, aunque la *Iglesia de la Publicidad* (como la llamaba Meinvielle) se encargue de enseñar lo contrario.

### ¿PERSEGUIR O NO PERSEGUIR?

Según la enseñanza de la Iglesia solo hay una religión verdadera y el resto son falsas religiones; sin embargo, claramente siempre ha existido la tolerancia ante la práctica de esas falsas religiones, siempre y cuando no se viole el bien común, ni se vaya contra los principios del orden moral. Harrison aprovecha para agregar que "en el dominio de la política, es decir en el juicio práctico sobre los medios necesarios para mantener el bien común, la Iglesia ha juzgado tradicionalmente que, al menos en una sociedad ya católica, la difusión de *las ideas y prácticas opuestas al catolicismo*, es ipso facto *una amenaza contra el bien común, las cuales deberían ser reprimidas*".

Es decir, todo un troglodita para los nuestros oídos modernos...

Esta proposición no significa que toda no católica deba ser reprimida, sino solo aquella que fuese en desmedro de las "buenas costumbres", entendiéndose por estos términos, aquello que dictamina la sana conciencia y en definitiva los mandamientos (que no son otra cosa que su explicitación para los corazones endurecidos).

Pero el autor también sabe hacer malabares por momentos, como por ejemplo, cuando trae a colación un breve artículo del Prof. Bernardino Montejano, argentino y contemporáneo, quien, utilizando la misma letra del Concilio, dice algo así: dado que por la *Dignitatis Humanae* la actividad religiosa puede ser limitada ante la necesidad de proteger los derechos de todos los ciudadanos, un Estado católico podría en justicia reivindicar para sus ciudadanos un derecho de preservar su unidad religiosa y de proteger a los pobres fieles contra un proselitismo socialmente disolvente de las falsas religiones. Lo que traducido significa que, en cualquier país *nominalmente* católico, se podría restringir la actividad religiosa de otras confesiones alegando un cierto *sentir nacional*.

Acá Harrison intenta refutar estos escasos tres renglones con más de seis páginas de su libro, para terminar diciendo que, esta proposición *no convendría* por la sencilla razón de que, con ese mismo criterio, se podría reprimir a los católicos en los países no católicos. Además, alega, dicha postura, si bien no contradiría la "letra" del Concilio, sí lo haría respecto del "espíritu" (con minúscula, por las dudas...).

## TOLERANCIA VS. DERECHO

Harrison distingue bien la “tolerancia” del “derecho”, es decir, la tolerancia de las falsas religiones del derecho a creer lo que a uno se le antoje. La primera es bien conocida para todos (todos deben tolerar los impuestos, al jefe, a la suegra...) mientras que la segunda resulta hoy una entelequia, pues en el mundo post-kelseniano ya nadie sabe qué diablos es un derecho.

Al toparse con este intríngulis Harrison trata de explicar que los no cristianos tienen un “derecho natural a ser tolerados”, y no un derecho *per se* a ejercer las falsas religiones, el satanismo, el islamismo o la religión de Harry Potter. Si bien no parece haber sido este el “espíritu” de los redactores de la *Dignitatis humanae*, el autor sale del paso con un salto de canguro. Quizás le hubiera faltado a Harrison un análisis o como se dice hoy, un *juicio histórico* acerca de la conveniencia o no de haber apelado a este tema en esos tiempos, como sí lo hizo Juan Pablo I quien, según dicen, intentó un *mea culpa*, al decir que “durante varios años hemos enseñado que el error no tiene ningún derecho. He estudiado a fondo el problema y, al final, me he convencido de que nos hemos equivocado”<sup>2</sup>.

Sumando y restando: es un libro que merece leerse y traducirse a la lengua de Cervantes.

JAVIER P. OLIVERA R.\*

Card. Joseph Ratzinger, *Liberar la libertad. Fe y política en el tercer milenio*. Textos selectos. Volumen 2. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC). Roma. 2018 (124 pp.)\*\*

La relación entre la fe y la política es uno de los grandes temas que siempre ha estado en el centro de la atención de Joseph Ratzinger/Benedicto XVI, y atraviesa todo su camino intelectual y humano: la experiencia directa del totalitarismo nazi lo llevó, como joven estudioso, a reflexionar sobre los límites de la obediencia al Estado a favor de la libertad de la obediencia a Dios: “El Estado –escribe en este sentido en uno de los textos propuestos– no es la totalidad de la existencia

---

<sup>2</sup>Esta afirmación fue publicada en una breve biografía, la misma tarde de su elección, por la Sala de Prensa Vaticana y reproducida, a su vez, por el diario francés *Le Monde*, 28 de agosto de 1978 (cfr. <http://crc-resurrection.org/toute-notre-doctrine/contre-reforme-catholique/la-vie-de-jean-paul-ier/>).

\*Esta reseña ha sido escrita por el autor, siendo seminarista (hoy es sacerdote) y publicada en la revista *Gladius* 62/2004, 27-211. Por su interés se publica dada la actualidad de ciertas afirmaciones de ser la diversidad de religiones “algo querido por Dios”, lo que dicho así aparece falso porque no se trata de algo querido por Dios sino “permitido por Dios”, es decir, de su “voluntad permisiva”, lo que propiamente no es lo mismo.

\*\*Se publica el prólogo escrito por el Papa Francisco, difundido por la web Vatican insider.

humana y no abarca toda la experiencia humana. El hombre y su esperanza van más allá de la realidad del Estado y más allá de la acción política.

Esto no solo vale para un Estado que se llama Babilonia, sino para cualquier tipo de Estado. El Estado no es la totalidad. Esto aligera el peso al hombre político y le abre el camino a una política racional. El Estado romano era falso y anticristiano precisamente porque quería ser el “totum” de las posibilidades y de las esperanzas humanas. Así pretende lo que no puede; así falsifica y empobrece al hombre. Con su mentira totalitaria se vuelve demoníaco y tiránico”.

Posteriormente, también con estos fundamentos, al lado de San Juan Pablo II él elabora y propone una visión cristiana de los derechos humanos capaz de poner en discusión a nivel teórico y práctico la pretensión totalitaria del Estado marxista y de la ideología atea sobre la que se fundaba.

Porque para Ratzinger el auténtico contraste entre el marxismo y el cristianismo no se da, ciertamente, en la atención preferencial del cristiano por los pobres: “Debemos aprender –una vez más, no solo a nivel teórico, sino en la forma de pensar y actuar– que al lado de la presencia real de Jesús en la Iglesia y en el sacramento, existe otra presencia real de Jesús en los pequeños, en los pisoteados de este mundo, en los últimos, en quienes Él quiere ser hallado por nosotros”, escribió Ratzinger en los años setenta con una profundidad teológica y con una accesibilidad inmediata que son propias del pastor auténtico. Y ese contraste no se da tampoco, como él subrayó a mediados de los años ochenta, debido a la falta en el Magisterio de la Iglesia del sentido de equidad y solidaridad; y, como consecuencia, “en la denuncia del escándalo de las evidentes desigualdades entre ricos y pobres –sean desigualdades entre países ricos y países pobres o bien desigualdades entre clases sociales en el ámbito del mismo territorio nacional–, que ya no es tolerado”.

El profundo contraste, nota Ratzinger, se da, por el contrario (y aún antes que la pretensión marxista de colocar el cielo en la tierra, la redención del hombre en el “más acá”), en la diferencia abismal que subsiste en relación con la manera en la que la redención debe suceder: “¿La redención se da mediante la liberación de cualquier dependencia, o la única vía que lleva a la liberación es la completa dependencia del amor, dependencia que sería luego la verdadera libertad?”.

Y así, con un salto de treinta años, él nos acompaña en la comprensión de nuestro presente, como atestiguan la inmutable frescura y vitalidad de su pensamiento. Hoy en día, efectivamente y más que nunca, se vuelve a presentar la misma tentación del rechazo de cualquier dependencia del amor que no sea el amor del hombre por el propio ego, por “el yo y sus deseos”; y, como consecuencia, el peligro de la “colonización” de las conciencias por parte de una ideología que niega la certeza profunda según la cual el hombre existe como varón y hembra, a quienes ha sido asignada la tarea de la transmisión de la vida; esa ideología que llega a la producción planificada y racional de seres humanos y que –tal vez por algún fin considerado “bueno”– llega a considerar lógico y lícito cancelar lo que ya no se considera creado, donado, concebido y generado, sino hecho por nosotros mismos.

Estos aparentes “derechos” humanos, que se orientan hacia la autodestrucción del hombre (y nos lo demuestra con fuerza y eficacia Joseph Ratzinger), tienen un único común denominador que consiste en una única, gran negación: la negación de la dependencia del amor, la negación de que el hombre es criatura de Dios,

hecho amorosamente por Él a Su imagen y a quien el hombre anhela como la cierva a los manantiales (*Sal.* 41). Cuando se niega esta dependencia entre criatura y creador, esta relación de amor, se renuncia en el fondo a la verdadera grandeza del hombre, al bastión de su libertad y de su dignidad.

Así, la defensa del hombre y de lo humano en contra de las reducciones ideológicas del poder pasa en la actualidad de establecer en la obediencia del hombre a Dios un límite de la obediencia al Estado. Aceptar este desafío, en el verdadero cambio de época que estamos viviendo, significa defender la familia. Por lo demás, ya San Juan Pablo II había comprendido muy bien el alcance de la cuestión: llamado con razón el “Papa de la familia”, no por nada subrayaba que “el porvenir de la humanidad pasa a través de la familia” (*Familiaris consortio*, 86). Y por esta línea también yo he insistido en que “el bien de la familia es decisivo para el futuro del mundo y de la Iglesia” (*Amoris laetitia*, 31).

Por ello, estoy particularmente feliz de poder introducir este segundo volumen de los textos elegidos de Joseph Ratzinger sobre el tema “fe y política”. Que puedan, junto con su poderosa *Opera omnia*, ayudarnos no solo a todos nosotros a comprender nuestro presente y a encontrar una sólida orientación para el futuro, sino también ser verdadera fuente de inspiración para una acción política que, poniendo la familia, la solidaridad y la equidad en el centro de su atención y de su programación, mire el futuro verdaderamente con clarividencia.

Tribunal Constitucional de Chile, *El Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Constitucional Federal de Alemania*. Santiago de Chile, 2019 (91 pp.). *El estado de Derecho en el mundo hispánico* (editor J. M. Cerda C.). Coedición Universidad Gabriela Mistral, Centro de Estudios Medievales. Santiago de Chile, 2019 (132 pp.).

En ediciones muy bien cuidadas (Andros Impresores), como es la costumbre en el último tiempo, el TC ha publicado este año sendas obras, que más breve la primera contiene las exposiciones de las Jornadas que organizara con ocasión de la visita de los miembros del Tribunal Constitucional Federal alemán, en mayo 2018. En ellas expusieron sobre la relación del TC con las entidades jurisdiccionales supranacionales, la magistrada profesora Ch. Languefeld sobre la relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el magistrado D. Hernández E., sobre las relaciones con la Corte Suprema y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre “La jurisprudencia constitucional en Chile y en Alemania” expusieron ambos Presidentes, el Profesor I. Aróstica Maldonado “El Mapocho hoy pasa por Karlsruhe”, y el Profesor Vosskhule, “El legislador y la jurisprudencia constitucional”. Luego el volumen entra en exposiciones sobre temas constitucionales específicos, como “Constitución y derecho penal”, a cargo de la magistrada I. Ott, “Matrimonio y filiación”, de la magistrada S. Kessel-Wulf y en “Jueces y jurisdicción constitucional”, del magistrado J. Messing. El discurso de cierre lo pronunció el Vicepresidente del TC Federal alemán Profesor F. Kirchhof.

La segunda de las obras es de mayor envergadura e importancia y magnífica edición, de real valor artístico por las imágenes y documentos históricos que contiene; muestra los orígenes históricos de nuestro derecho que no son otros que los romanos, cristianos, visigodos, castellanos e indios, así de simple. Y muestra lo que llama, tal vez, de un modo anacrónico Estado (porque no hubo tal en la “Corona de Castilla”) de Derecho (que remite al *Rechtstaat* decimonónico alemán/R. von Mohl y la unificación alemana de mediados del siglo XIX, von Bismarck y la hegemonía de Prusia) en el mundo hispánico. Se inicia este texto con la exposición, breve, del Presidente Aróstica, “El viejo y buen Estado de Derecho hispánico”; luego, siguen del Prof. A. von Teuber, “Las bases clásico-latinas en el pensamiento político de Isidoro de Sevilla” (pp. 15-29), del Prof. F. Martínez Llorente, “Los fueros como manifestación de un estado de derecho formalista en los reinos hispánicos medievales” (pp. 33-51); del editor del libro, Prof. J. M. Cerda Costabal, “Consejo y consentimiento. La monarquía y el origen de las Cortes” (pp. 53-79); del Prof. E. Andrades Rivas, “La monarquía hispánica y el Estado de Derecho en Indias” (pp. 73-89)\*, y el Prof. J. Alvear Téllez, “Constitución histórica y constitucionalismo moderno en la monarquía hispánica” (pp. 91-107). Un apéndice documental (pp. 113-131) se acompaña en el cual se transcriben

---

\*Un texto más desarrollado se publica en este volumen 43 de *Ius Publicum*.

en castellano los textos latinos, castellano antiguo y catalanes que se publican en hermosos grabados de la época a través de sus páginas.

Una muy valiosa obra en que se da a conocer nuestra propia tradición jurídica, cuyo origen no es ni revolucionario francés masónico anticristiano ni angloamericano protestante de clara raigambre calvinista. Se agradece al Tribunal Constitucional, bajo la presidencia del profesor Aróstica Maldonado, esta contribución a la cultura jurídica insistiendo en los fundamentos de nuestro derecho público, que son precisamente castellano-indianos.

J. A. Guzmán, J. I. Brito, I. Illanes y otros, *La Universidad en debate. 18 miradas sobre una controversia*. Universidad de los Andes. Santiago de Chile, 2018 (565 pp.)

Es a raíz de las reformas universitarias del segundo gobierno Bachelet (2014-2018) centradas en la idea marxista de la lucha de clases y destinadas –hablando sin eufemismos– a ir en contra de las universidades privadas, que a partir de la libertad para crearlas, desde 1981 (gobierno Presidente Pinochet Ugarte), que permitiera a más de un millón de alumnos, muchos de ellos de escasos recursos y primer universitario en la familia, integrarse a la Universidad, antes patrimonio exclusivo de las llamadas “universidades tradicionales” con muy pocos cupos de admisión, que ha surgido esta obra.

La aprobación de esas reformas hechas con escasa participación de las propias universidades, dada su intención ideológica, ha significado para las entidades privadas –tildadas por esa ideología de “empresas”–, pues debían sustentarse con sus propios medios, desde que no eran sostenidas por el Estado como las tradicionales estatales, ni recibían subvenciones, significó que han estado sometidas a un régimen constante de acreditación por parte de un organismo estatal (gasto que deben ellas solventar), una intervención bastante pronunciada por parte del Estado, y la obligación de ser entidades sin fines de lucro, todo lo cual ha originado variados problemas que esta obra precisamente se dedica a estudiar.

Una primera parte se dedica a lo que llama “Los temas fundamentales”, con análisis *v. gr.* sobre La complementariedad de lo universitario entre lo privado y lo público (E. Brahm), La autonomía universitaria ante el Derecho (J. Arancibia), ¿Universidad o pluriversidad? (J. Peña), Universidades con ideario en la historia y en el presente (M. Svensson), y La libertad académica y autonomía en regímenes público y privado (A. Bernasconi). Una segunda parte estudia las “Relaciones entre universidad y sociedad”, parte en la cual destacamos entre otros, El concepto de lo público (D. Mansuy), ¿Qué es una educación de calidad? (A. López y J. Nagel), tema que incide en el eslogan publicitario para traer aguas a la ideología de las reformas mencionadas, El desafío de Chile en ciencia y tecnología (O. Descalzi), La universidad como fuente de innovación (M. Vial), y Los desafíos de la investigación científica para una universidad de inspiración cristiana, a partir de las enseñanzas de la Iglesia Católica (J. I. Martínez). La tercera parte analiza “Regulación y financiamiento” con aportaciones sobre La igualdad de trato del Estado a las universidades (J. Arancibia), Control de calidad como “asunto disputado” en

la nueva gobernanza de la educación superior (J. J. Brunner), Algunas observaciones críticas sobre los procesos chilenos de acreditación (J. García Huidobro), La regulación de los aranceles en la educación superior (R. Sanhueza) y Modelos de gobierno universitario, las implicaciones de las distintas opciones (J. A. Guzmán).

Un excelente estudio para aquilatar la situación de las universidades privadas y la importancia que han adquirido a partir de 1981, en una muestra de libertad de enseñanza que ha venido a ser reducida en no poca intensidad a raíz de reformas ideológicas que han impedido la creación de nuevas si bien en período señalado de marzo 2014-marzo 2018 se crearon dos universidades estatales (Rancagua y Aysén) de accidentado nacimiento y escasa influencia.

I. CHILE

*Actualidad Jurídica* – Universidad del Desarrollo N° 40/2019.

El tema central está dedicado a Reformas y contrarreformas, siendo de destacar, entre otros, El mercado de medicamentos y el derecho a la salud (J. Alvear T.), Balance crítico de la ley de fármacos y ley de cambio climático para Chile, algunas reflexiones (R. Campusano y N. Vasallo) y Fijación de plazos de prohibición de ingreso de extranjeros (T. Green). De la sección de Estudios y ensayos, de interés Responsabilidad disciplinaria y civil de clubes de fútbol en Chile (M. Briceño), Las ideas políticas en el Chile de fines del siglo XVIII, entre el barroco y el absolutismo (E. Andrades R.), y Algunas notas en torno a las nociones de ius y iustitia en el Digesto I (Benjamín Musso).

---

*Revista de Derecho* – Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción N°s. 32/2016 y 33/2017.

Del N° 32 de interés La protección de los derechos laborales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral (A. Franchi M.); del N° 33 destacamos El principio de precaución en Chile. Un breve panorama (E. Kitzing).

---

*Revista de Estudios Histórico Jurídicos* – Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°s. 39/2017 y 40/2018.

Del N° 39 destacamos La transformación de la ciudadanía romana en el fin del imperio (E. Andrades R.), De Altamira y Levene a Tau Ansoátegui (Pasando por García Gallo). Tres aproximaciones al derecho indiano (J. García-Huidobro - Diego Pérez L.), Génesis de la delegación legislativa en Chile (A. Bronfman V.) y Reglamento de 1769 de la Iglesia Católica Romana por Catalina II. Documento jurídico fundamental de la legislación de la Iglesia católica en Rusia imperial (Y. Poliakova). Del N° 40 de interés Las “curiae” y las “Leges regiae”. Protohistoria de una evolución sociojurídica (C. Amunátegui P.), Libertad religiosa y derecho de gentes en la Polonia tardomedieval: el caso de Pavel Włodkowic (B. Díaz K.), El delito de adulterio en tres fueros de la familia León-Benavente. Una aproximación interdisciplinaria al derecho medieval español (P. Fernández-Vargas E.), Anotaciones en torno a la mendicidad y la vagancia en la España del Antiguo Régimen y su sustitución por medidas de seguridad (L. Rodríguez E.), “La incultura en que España mantenía a sus colonias”. Dos tópicos del mito fundacional republicano en Chile (E. Andrades R.), Hobbes y la función de los jueces (C. Isler DS.), El derecho en

el enciclopedismo del siglo XVI (R. Ramis B.), El “corpus politicum” de León XIII. Una interpretación antimoderna (J. Alvear T.) y El derecho de resistencia en la modernidad otoñal (F. Carpintero B.)

---

*Revista Chilena de Derecho* – Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 45/2018 N° 3.

De interés. La reforma constitucional y financiera de Balmaceda durante la crisis política chilena 1890-1891 (D. Barría T.), ¿Cómo establecer de manera adecuada los hechos de una tutela? (W. Suárez M.), ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? (M. Silva A.), Volver a los orígenes. La soberanía, un concepto fundamental para comprender el derecho público (C. Ballbontín G.) y Cambio constitucional en Chile, oportunidad para la sensatez (J. L. Cea E.).

## II. EXTRANJERO

*Iusta* – Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás/Bogotá, Colombia N° 49/ 2018.

Destacamos. Otra mirada a la responsabilidad del Estado frente al lavado de activos y la aceptación masiva y habitual de dineros del público (L. F. Ulloa), y Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad de los individuos (A. M. Vargas B.).

---

*Revista de Derecho* – Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo N° 34/2018.

De interés. El valor en aduana y los precios de transferencia (P. González B. - F. Figueredo) y El control de convencionalidad, un concepto de creación jurisprudencial (S. Maruri A).

---

*Prudentia Iuris* – Facultad de Derecho, Universidad Católica de Buenos Aires/Argentina N°s. 85 y 86/2018 y 87(2019).

Del N° 85 destacamos La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social (D. Raneri de C.) y Constitucionalidad y convencionalidad de los derechos humanos del embrión (L. H. Olaguibe); del N° 86, Billy Bud o sobre la existencia

del derecho natural (C. A. Maino), La notable incerteza que produce la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad (M. Silva A.), ¿Existen derechos de solidaridad? La tradición clásica y las propuestas liberales (C. I. Massini), La naturaleza jurídica del cadáver, revisión y tendencias (J. A. Guzmán L.), en su sección Documentos se incluyen las exposiciones ante el Senado sobre el proyecto de ley de aborto/Argentina, de los profesores Alfonso Santiago, María Angélica Gelli y Alberto Bianchi. Del N° 87, Los fines medicinales de la pena y el bien común político en Santo Tomás, consideraciones en torno al delito de aborto (J. M. Clérico), La justificación de la eutanasia infantil, a propósito de un fallo judicial de 2017 (I. M. Hoyos Castañeda), El proceso de Nuestro Señor, perenne cátedra jurídica (C. M. Romero B.) y Derecho a la salud, una mirada desde la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (J. B. Eleta).

---

*Philippinian Sacra* – Universidad Santo Tomás de Aquino/Manila, Filipinas, Vol. 54/2019.

De interés. Discurso leído en la Apertura anual de los estudios de la Real y Pontificia Universidad de Santo Tomás de Manila, de 2 de julio de 1884 (Casto de Elera, o.p. y estudio de B. Lorezca-Tangco).

---

*Cathecumenium* – Facultad de Teología Redemptoris Mater/Callao, Lima/Perú N° 30/2017.

Destacamos. Actualidad de la Declaración “Gravissimum Educationis” del Concilio Vaticano II ante el cambio epocal (Mons. J. del Río Alba, Arzobispo de Arequipa).



## NOTICIAS

### 25 AÑOS DE ICUSTA

El Consejo Internacional de Universidades Santo Tomás de Aquino/Icusta (en inglés), ha celebrado 25 años de su creación, bajo la idea de su fundador, don Gerardo Rocha Vera, fundador de las Instituciones Santo Tomás, dedicados a la educación escolar, técnica, profesional y superior universitaria (Universidad Santo Tomás, con sedes desde Arica a Punta Arenas).

Formado este Consejo por las Universidades Santo Tomás de Aquino de los cinco continentes, su idea central es tener por inspiración de su enseñanza el pensamiento del Doctor Angélico, tanto en lo pedagógico como en su formulación ética, fortaleciendo en los alumnos el recto uso de la razón y el amor a la verdad, a lo cual tiende espontáneamente/*naturaliter* el ser humano, además del respeto por la persona.

Las celebraciones se iniciaron en Santiago de Chile con la reunión de julio de 2018 (de la que se dio cuenta en el volumen 42 de esta revista) y con la celebración del IV Congreso Internacional de Filosofía Tomista, con el tema *Operari sequitur esse* (volumen de próxima aparición). Como conclusión de estas celebraciones este año se ha celebrado recientemente, en julio 2019, en Houston/USA, la decimocuarta Conferencia Bianual de Icusta, organizada esta vez por la St. Thomas University de esa ciudad, entidad que ha sido desde su origen un entusiasta partícipe de Icusta, especialmente bajo el rectorado del profesor Mac Fadden (hoy retirado), quien estuvo varias veces en Chile. En este encuentro se trató principalmente “Los desafíos para renovar nuestra cultura”, y que se haga sentir la inspiración cristiana que está en sus raíces más profundas y que ha significado un enorme progreso de la persona humana e inspirador de una cultura basada en la ley divina y la ley natural.

### CENTRO DE ESTUDIOS TOMISTAS

Dirigido por el Prof. Dr. Ignacio Serrano del Pozo y con la coordinación del Prof. Dr. Carlos Casanova Guerra, este Centro con sede en Santiago (Universidad Santo Tomás), organiza los Congresos Internacionales de Filosofía Tomista, sobre distintos temas del pensamiento de nuestro patrono, Santo Tomás de Aquino. Así se han publicado y están a la disposición del público interesado, las Actas y Exposiciones del Primer Congreso (2012) dedicado a *Persona divina, angélica y humana* (RIL, 2014), del Segundo (2014) referido a *Relaciones y límites entre naturaleza y gracia* (RIL, 2016), del Tercero (2016) *Sobre los grados y tipos de conocimiento* (2017) y del Cuarto (2018) dedicado al análisis del célebre principio *Operari sequitur esse* (en prensas).

Este Centro ha publicado también *Comentario al Libro de los Salmos*, de Santo Tomás de Aquino (en traducción del Prof. Casanova Guerra), en tres volúmenes, *La libertad y sus servidumbres*, de J. A. Widow, *Fundamentos tomistas de la ética profesional, manual introductorio al pensamiento ético de Santo Tomás de Aquino*, de Gómez, Peredo y Franco, *Objetividad y ciencia en Cayetano, una prefiguración de la modernidad*, de C. Muñoz, *Si Dios no existe ¿todo está permitido?*, de J. Lalande, *Santo Tomás de Aquino y sus predecesores*, de Leo J. Elders, *La filosofía tomista ante el hecho de la evolución del viviente corpóreo*, de J. E. Carreño, e *Investigación y fe católica*, de C. Casanova G.

## EDICIONES IUS PUBLICUM

- **Ius Publicum – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos, Actualidades, Jurisprudencia, y Recensiones y reseñas bibliográficas (de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual = nacional  
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero  
 Números disponibles del 8 al 12 \$ 7.500; 13 y siguientes \$ 10.000.

- **Cuadernos IUS Publicum**

Dedicados a temas de derecho público, de carácter monográfico, con un menor volumen de páginas y referidos a la actualidad nacional  
 Valor \$ 10.000

- **Conferencias Santo Tomás de Aquino – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza sobre un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
El derecho, un arte de lo justo	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito.	\$ 5.000
Derecho y familia	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña.	\$ 7.000
Los derechos de la persona que está por nacer	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro.	\$ 7.000

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
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**

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
Teoría tópica del derecho natural	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
El derecho natural en la realidad social y jurídica	Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.)	Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros.	\$ 26.000
Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500
El poder constituyente entre mito y realidad	Santiago de Chile. 2016 (99 pp.)	Sergio R. Castaño	\$ 9.500



## ESTUDIOS

- MIGUEL AYUSO TORRES: *El bien común y la articulación de lo "público" y lo "privado"*  
EDUARDO ANDRADES RIVAS: *La monarquía hispánica y el Estado de Derecho en Indias*  
CARLOS GABRIEL ARNOSSE: *Consensualismo y derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI: Un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos*  
SILVIA ESTELA MARRAMA: *Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia*  
EDUARDO SOTO KLOSS: *Los fundamentos del Derecho Administrativo. Una visión iusnaturalista*

## IN MEMORIAM

- ANTONIO BUDANO ROIG: *Dr. Carlos Raúl Sanz (10/11/1942-16/3/2019)*

## CRÓNICA

- Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Alonso Gracián, P. Fernando Pascual, Álvaro Góngora, Steven Neira. *Reflexiones fuertes*: José Durand Mendioroz, Antonio-Carlos Pereira Menaut, Gonzalo Rojas S.

## DOCUMENTOS

- MAGISTERIO PONTIFICIO: Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso "Yes to Life! Cuidando del precioso don de la vida en su fragilidad" organizado por el Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida, Sala Clementina (Sábado, 25 de mayo de 2019). Discurso del Santo Padre Francisco al Tribunal de la Rota Romana con ocasión de la Inauguración del año judicial. Sala Clementina (Martes, 29 de enero de 2019). Mensaje del Santo Padre Francisco a los participantes en la Conferencia Internacional "Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo: Conquistas, Omisiones, Negaciones" (Roma, 10-11 de diciembre de 2018). Viaje apostólico a Croacia. Homilía del Santo Padre Juan Pablo II durante la misa de beatificación del Cardenal Stepinae (Sábado 3 de octubre de 1998). Viaje apostólico a Croacia. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI. Encuentro con exponentes de la sociedad civil, del mundo político, académico, cultural y empresarial, con el cuerpo diplomático y con los líderes religiosos. Teatro Nacional Croata - Zagreb (Sábado 4 de junio de 2011). Discurso di Pio XII al Tribunale della Sacra Romana Rota (13 novembre 1949). Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en la Conferencia Mundial sobre la ley celebrada en Madrid (Lunes 24 de septiembre de 1979). La Iglesia y el escándalo del abuso sexual (Ensayo del Papa Emérito S.S. Benedicto XVI). MAGISTERIO EPISCOPAL: India: la Iglesia recuerda que el yoga no es católico (Abril 25, 2018). Dubia del cardenal Zen sobre las directrices de la Santa Sede. Vivimos un ataque contra el derecho fundamental a la vida de todos. Cardenal Burke, ante el caso Lambert: "¿Puede el Estado dar muerte a los inocentes e indefensos?". VARIA: La naturaleza como fundamento de la vida moral. A los XXV años de la *Veritatis splendor*. Mayo del 68 y Concilio Vaticano II

## ACTUALIDADES

- CHILE: 1. Desengaño de Chile. 2. Lo que Chile le debe a Thaddaeus Peregrinus Haënke. 3. Revelan contenido de carta de San Martín a O'Higgins y que fue encontrada en propiedad allanada a Cristina Fernández. 4. Schakleton y el Piloto Pardo. 5. El MIR patrimonial
- EXTRANJERO: 1. El Papa ha lanzado hoy un nuevo *tweet* en su cuenta @Pontifex en nueve idiomas. 2. La ley no puede autorizar la eutanasia. 3. Interesante debate sobre eutanasia en *The Spectator*. 4. Consideraciones sobre la eutanasia. 5. La eutanasia ¿es justificable? 6. Obispo afirma que nunca es compasivo quitar comida y bebida para causar la muerte. 7. Eutanasia, una bola de nieve inexorable: La caída progresiva en el abismo en cinco países donde es legal. 8. Derecho a Vivir: "La llamada 'ley de muerte digna' abre paso a la eutanasia en España". 9. Vida, condición *sine qua non* del Estado de Derecho. 10. Carta abierta al médico que logró la desconexión de Charlie Gard, un bebé de ocho meses

## JURISPRUDENCIA

- El Derecho, entre la emoción y la razón. Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor don Iván Aróstica Maldonado, con ocasión de la inauguración del Encuentro con jueces del Tribunal Constitucional de España, efectuado en mayo 2019 en la sede del Tribunal en Santiago de Chile
- Corte Europea de Derechos Humanos (Pleno). Buscarini con San Marino, App. 24645/94. Juramento, libertad de conciencia y jurisprudencia comparada (Comentario de Rodrigo Céspedes)
- Tribunal Constitucional. 11.6.2018 (rol 4672/2018). Consejo de Defensa del Estado (cuenta de competencia). Trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la Armada/Acción declarativa de mera certeza (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
- Tribunal Constitucional (18.01.2019) Honorables Senadores y Diputados de la República c/artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo Nº 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018. (Requerimiento de inconstitucionalidad – Roles 5572-18/5650-18 –acumulados–) (Comentario de Luis Alfonso Herrera Orellana)
- Dictamen Nº 14.498/2019. Contraloría General de la República. Protección a la maternidad de servidoras a honorarios. Reconsideración (Comentario de Jorge Bermúdez Soto)

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS