

IUS PUBLICUM

Nº 50 / 2023



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

25
Años

IUS PUBLICUM

Nº 50 / 2023

Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM
Publicación semestral de la Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:
Prof. Eduardo Soto Kloss

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:
Prof. Marcelo Elissalde Martel (Universidad Santo Tomás) - Prof. José I. Martínez Estay (Universidad de los Andes) - Prof. Hugo Zepeda Coll (Universidad Santo Tomás) - Prof. Pedro Aguerrea Mella (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

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. 26 N° 50

MARZO 2023

ÍNDICE

ESTUDIOS

CARLOS I. MASSINI-CORREAS: <i>Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana</i>	13
LYDIA JIMÉNEZ GONZÁLEZ: <i>Proponemos la fe, transmitimos un legado</i>	31
IVÁN ARÓSTICA MALDONADO: <i>Fuentes del derecho público. Una comprensión vertical</i>	43
SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>La forma política de la monarquía indiana a la luz de las categorías del derecho político</i>	65
MIGUEL AYUSO: <i>Las tribulaciones de la Constitución</i>	81
ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: <i>Cinco brochazos constituyentes santiaguenses</i>	99
JAIME ARANCIBIA MATTAR: <i>Los deberes legales de derecho público: noción y características distintivas</i>	113
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La nulidad de derecho público, una síntesis del último sexenio de la jurisprudencia suprema: puntos para la reflexión</i>	135
JOSÉ LUIS LARA ARROYO, CAROLINA ANGUIA LIZANA: <i>Notas sobre el proyecto de ley de modernización de las compras públicas en Chile</i>	161
CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS: <i>De la legitimidad de la prisión preventiva ante el peligro de reiteración delictiva</i>	171

IN MEMORIAM

Benedicto XVI: testigo de la esperanza, servidor de la verdad (16.4.1927-31.12.2022).....	197
Fray Aníbal Fósbery, O.P. (1933-2022): un sacerdocio fecundo.....	199

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas</i> : Esther Gómez de Pedro. <i>Reflexiones éticas</i> : Jesús Ginés Ortega, Juan Manuel de Prada.....	207-226
--	---------

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Benedicto XVI: mi testamento espiritual. Discurso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Congresso Tomistico Internazionale,	
---	--

Promosso Dalla Pontificia Accademia Di San Tommaso D’Aquino, 22 settembre 2022. Discorso del Santo Padre Francesco al Movimento Cristiano Lavoratori, Aula Paolo VI, 9 dicembre 2022. Discorso del Santo Padre Francisco a la comunidad académica del Pontificio Instituto Teológico Juan Pablo II para las Ciencias del Matrimonio y de la Familia, 24 de octubre de 2022. Homilía del Papa Juan Pablo II, Viaje Apostólico a España. Misa para las Familias, Madrid, 2 de noviembre de 1982. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Valencia (España) con motivo del V Encuentro Mundial de las Familias. Santa Misa, Ciudad de las Artes y las Ciencias, domingo 9 de julio de 2006. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud. 18-21 de agosto de 2011, Vigilia de Oración con los Jóvenes. Aeropuerto Cuatro Vientos de Madrid, 20 de agosto de 2011. Radiomensaje de Navidad de su Santidad Juan XXIII, 22 de diciembre de 1960. MAGISTERIO EPISCOPAL: Mons. Erik Varden, obispo de Trodheim (Noruega): “Hay una trágica escasez de pensamiento claro en gran parte del foro público”. Es condición indispensable para que pueda darse una vida social digna. La sacralidad e inviolabilidad de la vida humana no es cuestión de opiniones, S.E.R Cardenal Carlos Osoro, arzobispo de Madrid. Debido a *Traditionis Custodes*, Burke y Schneider reiteran su preocupación por las restricciones a la liturgia tradicional. Podría terminar en un suicidio colectivo de la humanidad: el cardenal Gerhard Müller advierte sobre los peligros del nihilismo. Mons. J. I. Munilla, Obispo de Orihuela-Alicante, Jesús cancelado. Arzobispo de Oklahoma City: la anticoncepción alimentó la ficción de que el deseo sexual podía ser obtenido sin costos o consecuencias. El cardenal O’Malley afirma que la ciencia “parece que ha hecho desaparecer la espiritualidad”. Mons. J. del Río Alba, Los Reyes Magos: Epifanía del Señor. Cardenal Sarah: “Si los sacerdotes ya no hablan de la vida después de la muerte, se vuelven inútiles”

229-274

ACTUALIDADES

1. ¿Crimen de pensamiento?	277
2. Campaña “Please don’t leave us behind” de Down Syndrome Irelands. La ley fue aprobada en 2019	280
3. Síndrome de Down y aborto	281
4. Continúa la lucha por la vida en Estados Unidos	283
5. Obispos de EE.UU.: “Imploramos al Presidente Biden que reconozca la humanidad de los niños antes de nacer”	284

JURISPRUDENCIA

Plazos en el procedimiento administrativo. Servicialidad del Estado y legalidad (E. Segovia).....	289
Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo. Corte de Apelaciones de Valparaíso (18.3.2022) (Acción de nulidad de derecho público/fuente constitucional - régimen jurídico de derecho público - acto administrativo dictado por autoridad carente de competencia/nulo <i>ipso iure</i> - invalidación improcedente/acto ha producido todos sus efectos - funcionario sancionado dos veces por el mismo hecho/ <i>non bis in indem</i>) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	294

Corte Suprema (27.5.2022). Placencia Delgado c/Fisco (Responsabilidad del Estado – Malos tratos de obra a grumetes – Afectación de integridad física y síquica – Prescripción de acción constitucional/improcedencia habiendo proceso penal previo – Noción de “recurso judicial”) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	305
---	-----

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE LIBROS	325
EDICIONES IUS PUBLICUM	331

ESTUDIOS

CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO DE DIGNIDAD HUMANA

*Carlos I. Massini-Correas**

SUMARIO: 1. ¿Qué es un principio? 2. Los principios prácticos. 3. Los principios jurídicos. 4. Algunos desarrollos a partir de un libro reciente. 5. ¿En qué sentido es la dignidad humana un principio jurídico? 6. Conclusiones alcanzadas.

1. ¿QUÉ ES UN PRINCIPIO?

Hace unos meses, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires organizó el *X Congreso Internacional de Abogacía Pública*, en el que se trató el tema global “Principios generales en el derecho público contemporáneo”, y en el que invitaron al autor de estas líneas a exponer sobre el subtema “El principio de dignidad humana”. Las páginas que siguen son el resultado, ampliado y revisado, del texto que se preparó para esa exposición, aprovechando parcialmente otros textos relativamente recientes en los que se abordó la temática de la dignidad humana en el ámbito del derecho, en especial con referencia al sentido último de lo jurídico y a la problemática del *rule of law*¹.

Ahora bien, y para desarrollar el tema expuesto en el citado Congreso, conviene comenzar consignando que la noción de “principio”, de uso habitual y hasta necesario en el ámbito de lo jurídico², es uno de esos conceptos que se utilizan habitualmente en el lenguaje corriente, además de en el propiamente científico, aunque con una innegable carga de vaguedad o de ambigüedad. Casi todos parecen saber a qué se refiere esa palabra o qué significa el concepto, pero mayormente con una cuota

*Universidad de Mendoza-Universidad Austral.

¹Véase: Massini-Correas, C., “Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica”, en *Revista Jurídica Austral*, N° 2/1, Buenos Aires, 2021, 7-31; y también: Massini-Correas, C., “La dignidad humana y el sentido del derecho”, en AA.VV., *Mélanges en l’honneur du professeur Jean-Marc Trigeaud. Les personnes et les choses, du Droit Civil à la Philosophie du Droit et de l’État*, Éditions Bière, Bordeaux, 2020, 17-34.

²Véase: Errázuriz, C.J., *Il diritto come bene giuridico*, Edizioni Santa Croce, Roma, 2021, 189 ss.

importante de incertidumbre e imprecisión. Para eliminar esa imprecisión, paso indispensable para la constitución de un pensamiento riguroso, se hará a continuación un intento sucinto de determinación conceptual de la noción de “principio”³.

Comenzando por la etimología de la palabra, “principio” proviene del latín *principium*, el que a su vez deriva de *princeps* (que significaba “lo primero”) y, de acuerdo con esto, se designaba en general como “principio” al comienzo, la iniciación u origen de algo⁴, principalmente en el orden físico-material. Ahora bien, del mismo modo que ocurrió con toda una serie de términos de uso jurídico y práctico en general, como *norma*, *regula*, o *directum*, *principium* mudó paulatinamente de su significación meramente física y pasó a significar –y designar– todo aquello que aparecía como el comienzo, inicio u origen de algo en el ámbito de las realidades inmateriales o espirituales. De ese modo, comenzó a hablarse de principios del conocimiento, de principios ontológicos, de principios lógicos, de principios éticos y así sucesivamente. Es por ello que Tomás de Aquino sostuvo oportunamente que “principio es aquello de lo que algo procede de algún modo”⁵.

Pero sucede que esta última expresión, “de algún modo”, es de una amplitud tal que hace necesario efectuar algunas distinciones precisivas en el género de los principios, ya que la principalidad que los caracteriza puede tener lugar en órdenes muy diversos. En general, es posible distinguir en filosofía al menos cuatro especies de principios: (i) los *entitativos*, también llamados *causas*, y que son “aquellos de lo que algo procede realmente con dependencia en el ser”⁶; (ii) los *teórico-cognitivos*, que son aquellos conocimientos inmediatos de los que proceden el resto de los conocimientos, ya sea universalmente, cuando se trata de todos los conocimientos, ya sea genéricamente, cuando son la raíz noética de alguna de las ciencias particulares: la lógica, las matemáticas, la biología, etc.; (iii) los *técnico-estéticos*, que son las directivas rectoras de lo que Aristóteles llamaba *póiesis*, es decir, del hacer humano productor de objetos útiles o bellos; (iv) los *prácticos*, que incluyen las proposiciones universales y básicas, normativas o valorativas, dirigidas a la ordenación del obrar humano libre e inmanente (o *praxis* o *conducta*)⁷.

³Esto fue esbozado por el autor en el siguiente trabajo: Massini-Correas, C.I., “Principios bioéticos, absolutos morales y clonación humana”, en AA.VV., *La bioética. Un reto del tercer milenio*, UNAM-UP, México, 2002, 61-80.

⁴Véase: Corominas, J., *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1976.

⁵Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* (en adelante ST), I, q. 33, a. 1. Véase, en este punto: Vanney, Claudia, “Primeros principios”, en *Diccionario de Filosofía*, Ed. A.L. González, EUNSA, Pamplona, 2010, 936-943.

⁶Véase: Sanguineti, J.J., *Logica filosofica*, Le Monnier, Firenze, 1987, 206-207.

⁷Véase: Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 20-55.

Ahora bien, y antes de continuar adelante⁸, es conveniente precisar que las notas constitutivas de estos principios son las siguientes: (i) son *proposiciones lógicas*, que revisten la siguiente forma lógica: cuantificador universal + sujeto + functor o cópula + predicado; (ii) son *primeros*, en el sentido de que a partir de ellos comienza y también a partir de ellos se justifica todo tipo de inferencia o razonamiento, es decir, son anteriores lógicamente a las conclusiones, que tienen en ellas su fundamento primero; (iii) por ser principios, no pueden ser conocidos por inferencia de alguna proposición anterior, ya que al ser primeros no puede existir ninguna proposición que les sea precedente; han de ser conocidas por *evidencia*, directa o inmediatamente, por una captación directa del intelecto, asistido por los hábitos o disposiciones naturales de la sindéresis o del *nous*⁹; (iv) son *necesarios* para todo razonamiento, teórico o práctico, ya que sin su presencia al comienzo del raciocinio, este último resultaría imposible lógicamente; en efecto, un razonamiento no puede remontarse indefinidamente de proposición fundante en proposición fundante, ya que la regresión al infinito haría imposible la justificación racional de cualquier conclusión y el razonamiento carecería de validez¹⁰.

2. LOS PRINCIPIOS PRÁCTICOS

Si se centra ahora la argumentación en un solo grupo de principios, que es el que más interesa aquí, el de los principios práctico-éticos, claramente distinguibles de los meramente técnico-artísticos¹¹, es decir, restringiendo el tratamiento a aquellos principios que se refieren a la praxis humana propiamente dicha en cuanto se ordena –o se desordena– a la perfección o realización propiamente humana de su mismo autor o autores, conviene remitirse a algunos textos de Aquino que resumen admirablemente la cuestión de los principios prácticos y su solución. Dice sobre esta cuestión el sabio dominico: “así como la razón en materia teórico-especulativa infiere, a partir de ciertos principios evidentes por sí mismos, cuyo hábito es el intelecto [*nous*], del mismo modo, la razón práctica parte de ciertos principios evidentes por sí mismos, como que lo malo no debe obrarse,

⁸Sobre estos principios, véase: Millán-Puelles, A., *Léxico filosófico*, Rialp, Madrid, 1984, 477-485. Y también: González Álvarez, A., *Tratado de Metafísica-Ontología*, Gredos, Madrid, 1967, 113 ss.

⁹Véase: Cruz, J.C., *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento clásico*, EUNSA, Pamplona, 1982, *passim*.

¹⁰En este punto se puede consultar el libro de Boudon, R., *Le sens des valeurs*, PUF, Paris, 1999, 19-79.

¹¹Estos últimos son, como ya se dijo más arriba, los que se ordenan a dirigir o reglar la producción o elaboración de objetos exteriores, útiles o bellos y persiguen el bien o perfección de los objetos producidos. Véase: Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, cit., *ibidem*.

que los preceptos divinos deben obedecerse y algunos otros: de ellos el hábito propio es la *sindéresis*¹².

Esta doctrina de los principios prácticos, que es reiterada en varios otros textos de Aquino, puede sintetizarse en los siguientes puntos: (i) en el orden práctico-ético, solo puede razonarse a partir de ciertos principios *evidentes por sí mismos* y, por lo tanto, indemostrables; (ii) estos principios son varios: uno estrictamente primero y otros “próximos” a él, que participan de su carácter *principal*, aunque solo en un cierto orden, nivel o dimensión del conocimiento práctico-directivo; (iii) esta intuición resulta posible gracias a la presencia en el hombre de un hábito natural, denominado *sindéresis*, que habilita al intelecto para captar, en cada situación práctica, los principios que han de regularla, para ordenarla y dirigirla al bien del ser humano¹³.

Esta enseñanza recibe su formulación definitiva en un conocido texto de la *Summa Theologiae*, en el que Aquino se pregunta “si la ley natural [ética] contiene muchos preceptos o solo uno”, a lo que responde que “los preceptos de la ley natural son, respecto de la razón práctica, lo mismo que los primeros principios de la demostración respecto a la razón especulativa: unos y otros son principios evidentes por sí mismos”; y aclara luego que “es evidente por sí toda proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto”, aun cuando algunos puedan ignorar de hecho las notas de esa esencia. “Ahora bien –afirma más adelante– así como el ser es lo primero que cae bajo toda consideración, así el bien es lo primero que aprehende la razón práctica, ordenada a la operación, ya que todo agente obra por un fin el cual tiene naturaleza de bien”; y sigue Aquino diciendo que “por lo tanto, el primer principio de la razón práctica es el que se funda en la naturaleza de bien: bien es aquello a lo que todo apetece o tiende. Este, pues, es el primer principio de la ley: el bien ha de hacerse y el mal [el no-bien] evitarse. Todos los demás preceptos de la ley natural –concluye– se fundan en este...”¹⁴.

En resumen: el conocimiento práctico-ético, es decir, el que dirige racionalmente la conducta o praxis humana en la búsqueda y el logro de la realización que es propia de la índole de los hombres, requiere, para poder ser concebido y estructurado como tal conocimiento, partir de ciertas proposiciones primeras, generalmente de carácter normativo, que hacen posible justificar racionalmente las normas generales y particulares que encauzan y promueven las praxis humanas ordenándolas al logro –nunca completo– de los bienes humanos fundamentales¹⁵. Por otra parte, no solo

¹²Tomás de Aquino, *Scriptum super Libros Sententiarum*, L. 11, D. 39, q. 3, a.1.

¹³Véase en este punto: Soaje Ramos, G., “La *sindéresis* como hábito en la escolástica”, en *Sapientia*, N° 66, Buenos Aires, 1962, 252-263.

¹⁴ST, I-II, q. 94. A.2.

¹⁵En este punto, véase: Massini-Correas, C.I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, 2ª Ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, 147 ss.

los *contenidos centrales* de las normas prácticas requieren la existencia de principios a partir de los cuales sea posible estructurar un razonamiento argumentativo que la fundamente, sino que, en segundo lugar, también existen elementos *formales* de la regulación de la conducta que exigen una cierta comprobación argumentativa lo suficientemente sólida como para otorgarle validez y rigor lógico-gnoseológico. Estos son los que el iusfilósofo norteamericano Lon Fuller ha denominado *desiderata* del *rule of law*, que John Finnis ha ampliado en su libro central, *Natural Law and Natural Rights* y en este lugar llamaremos “principios formales del derecho”¹⁶.

3. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS¹⁷

Es claro que el razonamiento anterior se aplica a todas las dimensiones tanto de las praxis como de la razonabilidad que las dirige, ya sea esta de carácter político, económico, jurídico o de ética personal. Pero si se concentra ahora el estudio en su aplicación a la conducta y a las normas y principios jurídicos, es decir, al ámbito del derecho conductual, normativo o principal¹⁸, de lo que se trata fundamentalmente es de intentar responder a las siguientes preguntas básicas: ¿qué son los principios jurídicos?; ¿qué funciones cumplen, ya sea en el conocimiento o en la vida concreta del derecho?; ¿qué relación precisa han de tener –si es que la tienen– con las premisas o datos primeros del conocimiento teórico, en especial de la antropología filosófica, al parecer de notoria y relevante vinculación con el derecho?

Comenzando con la primera de las preguntas, la respuesta más inmediata es que se denominan “principios jurídicos” a aquellas proposiciones que cumplen una tarea de justificación racional en el ámbito del derecho, es decir, aquel que corresponde a las conductas humanas exteriores (y a las instituciones, estructuras, proposiciones normativas, procedimientos, etc., a ella vinculados constitutivamente), referidas a otro u otros sujetos, debidas u obligatorias, objetivamente precisadas o determinadas y, en general, coercibles¹⁹. Y esta justificación puede referirse centralmente

¹⁶Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1969, 33-94; y Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a Ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, 266 ss. Sobre las ideas jurídicas de Lon Fuller, véase: Vidal Gandra Da Silva Martins, A., *Antropología filosófica e Direito: um confronto entre Lon Fuller e Richard Posner*, Editora Noeses, São Pulo, 2017, 61-99.

¹⁷Sobre el significado de “jurídico”, véase: Massini-Correas, C.I., *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, 35-38.

¹⁸Véase: Massini-Correas, C., *Filosofía del Derecho-III-El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 14-105. La palabra “principal” no está reconocida oficialmente por la RAE.

¹⁹Massini-Correas, C., *Filosofía del Derecho-I*, cit., 31-49.

ya sea (i) al conocimiento de su *contenido o materia* normativa, o bien (ii) a las *formas* que resultan imprescindibles para su constitución como realidades jurídicas.

En el primero de estos casos, se trata de aquellos principios que pueden denominarse *sustantivos, materiales o contentutísticos*²⁰, es decir, de las afirmaciones más universales de fondo acerca de las líneas centrales directivas en el ámbito de lo jurídico. Según el profesor Emérito de Oxford, John Finnis, los contenidos de los principios jurídicos, así como de las normas e imperativos que se siguen de ellos, provienen de proposiciones universales que orientan la praxis humana social a la prosecución y realización coordinada socialmente de los que denomina “bienes humanos básicos” o dimensiones fundamentales de la realización humana. Por otra parte, estos bienes son el objeto de las inclinaciones naturales de las que habla Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae I-II*, q. 94, a. 2, que a su vez se fundamentan en las dimensiones perfectivas propias de la naturaleza humana²¹.

Ahora bien, ¿cuáles son estos bienes que configuran los principios primeros de la praxis humana y, por lo tanto, de la praxis jurídica y de todas las realidades constitutiva y prácticamente relacionadas con ella? Finnis ha respondido a esta pregunta en varios lugares de su extensa obra, con algunas variantes en su contenido, pero pareciera que la respuesta que da en su ensayo “Limited Government” es una de las más completas y explícitas: “los primeros principios de toda deliberación, elección y acción –escribe– son las *razones básicas para la acción* [inclusive la jurídica...], tales como (1) el *conocimiento* (incluyendo la apreciación estética) de la realidad; (2) la *performance* diestra, hábil y eficiente en el trabajo y en el ocio o juego, en razón de sí mismos; (3) la *vida* corporal [y psíquica] y los aspectos integrantes de su plenitud: salud, vigor y seguridad; (4) la *amistad* o la armonía y asociación entre personas en sus más variadas formas e intensidades; (5) la *asociación sexual* entre el hombre y la mujer [en el] *matrimonio*; (6) la *razonabilidad práctica* [...]; (7) la *armonía* con las más amplias extensiones y las últimas fuentes de toda la realidad, incluyendo el sentido y el valor”²².

Ahora bien, para este autor, las proposiciones que recogen estos bienes humanos básicos como razones para la acción en sí mismas, es decir, no-derivadas o no-instrumentales, son las proposiciones denominadas por la tradición clásica primeros principios prácticos²³. Estos principios, cuando

²⁰El autor es plenamente consciente de que esa palabra no está reconocida por el Diccionario de la RAE, y pareciera tener su origen en el idioma italiano.

²¹Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., 23-55.

²²Finnis, J., “Limited Government”, en *Human Rights and Common Good-III-Collected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 88.

²³En este punto, véase: Contreras, S., *El primer principio de la razón práctica*, Logos Verlag Berlin, Berlín, 2016, *passim*.

se aplican a la praxis jurídica, que está destinada intrínsecamente a lograr la coordinación de las conductas sociales y su dirección hacia el logro en común de estos bienes y de otros intrínsecamente comunes²⁴, pueden denominarse primeros principios jurídicos.

Estos principios son, por lo tanto, aquellas proposiciones normativas primeras y más universales que sirven de fundamento lógico-preceptivo último de las proposiciones jurídicas, en especial de las normas generales y singulares, pero también del resto de proposiciones que integran el derecho, aunque de modo analógico. Pero estos principios prácticos primeros no solo proporcionan razones últimas para actuar conforme a las normas, sino que también son la justificación racional básica de los derechos subjetivos (o “derechos humanos”), de los procedimientos procesales, de las sentencias judiciales, etc.²⁵ Además, si bien es cierto que las proposiciones jurídicas revisten mayoritariamente el carácter de proposiciones prácticas (de deber, de prohibición, de permisión, etc.), es también notorio que la gran mayoría de los razonamientos que se realizan en el ámbito de lo jurídico se integran también –y a veces necesariamente– con proposiciones descriptivas o teóricas. La mayoría de estas últimas proposiciones pertenecen a la antropología filosófica, aunque también a la filosofía social, a la psicología o a otros saberes especulativos acerca del hombre y su conducta.

Escribió en este sentido el filósofo lusitano Juan Poinso (1589-1644), que “la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado [...] y entonces [esa regulación] supondrá el conocimiento especulativo de lo que ha de ser ordenado”²⁶. Pero es no solo la naturaleza del ser ordenado o dirigido la que ha de ser conocida, sino también las diversas circunstancias, elementos, dimensiones o intenciones que condicionan o determinan el contenido de las directivas o soluciones jurídicas, sean estas generales o singulares.

En este punto, Guido Soaje Ramos ha precisado –refiriéndose a la ética entendida genéricamente, es decir, abarcativa de todo el saber práctico-jurídico– que para el conocimiento práctico, “es menester, siquiera en parte, el concurso de la antropología filosófica, en sí misma teórica”; y puntualiza luego que los conocimientos antropológicos son necesarios al menos en los siguientes puntos: en el conocimiento de la índole de las distintas potencias humanas, de la estructura de los actos humanos, de los fenómenos afectivos, de los hábitos y disposiciones humanas y, de

²⁴Sobre la idea de bien común y su problemática actual, véase: Massini-Correas, C., “Privatización y comunidad del bien humano”, en *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2, Pamplona, 1994, 817-828.

²⁵Véase: Simon, Y. R., *A Critique of Moral Knowledge*, Fordham University Press, New York, 2002, 25-40.

²⁶Poinso, J., *Cursus Theologicus*, I, p. 395, 4 a; cit. por Soaje Ramos, G., “Ética y antropología filosófica”, en *Ethos*, N° 16-18, Buenos Aires, 1991, 102.

un modo muy especial, del fenómeno de la libertad humana. Asimismo, para este autor, el conocimiento de la teoría filosófica del hombre también resulta imprescindible para la aprehensión de los bienes humanos y de la dimensión finalista del dinamismo humano, así como para conocer y analizar la capacidad de la razón práctica de dirigir la voluntad y la afectividad humana²⁷. En resumen, las aportaciones de la antropología filosófica resultan imprescindibles para el desarrollo del pensamiento práctico y más específicamente del jurídico.

Y el mismo pensador cierra su argumentación en este punto proponiendo dos de sus conclusiones centrales: (i) la primera es que el saber práctico, en especial el jurídico, “en el abordaje epistémico de varios de sus problemas, depende de principios y conclusiones que pertenecen al campo propio de la antropología filosófica, y que fundan tesis de aquella. Son, en rigor, supuestos fundantes que la ética [filosofía práctica] debe tener en cuenta”²⁸; y (ii) la segunda es que, a pesar de lo anterior, los saberes prácticos se expresan principalmente en proposiciones práctico-normativas, que dependen ineludiblemente de principios prácticos *per se nota*, con lo cual queda refutada la pretensión de la así llamada “falacia naturalista”, según la cual el saber práctico –incluido el jurídico– desarrollado por el iusnaturalismo realista clásico sería un mero corolario deductivo de la antropología filosófica. Está claro que esto último no es así, ya que la deonticidad o normatividad de las conclusiones se deriva de los primeros principios prácticos y no de las afirmaciones de la antropología, aunque estas se incluyan de hecho en los razonamientos práctico-jurídicos²⁹.

Otro tanto es lo que ocurre con las proposiciones estimativas o valorativas que se contienen numerosas veces en los razonamientos jurídicos, y que en ciertos casos aparecen como necesarias para la resolución de ciertas cuestiones jurídicas generales o concretas, en especial de estas últimas. Esto ha sido desarrollado *in extenso* por el lógico e iusfilósofo franco-polaco Georges Kalinowski, a cuyas obras corresponde remitirse; no obstante, más adelante se efectuarán en este punto algunas breves consideraciones precisivas³⁰.

²⁷Soaje Ramos, G., *ibidem*.

²⁸Soaje Ramos, G., o.c., 103.

²⁹Véase: Andorno, R., “El paso del ‘ser’ al ‘deber ser’ en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis”, en *Persona y Derecho*, Nº 34, Pamplona, 1996, 9-32; Gardies, J-L., *L’erreur de Hume*, PUF, Paris, 1987; Massini-Correas, C., *La falacia de la “falacia naturalista”*, EDIUM, Mendoza-Argentina, 1995, *passim*; y Cianciardo, J., “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”, en *Dikaion*, Nº 18-13, Bogotá, 2004, 27-42.

³⁰Véase: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1979; y del mismo autor: *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, PUF, Paris, 1996 y *Querelle de la science normative*, LGDJ, Paris, 1969. Sobre Kalinowski y su obra, véase: Ballester Hernández, M., *La unidad del pensamiento. Estudio sobre el itinerario intelectual de G. Kalinowski*, PPU, Barcelona, 1992 y Massini-Correas, C., *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, EDIUM, Mendoza-Argentina, 1987.

4. ALGUNOS DESARROLLOS A PARTIR DE UN LIBRO RECIENTE

Correspondería ahora desarrollar la problemática de la dignidad humana como principio jurídico, en especial teniendo en cuenta que algunos autores muy difundidos, como Ronald Dworkin, han sostenido que el derecho de dignidad de las personas es el que tiene importancia fundamental, agregando que “ese derecho más abstracto [...] es el derecho humano básico”³¹, y por lo tanto, fundado en el principio más fundamental. Pero antes de entrar en los detalles del concepto de “dignidad humana” y estudiar en qué sentido constituye un principio jurídico, se realizará un estudio breve de algunos aspectos de un libro reciente de Juan Bautista Etcheverry, en el que se sientan algunos de los supuestos necesarios para el esclarecimiento de esas cuestiones³².

En el capítulo V de ese libro, el profesor argentino comienza por precisar qué son, a su criterio, los principios jurídicos, y responde sosteniendo que “lo que los diferencia [a los principios] de otro tipo de normas no es tanto su estructura o a quiénes están dirigidos, sino su especial capacidad para fundar o justificar las decisiones jurídicas [...]; los principios transparentan los motivos o las razones últimas que fundamentan y justifican al resto de los preceptos y a las decisiones judiciales”³³. Y a continuación cita a Roscoe Pound, para quien “los principios son *puntos de partida* autoritativos del razonamiento jurídico, a partir de los cuales se buscan pautas para la decisión de las controversias jurídicas”³⁴.

Y aclara después Etcheverry que, si bien el fundamento decisivo o justificación racional radical de las proposiciones y las praxis jurídicas radica en esos principios, las *normas generales* (que Etcheverry llama “reglas”), es decir, las que incluyen una referencia a algún o algunos datos particulares, aunque genéricamente considerados, así como los *imperativos concretos* o máximamente determinados, son los que hacen posible la operatividad o práctica social del derecho. Y este autor agrega que “la imagen que parece explicar mejor la relación entre principios y reglas es la que advierte que ambos tipos de preceptos forman parte de un mismo proceso jurídico de determinación continua, que comienza con las normas fundamentales de un sistema jurídico, como su Constitución, y sigue luego por la legislación, su reglamentación, etc., finalizando con

³¹Dworkin, R., *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2014, 408-409. Sobre el tema del valor de los principios en el pensamiento de Dworkin, véase: Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1985, *passim*.

³²Etcheverry, J. B., *Constitución, principios y positivismo jurídico*, ASTREA, Buenos Aires, 2020. En adelante: CPP. En sentido similar, véase: Allan, T.R.S., *The sovereignty of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 55-87.

³³CPP, 76.

³⁴Pound, R., *Jurisprudence...*, cit. en CPP, 77.

una decisión judicial que aplica todas estas normas para resolver un caso concreto. En dicho proceso, la regla es una concreción/determinación [todavía genérica] de un principio y, por lo tanto, cuando se aplica una regla, en realidad se está aplicando también el principio que la fundamenta [...]. Regla y principio, de este modo, se necesitan mutuamente. La regla precisa del principio para ser correctamente comprendida y fundada, y el principio necesita de la regla para ser lo suficientemente concreto para poder solucionar los problemas de coordinación, ofreciendo un grado de previsibilidad necesario a tal fin³⁵.

Ahora bien, tal como lo precisamos más arriba, esos principios explicativo-fundantes en última instancia de las reglas e imperativos jurídicos no tienen un formato único, sino que aparecen en los razonamientos y argumentaciones jurídicas como revistiendo diferentes modalidades, principalmente tres: deóntico-normativos, teórico-antropológicos y estimativo-valorativos³⁶. Dicho en otras palabras, las proposiciones primeras, de las que parten los razonamientos y argumentaciones práctico-jurídicas, pueden ser (i) descriptivas de estados de cosas acerca del hombre y su conducta, (ii) valorativas de actitudes, hábitos, fines o praxis humanas, o bien (iii) directivas de conducta que la orientan a la realización de esos fines, que son los que realizan la perfección o bondad propiamente humana³⁷.

Supuesto lo desarrollado en el párrafo anterior, queda necesariamente por responder a la siguiente pregunta acerca de la índole de los principios: los tres tipos de principios que se terminan de enumerar, ¿son principios práctico-jurídicos y pertenecen por lo tanto al orden del conocimiento *práctico*?; y también: ¿son principios *jurídicos* en sentido propio o solo lo son accidental o contingentemente? Una respuesta suficiente podría ser la que sigue: los tres tipos de principios enumerados revisten indudablemente el carácter de *principios*, toda vez que son primeros (o segundos, en el caso de los denominados principios secundarios) en el razonamiento o la argumentación que se sigue de ellos. Además son principios necesarios, ya que resultan imprescindibles en el marco de los razonamientos jurídicos, si bien algunas veces ellos no aparecen de modo explícito, sino solo implícito y supuesto.

Pero estos principios que aparecen en un razonamiento jurídico, ¿son estrictamente jurídicos, o con más precisión, *práctico-jurídicos*? Aquí es preciso hacer una distinción pertinente entre: (i) las *proposiciones jurídicas normativas*, en las que un sujeto de acción se une a una acción o tipo de acción a través de un funtor o cópula deóntico (de deber hacer, de deber

³⁵CPP, 82-83.

³⁶Véase, en este punto: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., *passim*.

³⁷Véase, en este punto: Zambrano, P. y Cianciardo, J., *La inteligibilidad del derecho*, Marcial Pons, Madrid *et alii*, 2019, 13-46.

no hacer, de permisión de hacer o de no hacer, etc.), v.gr., “todo padre debe alimentar a su(s) hijos pequeños”; (ii) las *proposiciones jurídicas descriptivas*, que exponen cosas o estados de cosas en el ámbito de lo jurídico, v.gr., “el domicilio real de un sujeto jurídico es el lugar donde habitualmente reside una persona”; y (iii) las *proposiciones jurídicas estimativas*, v.gr., “es injusto pagarles a las mujeres, por el mismo trabajo, menos que a los varones”³⁸.

De estas proposiciones, las primeras son práctico-jurídicas en sentido propio o focal, ya que se ordenan intrínsecamente de dirigir la praxis humana hacia un bien humano en su dimensión común, o hacia un aspecto de este. Y como el concepto y término “jurídico” son analógicos, puede decirse que en este caso se trata del analogado principal de una analogía de atribución intrínseca, es decir, que se refiere al caso central de una similitud conceptual y nominal³⁹. En los casos restantes –de las proposiciones descriptivas y estimativas– la atribución del concepto y del término “jurídico” se realiza solo por atribución analógica intrínseca, pero no se trata en esas situaciones de casos centrales de significación analógica.

En otras palabras, las descripciones y valoraciones que se realizan necesariamente en el ámbito del derecho revisten indudablemente carácter “jurídico” en razón de su objeto y del contexto argumentativo en el que se presentan, pero no pura y simplemente (*simpliciter*), ya que exclusivamente desde ellos no es posible fundamentar integralmente proposiciones, instituciones o praxis que sean “jurídicas” en sentido focal o principal, es decir, deóntico. Estas descripciones y valoraciones solo pueden hacerlo en uno o varios aspectos (*secundum quid*), v.gr., en cuanto son supuestos teóricos para la formulación, conocimiento y evidencia intelectual de principios primeros de carácter normativo. Pero claramente necesitan del concurso de principios normativos para alcanzar la “practicidad” de las normas o imperativos que concurren a fundamentar. En definitiva, se trata de proposiciones que son principios *per se*, pero que son jurídicos *analógicamente*, por la materia a la que se refieren sus razonamientos o argumentaciones⁴⁰.

³⁸Véase en este punto: Kalinowski, G., *Lógica del discurso normativo*, Tecnos, Madrid, 1975, *passim*.

³⁹Véase, en este punto: Massini-Correas, C., “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, en *Persona & Derecho*, N° 66/67, Pamplona, 2012, 353-385.

⁴⁰Sobre la noción de analogía filosófica, puede verse: Massini-Correas, C., “Entre reductivismo y analogía...”, cit., 369-375; y también: Montagnes, B., *La doctrine de l’analogie de l’être d’après Saint Thomas D’Aquin*, Publications Universitaires-Béatrice Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1963; Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso D’Aquino*, Massimo, Milano, 1985, 88 ss.; Massini-Correas, C., *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, EDIUM, Mendoza-Argentina, 1987, 27-58; y Gamba, J.M., *La analogía en general*, EUNSA, Pamplona, 2002, 249 ss.

5. ¿EN QUÉ SENTIDO ES LA DIGNIDAD HUMANA UN PRINCIPIO JURÍDICO?

Y entrando a la consideración de la dignidad humana en cuanto principio jurídico, resulta necesario precisar ante todo en qué consiste esa dignidad humana, para después establecer en qué sentido es un principio jurídico primero o, como lo sostiene Dworkin en el párrafo citado más arriba, primerísimo o radicalmente fundamental. Y si se comienza la indagación de “dignidad” desde el punto de vista etimológico, es sabido que ella significa superioridad, eminencia, excelencia, perfección y otros sinónimos. Es decir, que ese nombre –y el correspondiente concepto– se refieren a algún tipo de jerarquía máxima, más allá de la cual no existe nada más dentro de un determinado orden de la realidad. Por lo tanto, cuando esta palabra se refiere a las personas humanas, significa una cierta perfección por la cual su modo de ser propio participa del ser (esse) de un modo especialmente superior, es decir, de un modo espiritual o racional-electivo, que le permite la realización de acciones intrínsecamente racionales (abstracción, inferencia, valoración, etc.) y libres (elecciones, opciones, asunción de responsabilidades, etc.).

“De este modo –ha escrito en otro lugar el autor de este texto– cualquier perfección que corresponda al ser humano-persona, tal como es el caso de la mencionada dignidad, habrá de tener su raíz o fundamento originario en el ser (esse) del que el hombre participa dentro de los límites de su propia esencia. Pero además, al ser la forma-alma del ser humano-persona de carácter radicalmente espiritual, es decir, que trasciende las condiciones empobrecedoras de la materia y que puede abrirse por ello a toda la realidad por el conocimiento y a todo bien por el querer [libre] de su voluntad, el ser que le otorga la existencia reviste un carácter eminente...”⁴¹. Y esto se resume aún más en una breve frase del notable filósofo español Tomás Melendo, cuando escribe que aquí “nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: *la espiritualidad del alma que le corresponde*. Pues en verdad y hablando con rigor, el hecho de que esta pueda recibir el *ser en sí*, en cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiar intensidad y grandeza de su acto de ser”⁴².

De lo expuesto hasta ahora se sigue que este tipo de dignidad, que proviene de la excelencia de la participación humana en el acto de ser, y que es posible denominar *ontológica*, le otorga a las personas un modo de

⁴¹Massini-Correas, C., “Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica”, en *Revista Jurídica Austral*, N° 2-1, Buenos Aires, 2021, 16. Véase también: Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000, 448-449. Sobre el pensamiento de Hervada en este punto, véase: Herrera Pardo, C., *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, EUNSA, Pamplona, 2016, 343 ss.

⁴²Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, EUNSA, Pamplona, 1999, 150.

ser y, por lo tanto de actuar (*operatio sequitur esse*) que les hace posible alcanzar los bienes-perfecciones que les son propias a través una actividad autónoma (no con autonomía absoluta, sino con autonomía humana⁴³), autonomía que ha de ser respetada si se quiere que la operación humana intrínseca revista el carácter de una *conducta* en su sentido estricto (del término latino *conducere*, conducir, manejar por uno mismo). Y que por lo tanto se trate de una operación individual o social (coordinación de conductas en vistas del bien humano común) que no manipule a los hombres como mascotas, títeres, ganado de engorde, máquinas automáticas o instrumentos utilitarios, sino con un respeto proporcional a la excelencia de su entidad propia⁴⁴.

Dice a este respecto Alfonso Gómez Lobo que “los bienes humanos nos ofrecen razones para actuar. ¿Qué razones para la acción ofrece la noción de dignidad? Ciertamente no ofrece razones ‘positivas’. No podemos hacer nada para obtenerla pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido es una propiedad de los seres humanos que nos da razones ‘negativas’ para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones [...]. Las violaciones de la dignidad de una persona pueden ser caracterizadas dentro de la ética de bienes como impedimentos para que dicha persona proceda en la libre búsqueda y apropiación de los bienes básicos, para que dicha persona alcance su autorrealización”⁴⁵. De aquí se sigue, por otra parte, que si bien la dignidad humana tiene *prima facie* el sentido de una razón para la abstención o el respeto de las personas humanas, es claro que indirectamente también sirve de fundamento para la autorrealización humana a través de que posibilita las praxis racionales y libres ordenadas a la promoción y realización de los bienes fundamentales del hombre.

De lo anterior puede extraerse consistentemente que la dignidad propia del hombre es –como decía Soaje más arriba– un supuesto antropológico necesario de la ética y del derecho, es decir, algo que debe darse por conocido y sabido antes de iniciar cualquier razonamiento justificativo o aplicativo del derecho que resulte epistémica y lógicamente válido. Y en este sentido, dado su carácter primario e imprescindible, puede decirse que se está frente a un principio jurídico primero o radical. Además, entre los supuestos antropológicos primeros que hacen posible la fundamentación

⁴³Sobre esta temática, véase: Barrio Maestre, J.M., *Los límites de la libertad. Su compromiso con la realidad*, Rialp, Madrid, 1999, 108 ss.

⁴⁴Véase en este punto: Massini-Correas, C., *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*, UNAM, Ciudad de México, 2020, 3-30.

⁴⁵Gómez-Lobo, A., *Los bienes humanos*, Mediterráneo, Santiago de Chile-Buenos Aires, 2006, 61-62. En ese mismo lugar, este autor agrega: “La dignidad es una propiedad intangible que poseemos en virtud de lo que *somos* y no un bien que podamos obtener en virtud de lo que *hacemos*”.

jurídica, se está –como lo decía Dworkin– frente al primerísimo y principal, ya que si el hombre, por una hipótesis imposible, careciera de dignidad y, por lo tanto, de razón y libertad, no podría ser sujeto de derecho, ni de derechos subjetivos, ni de normas, ni de valoraciones, y quedaría reducido a un ente material meramente manipulable e instrumentalizable⁴⁶. De aquí que los nazis, a los fines de justificar el tratamiento que daban a sus enemigos, en especial en los *konzentrationslager*, se referían a ellos como *untermenschen*, es decir, como subhombres, y en cuanto tales carentes de dignidad, de derecho y de derechos.

De todo esto se sigue necesariamente que, si se niega de un modo u otro la dignidad humana tal como la hemos explicado, o se la reduce a algunas de las dimensiones o elementos de la humanidad completa, como por ejemplo, a una mera autonomía sin sentido racional⁴⁷, resulta forzoso e ineludible negar la posibilidad de la existencia misma del derecho. Aquí vale la pena transcribir un párrafo del iusfilósofo norteamericano Mark Murphy, donde sostiene que, “sin importar lo que en otros órdenes pensemos acerca de la ley jurídica, estamos de acuerdo en que ella consiste en reglas, estándares directivos con los cuales nuestra conducta ha de ser evaluada [o dirigida]. Más aun, el tipo de evaluación implicado es esencialmente práctico: el estándar que la ley establece es uno por el cual alguno es impulsado [o inducido] a actuar o disuadido de hacerlo. Pero los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales a actuar en cuanto tales, son estándares racionales. Por lo tanto, necesariamente la ley jurídica es un estándar racional de conducta”⁴⁸.

Expresado de otro modo, puede decirse que los seres humanos han de ser regulados y valorados en su vida social por el derecho, si solo si se los reconoce como constituidos por un modo de ser-existir de una máxima eminencia, que es lo que desde hace siglos se llama “dignidad”. Y esta eminencia está constituida por la racionalidad y libertad –es decir, la espiritualidad– propia de la índole humana. Por ello, sin dignidad humana ontológica no hay derecho sino la mera manipulación o instrumentalización de un ente irracional y determinado integralmente en su conducta, en lo que Fuller denomina “administración” o “gestión” de los seres humanos⁴⁹. Y así puede sostenerse que esa dignidad humana es un principio o un supuesto principal necesario para la existencia del orden jurídico; es cierto que ese principio no es intrínsecamente jurídico, pero sí lo es por analogía de atribución intrínseca, es decir, por una semejanza o conformidad conceptual con la realidad que es significada focalmente

⁴⁶Véase: George, R.P., “Reason, Freedom and the Rule of Law: their Significance in Western Thought”, en *Regent University Law Review*, N° 15, Virginia Beach, 2002-2003, 187-194.

⁴⁷Véase en este punto: Raz, J., “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 219-223.

⁴⁸Murphy, M., *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Blackwell Publishing, Oxford, 2007, 39.

⁴⁹Fuller, L., o.c., 170 ss.

por el concepto y el término “jurídico”. Y esto es así, toda vez que de no existir esa dignidad no tendría lugar el fenómeno jurídico, es decir, el derecho en todas sus versiones analógicas; se trata por lo tanto de un supuesto necesario –aunque teórico-descriptivo– para la existencia misma del derecho.

Y finalmente, cabe consignar una precisión de especial relevancia para la comprensión del concepto de dignidad humana. En general, las versiones parcialistas de la dignidad humana, como la de Raz a la que se hizo mención más arriba, realizan el siguiente razonamiento para fundar la dignidad humana: el hombre se percibe empíricamente como racional y como libre; por lo tanto, esta racionalidad y libertad son las que fundan su dignidad. En lo que se ha desarrollado hasta aquí se ha propuesto una justificación racional diferente de la dignidad humana: “esa dignidad –se ha escrito en otro lugar– proviene radicalmente de la espiritualidad-intelectualidad constitutiva de los seres humanos y de su modo prominente e incomparable de participar del acto de ser (*esse*). De aquí se derivan y son sus manifestaciones principales la capacidad de conocimiento universal y abstractivo y la libertad de elección deliberada. De este modo, esas capacidades-propiedades no son fundantes de la dignidad de los seres humanos-sujetos jurídicos, sino que en realidad se fundan en esa dignidad, que puede denominarse ‘ontológica’ o constitutiva de los sujetos de la actividad jurídica”⁵⁰. Esto significa que los principios práctico-jurídicos parten para su justificación del principio antropológico fundamental de la dignidad humana, que adquiere carácter jurídico cuando aparece como un supuesto necesario para la existencia del derecho y como principio de justificación racional de la totalidad de sus dimensiones integrantes.

6. CONCLUSIONES ALCANZADAS

Luego de este relativamente extenso desarrollo de la cuestión de la dignidad humana como principio jurídico, corresponde sintetizar y precisar los resultados principales que pueden haber sido alcanzados en su transcurso. Ellos son los siguientes:

- a) En primer lugar, que resulta altamente conveniente realizar un estudio preliminar del concepto jurídico de “principio” y de sus modalidades y funciones en el derecho, toda vez que en la gran mayoría de los textos

⁵⁰Massini-Correas, C., “Dignidad humana, gobierno del derecho...”, cit., 28. Véase también: Torralba Roselló, F., *¿Qué es la dignidad humana?*, Herder, Barcelona, 2005, 85 ss. y George, R.P., “Natural Law, God and Human Dignity”, en AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Eds. R.P. George & G. Duke, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 57-75.

jurídicos, en especial los de Derecho Constitucional, se utiliza ese término sin ninguna aclaración previa relevante y que precise con cierto rigor en qué sentido y alcances se está utilizando esa terminología; es verdad que eso ocurre con varios de los términos y conceptos de uso jurídico, como “gobierno” o “estado” de derecho, o como “ley” o “interpretación”; por ello, las páginas que se ha dedicado a la explicación del sentido del término “principio” pueden tener un valor que excede la cuestión de la “dignidad humana” y servir para esclarecer los desarrollos que se lleven a cabo en las diferentes dimensiones de la ciencia del derecho.

- b) Por otra parte, también resulta especialmente relevante precisar el sentido y alcance del concepto de “dignidad humana”, que se encuentra sujeto en este tiempo a dos procesos negativos diversos: (i) el de su *reducción* a uno de sus aspectos constitutivos, en especial el referido a la autonomía de los sujetos humanos, en desmedro de otras dimensiones fundamentales del modo humano de existir; el principal problema que plantea esta reducción es que, en el caso de centrarse solo en la autonomía, se tiende a concebirla de un modo absoluto, incompatible con la índole humana y con la existencia real de sociedades humanas; (ii) el de su olvido o *preterición como fundamento* del derecho y, en especial, de los derechos humanos, los que quedan sin justificación racional alguna, así como sin referencia objetiva de un cierto valor epistémico; esto último está muy bien explicado en el reciente libro de Grégor Puppínck, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, cuyo capítulo segundo tiene por título “La ambigüedad fundamental de la ‘dignidad humana’”⁵¹, donde se explicitan las manifestaciones, causas y consecuencias principales del abandono de la idea de dignidad en el campo jurídico y político.
- c) Pero además, aparece como conveniente el esclarecimiento de la pregunta acerca de en qué sentido la idea de dignidad humana opera como un principio propiamente “jurídico”, toda vez que la afirmación y explicitación de esa dignidad reviste en principio carácter teórico, en especial antropológico; por lo tanto habría que explicar de qué modo una proposición de ese tipo puede ser “principio” de una argumentación o justificación jurídica, que reviste carácter indudablemente práctico; para ello es necesario refutar el remanido argumento de la “falacia naturalista” –claramente erróneo– según el cual los razonamientos prácticos, en especial los jurídicos, no pueden incluir preposiciones de carácter descriptivo⁵²; esto claramente no es así, toda vez que sin la mediación de una premisa descriptiva, resultaría imposible alcanzar

⁵¹Véase: Puppínck, G., *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2020.

⁵²Véase la bibliografía citada en la nota 28.

justificaciones jurídicas rigurosas, así como conclusiones normativas singulares y concretas, es decir, máximamente determinadas.

- d) Finalmente, parece haber quedado justificada la afirmación, de especial relevancia para todo orden de derecho, acerca de que solo en el caso de que el hombre tuviera constitutivamente una especial dignidad ontológica, sería posible la existencia de la realidad específica del derecho; de lo contrario, de carecer el hombre de dignidad, sería solo posible manipularlo como un títere o a través de métodos pavlovianos o mecánicos; en efecto, ¿por qué el poder (el *administrador* del que habla Fuller) debe respetar las reglas que lo limitan y lo condicionan, si el sujeto pasivo del poder carece de todo valor intrínseco y constitutivo que deba ser respetado?; en definitiva, la praxis o conducta humana habrá de ser sustituida por movimientos meramente reflejos o instintivos, generados por actos –igualmente irracionales– de los poderosos de turno; por lo tanto, puede concluirse que la dignidad humana funciona en el caso del derecho como el único supuesto o principio capaz de fundamentar que se trate –esencialmente– a sus sujetos de un modo racional, libre y en definitiva propiamente humano. Todo esto puede resumirse en una frase breve y sencilla: sin dignidad humana no hay derecho, y sin derecho no habrá (o no se respetará) la dignidad humana.

PROPONEMOS LA FE, TRANSMITIMOS UN LEGADO

*Lydia Jiménez González**

SUMARIO: 1. Herederos de un legado. 2. Un cambio de época. 3. Dar razón de nuestra esperanza. 4. El futuro pertenece a las minorías creativas. 4.1. La Asociación Católica de Propagandistas. 4.2. El sindicato Solidaridad. 4.3. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos anula la sentencia Roe vs. Wade. 5. Conclusión.

La lengua materna de Europa es el cristianismo
Goethe

1. HEREDEROS DE UN LEGADO

“Proponemos la fe, transmitimos un legado”, es el lema del 24 Congreso de Católicos y Vida Pública. No se trata de mirar al pasado con nostalgia, sino de interpretar una herencia viva que está presente entre nosotros, que nos pide sabiduría para extraer toda la vida que contiene. Una herencia que se convierte en misión porque somos conscientes de la grandeza que hemos recibido.

La herencia cristiana no consiste en cosas materiales que pueden malgastarse sino en el sentido de una vida que nos enseña a vivir. Recibir una herencia significa, en primer lugar, pensar en ella dentro de una historia. La herencia pide responsabilidad, somos continuadores de una historia anterior que debe ser llevada a plenitud. Por ello no testifica solamente el pasado sino que está volcada al futuro, sirve para la vida. No se trata de repetir como letra muerta sino de sacar toda la riqueza que contiene, respondiendo ante los nuevos desafíos.

*Presidenta del Consejo Directivo de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila. Directora General del Instituto Secular Cruzadas de Santa María, y Presidenta de la Fundación Universitaria Española.

Conferencia en el XXIV Congreso “Católicos y Vida Pública”/España, 18-20 noviembre 2022.

Como señala el cardenal Cañizares, en el prólogo del libro *Cómo la Iglesia construyó la civilización occidental*¹, hoy el edificio de nuestra civilización, está acosado por enemigos internos y externos. En nombre de una malentendida libertad se pretende erradicar toda influencia de la Iglesia, no ya de la vida pública, sino de la esfera familiar e individual de las personas. Y al mismo tiempo, se niega la posibilidad de que la razón pueda descubrir una verdad objetiva y, por lo tanto, un orden y una jerarquía moral en la realidad². La Iglesia, experta en humanidad³, defiende la potencialidad de la razón de ir más allá del cálculo o de la estadística. Sin esta capacidad el hombre ignoraría lo principal de sí mismo⁴.

Las universidades, el compromiso con la razón, la argumentación racional y el espíritu de investigación que caracterizan a la vida intelectual de Europa debe mucho a la Iglesia católica, y a la fe cristiana⁵. El concepto del individuo humano como persona, es decir, como síntesis de la vida interior y exterior, con un destino superior, es un concepto elaborado por los filósofos cristianos de la Edad Media, y ha sido decisivo en la cultura y la civilización europea⁶. El mismo pensamiento moderno se apoya firmemente en el pensamiento cristiano, como destaca Dalmacio Negro en su libro *Lo que Europa debe al cristianismo*⁷, cuya relectura es vivamente aconsejable. La crítica a la modernidad no consiste en censurar su confianza en la razón como tal, sino más bien la reducción del concepto de razón, como ha puesto de relieve Ratzinger.

La identidad moral de Europa presupone una historia, y su lengua materna es el cristianismo como dijo Goethe. No es un solar en el que construir como si no existiese nada previo o se hubiese “liberado” radicalmente de su pasado. Sin embargo, los europeos desde la Segunda Guerra Mundial estamos empeñados en rechazar nuestra propia historia, en renunciar a heredarla. Mirando solo al presente nos desentendemos de las posibilidades del futuro. Solo vemos lo que es censurable y destructivo de nuestra propia historia, y no somos capaces de percibir lo que es grande.

¹Th. E. Woods JR, *Cómo la Iglesia construyó la civilización occidental*, prólogo del Cardenal Cañizares, Ciudadela, Madrid 2010.

²J. Ratzinger, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Rialp, Madrid 2000³, 85.

³San Pablo VI, Discurso a los representantes de los Estados, ONU, 4-10-1965, n. 3.

⁴Cf. Juan Pablo II, Carta enc. *Fides et ratio*, contra la desconfianza en la razón, nn. 83, 55 y 61.

⁵A. Rouco Varela, “Europa y la fe: la aportación de la Iglesia”, en L. Jiménez (ed.), *Europa del rapto a la audacia de creer*, Fundación Universitaria Española, Madrid 2019, 215-232.

⁶Cf. D. Negro Pavón, *Lo que Europa debe al cristianismo*, Unión Editorial, Madrid 2004, cuya relectura es vivamente aconsejable.

⁷Cf. D. Negro Pavón, *Lo que Europa debe al cristianismo*, Unión Editorial, Madrid 2006².

2. UN CAMBIO DE ÉPOCA

Romano Guardini –en proceso de beatificación– escribió una obra fundamental, *El ocaso de la Edad moderna*⁸, con la que quería explicar el gran cambio de dirección histórica que se estaba produciendo, un verdadero cambio de época, y señalaba que era una oportunidad para la Iglesia. Estamos todavía en el inicio del proceso –los cambios de época suelen durar unos 150 años–. En estas circunstancias lo esencial no es cambiar, sino renovar, generar algo de verdad nuevo. Quedarse en los cambios aparentes es no encontrar la verdadera novedad y, tantas veces, perder el horizonte auténtico del camino abierto al futuro. No se puede innovar históricamente a partir de la nada. Se innova a partir de lo que somos, y nuestra identidad es cristiana.

Hay que evitar la identificación de que cualquier cambio es bueno, hay cosas que sirven para mejorar y otras empeoran. El rasgo distintivo de la modernidad es el ansia de novedades: “Lo nuevo es siempre lo bueno y lo mejor”. El progreso se ha convertido en una especie de dogma político. El lema progresista afirma que “es moral lo que crea el futuro”. La revuelta estudiantil de Mayo del 68 expandió la cultura de la autenticidad (la expresión es de Taylor), sustituyendo la cultura de la verdad por las ideologías y el cientificismo. Ha contribuido a imponer en Europa el clima intelectual y moral de la posmodernidad; cuyos rasgos son el pensamiento débil, y la sustitución de la ética por el sentimentalismo. Se propone una libertad reducida a mera emancipación de vínculos, en definitiva, una pérdida del sentido de la realidad.

En la cultura posmoderna se presenta todo lo cristiano como anclado en el pasado, como si fuese pieza de un museo. Se incide en propagar una sospecha sobre la razón humana en su capacidad de alcanzar la verdad, y en su valor de universalidad entre los hombres⁹. Lo que caracteriza a la posmodernidad es que cualquier referencia a la verdad está excluida; se reduce la verdad a opinión. La cuestión de fondo es la verdad.

“Todas las reglas morales se reducen a una: la verdad” (Goethe). La aceptación de la verdad es lo que da el sentido de la realidad a una cultura y hace posible la libertad: “la verdad os hará libres” (Jn 8, 32). Una confusa ideología de la libertad conduce a un dogmatismo que se revela cada vez más hostil contra la libertad hasta llegar a lo que hoy se llama cultura de la cancelación. La libertad está asociada a una medida, la medida de la realidad, que es la verdad (Ratzinger). Como afirmaba,

⁸Cf. R. Guardini, *El ocaso de la Edad Moderna*, Guadarrama, Madrid 1958, primera edición alemana en 1950.

⁹Como lo dice explícitamente: G. Vattimo, P. A. Rovatti, *El pensamiento débil*, Cátedra, Madrid 1988.

Dostoievski, en *Los endemoniados*, “Partiendo de la libertad ilimitada se llega fácilmente al despotismo sin límites”.

La propuesta posmoderna ha dado un paso particular y, en coherencia con sus principios, ha inventado el término “posverdad”, que pasa a definirse como una “mentira emotiva”. Se concibe como vivir de apariencias, en una reducción total a opiniones. Se basa en un uso meramente calculador de la razón que no sabe de fines. Basta con que se siga el procedimiento correcto para que la resolución sea justa. Se abandonan los grandes ideales y se confía el cambio social a la aceptación del procedimiento.

Europa es más que su economía o tecnología, una cultura cientifista carece de alma. Nuestra cultura actual se jacta de no tener fe y exige excluir toda referencia a lo que no es puramente material y medible. Prevalece una cultura cuantitativa congruente con la masificación, a la que corresponde una ética utilitarista. Actualmente ninguna religión revelada tiene influencia pública en el Occidente europeo. Una fe que se conserva encerrada en la intimidad es incapaz de dirigir realmente la vida. Europa es ante todo, un concepto espiritual y cultural, una civilización. La clave de comprensión de Europa, como la de cualquier cultura o civilización, es la religión.

La cultura necesita una dimensión religiosa. La esperanza de construir un mundo más justo y más digno del hombre, no puede prescindir de la convicción de que nada valdrían los esfuerzos humanos si no fueran acompañados por la ayuda divina, porque “si el Señor no construye la casa, en vano se afanan los albañiles” (*Sal* 127, 1). Se trata de reconocer y recuperar con fidelidad creativa los valores fundamentales que el cristianismo ha contribuido de manera determinante a adquirir y que pueden sintetizarse en la afirmación de la dignidad trascendente de la persona humana, del valor de la razón, de la libertad, entendida como la capacidad de establecer vínculos y construir algo común¹⁰. Las civilizaciones pueden pasar y de hecho pasan, pero, como escribía san Agustín, “Dios es el más joven de todos”.

Necesitamos dar un salto cualitativo en la toma de conciencia de nuestra herencia espiritual. San Juan Pablo II, en la Exhortación Apostólica postsinodal, *Ecclesia in Europa*, sin dejar de constatar la existencia de numerosos signos preocupantes en nuestro continente, con la pérdida de la memoria y la herencia cristianas, no duda en testimoniar una vibrante llamada a la esperanza para que Europa no se resigne a modos de pensar y de vivir que no tienen futuro. La fe cristiana fundamenta la vida social sobre los principios tomados del Evangelio y su impronta se percibe en arte, la literatura, el pensamiento y la cultura, “pero esta herencia –escribe– no pertenece solamente al pasado, es un proyecto para el porvenir que se ha de transmitir a las generaciones futuras, puesto que es el cuño

¹⁰San Juan Pablo II, Exh. ap. post., *Ecclesia in Europa*, n. 109.

de la vida de las personas y los pueblos que han forjado juntos el continente europeo”¹¹.

3. DAR RAZÓN DE NUESTRA ESPERANZA

Vivimos en una sociedad que presenta una visión deformada de la realidad: un mundo técnico donde todo funciona correctamente sin necesidad de formar personas buenas. La técnica decide qué es lo posible y correcto, la ideología se limita a escoger entre las posibilidades que ofrece la técnica. El pensamiento técnico no aporta ningún principio de organización, sino de operación: “Todo lo que puede hacerse debe ser hecho, así la ideología queda subordinada a cuestiones técnicas” (K. Lorenz). La salvación por la técnica convertida en absoluto, es la salvación del hombre por sí mismo.

La seguridad que necesitamos no puede venir de la técnica, ni de la ciencia, solo puede brotar de la fuerza moral del hombre¹². En un cambio de época como en el que nos encontramos, con el riesgo de la fragmentación y disgregación en múltiples deseos, la fe aporta una orientación fundamental que da unidad a la existencia¹³.

Benedicto XVI¹⁴ insistió y así lo hace también el papa Francisco¹⁵, en que no podemos caer en la trampa del moralismo, no podemos permitir que nuestra fe se disuelva en discusiones sobre múltiples detalles, al contrario, hemos de tener siempre presente en primer lugar su grandeza: “El cristianismo no es obra de persuasión sino de grandeza”¹⁶, así se expresaba san Ignacio de Antioquía dirigiéndose a la Iglesia de Roma. Pero ¿de qué grandeza se trata? Ser cristiano no es el fruto de muchas discusiones sino del encuentro con Cristo, que abre un horizonte nuevo a la vida, la grandeza de la amistad con Cristo.

El papa Francisco en la primera encíclica de su pontificado, la *Lumen fidei*¹⁷, nos invitó a reflexionar sobre la fe como una luz que ilumina toda la

¹¹San Juan Pablo II, Exh. ap. post., *Ecclesia in Europa*, n. 120.

¹²Benedicto XVI, Carta enc. *Spe salvi*, n. 26: “No es la ciencia la que redime al hombre. El hombre es redimido por el amor [...] El ser humano necesita un amor incondicionado [...] Si existe ese amor absoluto con su certeza absoluta, entonces –solo entonces– el hombre es redimido, suceda lo que suceda en su caso particular”.

¹³Francisco, Carta enc. *Lumen fidei*, n. 13; Benedicto XVI, *Deus caritas est*, n. 39.

¹⁴Benedicto XVI, *Discurso a los obispos de Suiza*, 9 de noviembre de 2006.

¹⁵Francisco, exh. ap. *Evangeli gaudium*, 24: La Iglesia en salida es la comunidad de discípulos misioneros que primerean, que se involucran, que acompañan, que fructifican y festejan”.

¹⁶Benedicto XVI, *Discurso a los obispos suizos* (9-11-2006), cita a san Ignacio de Antioquía, *Carta a los Romanos*, III, 3.

¹⁷Cf. Francisco, Carta enc. *Lumen fidei* (29-06-2013), n. 54. Aunque el texto lo había dejado prácticamente terminado su predecesor. Se redacta con motivo del Año de la fe y completa las dos primeras de Benedicto XVI, la *Deus caritas est*, sobre la caridad, y la *Spe salvi*, sobre la esperanza.

existencia del hombre. Luz de una memoria fundante que nos precede y al mismo tiempo, luz que viene del futuro, y nos desvela nuevos horizontes. La fe “ve” en la medida en la que camina, es la roca firme sobre la que construir la vida. La fe no es estática, desde sus inicios bíblicos aparece como respuesta a una llamada que nos hace ponernos en camino. Por eso la fe exige una continua conversión. La fe en cuanto camino es una práctica, se pone por obra. No es que uno cree y luego obra, ocurre más bien al contrario, “haz para que creas” (san Agustín).

La fe no es solo un camino, permite también comprender la arquitectura de las relaciones humanas, ilumina el arte de la edificación¹⁸, contribuyendo así al bien común¹⁹. Las tres moradas que el hombre edifica en su vida: el hogar, la ciudad y el templo significan la esfera de la intimidad, la de la sociabilidad y la de la trascendencia. La fe ilumina la vida en sociedad²⁰. El primer ámbito que la fe ilumina en la ciudad de los hombres es la familia. La familia está construida sobre un amor que es siempre más grande que ella, y que orienta hacia grandes horizontes desbordando los límites del hogar, por eso la familia tiene una importante misión social²¹. En la familia se transmite el lenguaje y, con él, los significados fundamentales que dan consistencia a los demás²², por eso tiene una fuerza antiideológica muy grande²³.

La casa es fuente de apertura a la ciudad y al templo, pues en ella se aprende la socialización primera y, de este modo, la familia se abre y alimenta la sociedad. El hombre es libre no porque no tenga vínculos, sino al contrario, porque pertenece a una familia, a una comunidad que lo acoge y a la cual puede donarse. Es una libertad que construye la ciudad común no a partir del miedo al conflicto sino por el deseo de consolidar las relaciones entre las personas.

4. EL FUTURO PERTENECE A LAS MINORÍAS CREATIVAS

Según el historiador británico Toynbee, los cambios de civilización que determinan un nuevo paradigma social no los promueven las grandes masas, sino pequeñas minorías “creativas” capaces de generar un nuevo

¹⁸Francisco, Carta enc. *Lumen fidei*, nn. 50-57.

¹⁹Francisco, Carta enc. *Lumen fidei*, n. 51.

²⁰Francisco, Carta enc. *Lumen fidei*, n. 55.

²¹Cf. C.A., Anderson, J. Granados, *Llamados al amor. Teología del cuerpo en Juan Pablo II*, Monte Carmelo, Burgos 2011, 187 ss.

²²Cf. L. Melina (a cura di), *Il criterio della natura e il futuro della famiglia*, Cantagalli, Siena 2011.

²³Como lo percibió ya Chesterton cuando escribió: *Lo que está mal en el mundo*, Ciudadela, Madrid 2006, cuya primera consideración es: “La falta del hogar del hombre”, 14-64.

tejido social²⁴. Ratzinger, no duda en afirmar que “el destino de una sociedad depende siempre de las minorías creativas”²⁵.

Minorías no porque se restrinjan a unos pocos sino porque se transmiten de persona a persona. Una minoría creativa puede ser pequeña pero no sectaria, al contrario, se siente responsable de todos. Lo que la distingue de otro tipo de minorías es su capacidad para generar cultura, modos de vida, prácticas sociales. No son guetos en actitud defensiva, intentando preservar un modo de vida que ven amenazado, son capaces de asimilar en sí lo ajeno, y no de ser asimiladas por ello. Una minoría creativa es capaz de generar espacios y tiempos en los que arraiga algo nuevo.

No basta solo el testimonio de vida, es preciso crear espacios y tiempos (formas concretas de trabajo, ocio, oración, vida fraterna) en las que esas experiencias puedan ser vividas y regeneradas. Una minoría creativa es capaz de generar espacios, y modos de vivir el tiempo, es como un árbol que crece y en el cual pueden encontrar cobijo todos los pájaros. Desde la experiencia de la comunión es capaz de generar unas prácticas y unas instituciones a través de las cuales otras personas y grupos sociales pueden participar en los bienes y valores comunes. El tiempo de la minoría creativa es generativo, produce “más”, y despierta esperanza a partir de la memoria agradecida. Desde este punto de vista puede decirse, que el futuro pertenece solo a las minorías creativas.

No es un refugio ante las adversidades externas, ni pretende generar una burbuja protectora. Se trata más bien de una ayuda para penetrar en la sociedad y transformarla. Superando el peligro del repliegue, es una comunidad unida y abierta, en una dinámica de intimidad y trascendencia. Por tanto, una minoría creativa no es exclusiva o elitista sin afán de universalidad, ni se disuelve en el todo. La verdadera minoría creativa evita los extremos del gueto y del sincretismo: del búnker y la trinchera, por una parte, y de la confusión y el buenismo por otra.

Solemos pensar que a una minoría la caracterizan ideas, sentimientos religiosos... Y en cierto modo así es, sin embargo, constatamos que, teniendo las mismas formas de pensar y sentir, unas minorías mueren estériles o encerradas en sí mismas, mientras otras crecen y renuevan sus ambientes. No basta opinar, pensar e incluso sentir lo mismo. Lo que caracteriza a la minoría creativa es haber recibido un mismo don –una relación personal– y trabajar con empeño en edificarlo. Se vive una misma vida, se bebe de una misma fuente. Y esto se revela en las virtudes que se generan entre sus miembros y que se derraman hacia fuera por medio de prácticas.

²⁴Cf. J. Ratzinger, *Europa: raíces, identidad y misión*, Ciudad Nueva, Madrid 2007; L. Granados, I. de Ribera (eds.), *Minorías creativas. El fermento del cristianismo*, Monte Carmelo, Burgos 2012.

²⁵Conferencia en el Senado de la República Italiana (13-05-2004).

No se trata solo de pensar de nuevo el mundo, ofreciendo ideas luminosas. El de una minoría es un pensamiento que se traduce en virtudes, es decir, en fuerza y energía. Es un vigor que transforma la sociedad, no la aniquila. Se trata de una minoría creativa, no revolucionaria. La minoría creativa no produce la destrucción sino la renovación del presente. La visión creativa, descubre la posibilidad de una sanación, de una renovación del mundo sin necesidad de destruirlo, es levadura, no dinamita.

Las minorías creativas se revelan fecundas transformando las costumbres sociales, salvaguardando la cultura y enriqueciéndola con música, teatro, prosa, poesía, cine..., haciendo posible la educación en tiempos de gran analfabetismo, creando hospitales, generando una economía justa, ofreciendo medios de comunicación respetuosos, una caridad integral que no sabe de mutilaciones.

Deseo mostrar algunos ejemplos que sirvan de ilustración del argumento de que no hay procesos históricos irreversibles, y del poder transformador que tienen las minorías creativas. La Biblia, la historia que, en mi infancia, llamábamos sagrada, está llena de sugerentes experiencias. La más emblemática, sin duda, es la de David y Goliat, narrada en el primer libro de los Reyes. No menos aleccionadora es la figura de Gedeón, el quinto de los jueces de Israel, que con 300 hombres venció a un ejército de 135 mil madianitas. Podría espigar más nombres e historias que servirían de prototipo a nuestro argumento pero, dado que la historia sagrada es espejo de nuestra propia historia, me propongo ahora referir algunos ejemplos contemporáneos.

4.1. LA ASOCIACIÓN CATÓLICA DE PROPAGANDISTAS

El primero está muy relacionado con los organizadores de este Congreso. El P. Ángel Ayala, s.j., promovió entre sus congregantes marianos, a principios del siglo XX, una minoría creativa²⁶ para poder desarrollar un fecundo apostolado en la vida pública, dando lugar a la Asociación Católica de Propagandistas. Dicha minoría, impulsada por el Siervo de Dios, Ángel Herrera Oria, fue capaz de movilizar a la opinión pública mediante campañas y mítines, logró el florecimiento de la Acción Católica en España, fundó sindicatos católicos, estructuró y movilizó a los estudiantes católicos, lideró la prensa de la España republicana con *El Debate*, fundó toda una red de periódicos con la Editorial Católica, la Biblioteca de Autores Cristianos, inició Cáritas en España, y desarrolló una obra educativa de la

²⁶P. Ángel Ayala: "Educar selectos es el problema fundamental del mundo. Si un pueblo tiene buenos gobernantes, será un gran pueblo. Si un ejército tiene grandes generales, se cubrirá de gloria. Una obra cualquiera será lo que sea quien la dirija" (*Formación de selectos*). El P. Ángel Ayala hablaba de "minoría selecta". Se trata de formar personas con un espíritu audaz y servicial que no busquen en la Iglesia un refugio frente a los problemas del mundo, sino el fuego que los impulse a salir generosamente en servicio del bien común.

que hoy forman parte cuatro universidades, varios colegios y otras tantas escuelas. Y desde hace un año, influye de nuevo en la opinión pública a través de *El Debate*, ahora convertido en un moderno periódico digital, ofrece información veraz y unos principios cristianos, y supera ya los siete millones de lectores al mes.

4.2. EL SINDICATO SOLIDARIDAD

El segundo es muy conocido, el 9 de noviembre se cumplieron 34 años de la caída del muro de Berlín en 1989. Este acontecimiento fue detonante de un proceso que concluyó con la disolución de la Unión Soviética en 1991, sin derramamiento de sangre. Hoy sabemos el papel decisivo que en este proceso extraordinario tuvo el sindicato polaco Solidaridad, fundado en 1980 por Lech Wałęsa.

Todo empezó con la visita del Papa polaco a su tierra, cumpliendo un deseo que era a la vez suyo y de su predecesor, el papa Pablo VI, el cual intentó sin éxito visitar la nación en el milenio de su bautismo, en el año 966. La visita de Juan Pablo II a su tierra natal comenzó el 2 de junio en la plaza de la Victoria de Varsovia con una Eucaristía. Era la vigilia de Pentecostés y después de una homilía intensa que merece la pena ser releída por la luz que arroja sobre la teología de la historia, el Papa concluyó: “Y grito, yo, hijo de la tierra polaca, y al mismo tiempo yo: Juan Pablo II, Papa, grito desde lo más profundo de este milenio, grito en la vigilia de Pentecostés: ¡Desciende tu Espíritu! ¡Desciende tu Espíritu! ¡Y renueva la faz de la tierra! ¡De esta tierra! Amén”.

Las palabras del Papa en aquella misa memorable produjeron un efecto formidable y se convirtieron misteriosamente en punto de inflexión de un movimiento que llevó en última instancia a finiquitar los regímenes totalitarios comunistas que existían en Europa del Este. Confiesa Lech Wałęsa: “a partir de ese día fuimos testimonio y protagonistas juntos de la fuerza inquebrantable de la fe: pese a cincuenta años de comunismo en Polonia, un pueblo entero participaba en los encuentros del Papa, un pueblo entero comenzó a rezar y esperar”. Y concluye: “Sin el papa Wojtyla no habría habido la experiencia de *Solidaridad*, aquella experiencia única y tan potente de solidaridad de los hombres en lucha pacífica por la libertad”.

4.3. EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS ANULA LA SENTENCIA ROE VS. WADE

El 24 de junio de 2022, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló la histórica sentencia (conocida como ‘*Roe vs. Wade*’), que desde 1973 garantizaba el derecho al aborto. Esa victoria ha sido posible gracias a una minoría creativa que, desafiando la dictadura de lo políticamente

correcto, apuesta por la defensa de la vida humana como primer pilar de la sociedad.

Es la mayor victoria legal provida conseguida en cualquier país occidental desde hace setenta años, cuando el aborto empezó a ser despenalizado primero, y luego afirmado como un derecho de la mujer. Estados Unidos se fundó sobre la verdad de que todos los hombres y mujeres son creados iguales, con derechos otorgados por Dios a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Esta verdad fue gravemente negada por el fallo *Roe vs. Wade* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que legalizó y normalizó la supresión de vidas humanas inocentes.

El ejemplo de Estados Unidos es alentador y aleccionador. Lo que hemos vivido en junio no es más que el último capítulo del desafío provida a la sentencia *Roe vs. Wade* iniciado hace casi cinco décadas. El éxito no se debe solo al tesón sino también al uso de una estrategia inteligente a largo plazo, la misma que usaron en su día los defensores del matrimonio homosexual y el aborto. La idea era erosionar desde la base los razonamientos y valores sobre los que se asentaba la sentencia e ir introduciendo pequeñas modificaciones en el ordenamiento jurídico, en principio al margen del contexto del aborto.

En los 80 se centraron los activistas provida en la idea de instaurar el concepto de personalidad fetal. En los 90 buscaron vías para demostrar que la base de la sentencia relacionada con la salud y la igualdad de las mujeres era equivocada. El aborto dejaba profundas secuelas. Se buscó por tanto la manera de exigir que las mujeres tuvieran toda la información para poder decidir libremente. Además, trabajaron en introducir mejores estándares de seguridad en las clínicas: como consecuencia, los costes de las clínicas aumentaron y el número de abortos se redujo. El último asalto fue el cuestionamiento y descrédito progresivo de la noción de viabilidad, dado que en *Roe vs. Wade* el Tribunal declaró que la mujer puede abortar hasta que la vida del feto sea viable. Mostraron la falta de consenso social ni científico sobre una cuestión tan relevante como el derecho a la vida.

Tras este largo camino, una vez publicada la decisión del Tribunal Supremo, más de una docena de Estados prohibieron inmediatamente el aborto en sus territorios. Otros están en trance de aprobar leyes mucho más restrictivas que las actuales (la llamada ley del latido). Y así, una guerra que parecía totalmente perdida y un debate que se creía superado se ha convertido en un éxito que puede tener repercusiones mundiales. Esta experiencia nos muestra una vez más el poder de una minoría con convicción y liderazgo fuerte, capaz de una acción a largo plazo.

Como reconoció el mismo 24 de junio, fiesta del Corazón de Jesús, el arzobispo José H. Gómez de Los Ángeles, presidente de la Conferencia de Obispos Católicos de los Estados Unidos: "La decisión de hoy también es el fruto de las oraciones, los sacrificios y la defensa de innumerables estadounidenses comunes en todos los ámbitos de la vida. Durante estos

largos años, millones de nuestros conciudadanos han trabajado juntos pacíficamente para educar y persuadir a sus vecinos sobre la injusticia del aborto, para ofrecer atención y asesoramiento a las mujeres y para trabajar por alternativas al aborto, incluida la adopción, el cuidado de crianza temporal y la atención pública, políticas que verdaderamente apoyen a las familias”.

La mayoría de los medios de comunicación no han sabido o podido dar cuenta de todo el proceso que acabamos de describir. Pero lo cierto es que lo ocurrido nos hace recordar el largo combate del parlamentario William Wilberforce (1759-1833) para abolir la esclavitud en el Imperio británico. Hace solo doscientos años la trata de esclavos estaba plenamente vigente en el Imperio británico y era la base económica de las plantaciones del sur de Estados Unidos. En este sentido, la historia de este parlamentario y sus compañeros demuestra una vez más que es posible que un puñado de hombres decididos movilice a la opinión pública para acabar con una lacra social tan ampliamente aceptada en su época. Es exactamente lo que ha ocurrido en nuestros días en Estados Unidos con el aborto.

En España, hay 15 Universidades (pontificias, católicas, de inspiración católica, y eclesiásticas), con 121.925 alumnos; 2.558 Centros católicos, con 1.525.215 alumnos inscritos; 2.419 Centros católicos concertados²⁷. La pregunta es, ¿somos una minoría creativa?, ¿creemos realmente que no hay procesos irreversibles?, ¿estamos empeñados en mantener la identidad católica de nuestros centros? El pesimismo conduce al inmovilismo.

5. CONCLUSIÓN

En nuestro tiempo han resurgido muchos temores que paralizan, el principal, el temor ante un cambio que no sabe a dónde va. La crisis de la pandemia ha hecho tambalear de nuevo esa pretendida imagen de fortaleza y nos ha puesto ante los ojos la posibilidad de un retroceso grave que afecte a todos. El futuro mismo parece puesto en cuestión y vacilante.

Por eso, los cristianos no podemos vivir a la defensiva, en pequeños guetos, como recuerda el papa Francisco en *Fratelli tutti*, frente a la tentación de las primeras comunidades cristianas de crear grupos cerrados y aislados, san Pablo exhortaba a sus discípulos a tener caridad entre ellos y “con todos” (1 Tes 3, 12), y en la comunidad de Juan se pedía que los hermanos fueran bien recibidos “incluso los que están de paso” (3 Jn 5). Este contexto ayuda a comprender el valor de la parábola del buen samaritano. El amor rompe las cadenas que nos aíslan y separan, tendiendo

²⁷Fuente: Ministerio de Educación y Formación Profesional. Subcomisión Episcopal de Universidades y Cultura. CEE. 2020.

puentes, y nos permite construir una gran familia donde todos podamos sentirnos en casa²⁸.

Retroceder ante las dificultades no da resultado. La vida es siempre más, nos trasciende, es un imposible para nosotros. Atreverse con ese imposible supone grandeza de ánimo, magnanimidad, valentía. Solo el que agradece la contradicción la vence, y solo el que agradece el don lo recibe verdaderamente. Por eso la vida tiene una única manera de ser vivida: la grandeza de ánimo. El grande de ánimo espera siempre, contra todas las dificultades y los reveses. La esperanza le es constitutiva.

En definitiva, es posible un futuro cuando se crea un “corazón nuevo” un sujeto cristiano renovado y convertido; que mira el futuro con esperanza, consciente de la continuidad con una historia de salvación de la que participa. Comprende la falsedad de la pretensión de ser creadores de esa historia como si pudiéramos empezar de cero. La esperanza está en el testimonio creíble de la presencia transformadora del Evangelio en el mundo. Se trata de formar personas que se dejan guiar por la responsabilidad.

Lo esencial entre los hombres es lo que tenemos en común, no lo que nos separa, y la fe nos une, es un bien común. No vamos a encontrar la solución universal a todos los problemas, pero tampoco tiene cabida la resignación. Como nos recordaba Benedicto XVI, en *Deus caritas est*, “A un mundo mejor se contribuye solamente haciendo el bien ahora y en primera persona, con pasión y donde sea posible, independientemente de estrategias y programas de partido. El programa del cristiano –el programa del buen Samaritano, el programa de Jesús– es un corazón que ve. Este corazón ve dónde se necesita amor y actúa en consecuencia”²⁹.

El magisterio de los papas, san Juan Pablo II, Benedicto XVI y el papa Francisco, avalan la urgencia de una respuesta fiel, perseverante y valiente de todos los católicos –laicos, consagrados y pastores– sin cómodas excusas y sin demora alguna. La fe cristiana puede contribuir a que Europa recobre de nuevo lo mejor de su herencia y siga siendo un lugar de acogida y crecimiento no solo en lo material sino sobre todo en humanidad. Es el despotismo el que puede prescindir de la fe, no la libertad (Tocqueville).

²⁸Francisco, Exh. ap. *Fratelli tutti. Sobre la fraternidad y la amistad social*, n. 62.

²⁹Benedicto XVI, Carta enc. *Deus caritas est*, n. 31b.

FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO. UNA COMPRENSIÓN VERTICAL

Iván Aróstica Maldonado*

¿No os acordáis que somos larvas, nacidas para formar la mariposa celestial que vuela sin obstáculos hacia la justicia eterna?

Dante, *Divina Comedia*. El Purgatorio X, 124-126.

Existen dos escaños ascendentes en la escala del saber: conocer y entender. El primer grado –conocer– es el exigible a todos los ciudadanos en general, en cuanto se presume que deben saber *qué* dice la ley; el segundo grado –entender– es el exigible a los estudiosos en particular, en tanto que además deben saber la raíz y razón de ser o el *porqué* de la ley. Aquí –en el “por qué”– se encuentran sus causas; allá –en el “qué”– sus efectos.

“Toda voluntad quiere algo y lo quiere a causa de algo. De la misma manera que hay que considerar qué quiere, también hay que ver por qué lo quiere. En efecto, la voluntad no debe ser más recta queriendo lo que debe que queriendo por la razón por la que debe. Por este motivo, toda voluntad tiene un ‘qué’ y un ‘por qué’: todo lo que queremos lo queremos por alguna causa”, enseña Anselmo de Canterbury en *De Veritate* (1080) cap. 12¹.

Sin recalcar e inteligir en ese “por qué”, se corre el riesgo cierto de incurrir en una suerte de *argumentum ad verecundiam*, i.e. en una falacia de autoridad atinente a la ley. Parafraseando a Tomás de Aquino, diríamos que el conocimiento auténtico de la ley amerita saber el porqué de sus aseveraciones, ya que juzgar su justicia apelando a la sola autoridad emisora (*legislator dixit*), con prescindencia de razones, vacía de contenido

*Abogado. Magíster en Derecho Universidad de Bolonia/Italia, Profesor de Derecho Administrativo en Magíster en Derecho Público, Universidad Católica de Chile, Ex-Ministro y Presidente del Tribunal Constitucional.

¹Anselmo de Canterbury, *De Veritate*. Introducción y traducción de Eduardo Otero Pereira. Epílogo de Miguel García-Baró (2019), Ediciones Sígueme (Salamanca) 85.

sustancial cualquier examen justo y racional tocante al recto ejercicio de la potestad legislativa en ella vertida².

I

Ahora bien, una comprensión cabal acerca del porqué de las leyes no se satisface con recibir una explicación cualquiera ni con solo enterarse de los móviles particulares e inmediatos que haya tenido en cuenta el legislador pasajero o accidental. La libertad inherente al ser humano, que al no ser esclavo no está sometido a la disposición arbitraria de un dueño (artículo 582 del Código Civil), rehúsa recibir como respuesta un mero “porque sí” o tener que oír el siempre ubicuo y pertinaz *sic volo sic iubeo, sit pro ratione voluntas*, “así lo quiero así lo ordeno, baste mi voluntad por razón” (Juvenal: *Sátiras* 6, 223).

Es más, la ley necesita ser justificada en atención a la libertad e igualdad naturales de los gobernados. Si todos los hombres son iguales por naturaleza, debe haber una razón sobrenatural (metafísica) que valide el que uno pueda imponerle una “orden” a otro. Lo que no se reduce únicamente a preguntarse por la legitimidad de *quién* adopta la ley, del autor que funge como causa eficiente de la norma, y que –desde la Antigüedad– nos remite al tema sobre el origen divino del poder. No es este nuestro asunto ahora. Concedido que la autoridad encargada de promulgar la ley cuenta con dicha legitimidad de origen, tematizaremos a continuación que –a la luz de la más antigua tradición jurídica greco-cristiana– su legitimidad de ejercicio se encuentra condicionada al hecho de que la ley obedezca a una razón superior al propio monarca o soberano.

Justamente, tratándose de las leyes relativas a los fundamentos de la Polis o que conciernen al bien de la comunidad, ese “por qué” o fundamento más alto se encuentra en una Cosmovisión que viene animando los actos humanos desde tiempos inmemoriales, basada en la creencia en una inteligencia superior –el Logos– creadora de un orden trascendente que discurre conforme a cierta justicia suprema. Por eso en los albores de la civilización occidental, en *Trabajos y días* (9 y ss.), Hesíodo orientaba a efectuar un examen crítico de las leyes y sentencias (sobre todo cuando se hacen sospechosas de abuso de poder o prevaricato³) elevando el nivel de comprensión “más allá” de lo casuístico temporal, hasta llegar a confrontarlas con ese macro “orden” universal que los griegos llamaron Cosmos,

²John Finnis, Tomás de Aquino. *Teoría moral, política y jurídica* (1998) versión (2019) del Instituto de Estudios de la Sociedad (Santiago) 14.

³Hesíodo, *Trabajos y días*. Introducción, traducción y notas de Adelaida Martínez Sánchez y María Ángeles Martín Sánchez (1986) 3ª. edición (2013), segunda reimpresión (2019), Alianza Editorial (Madrid), 82.

el cual se torna irrecusable por estar basado en una justicia infalible declarada por la divinidad. Orden supremo y trascendente que, debiendo ser reproducido en el microcosmos de la Polis, ha de ser restaurado en caso de verse quebrantado: “restablece las leyes divinas mediante tu justicia”, le ruega la víctima ofendida a Zeus⁴. La *Hybris* ha de poder ser revertida y castigada, pronto o tarde, por la *Diké* (*Teogonía*, 613 y *Trabajos y días*, 105)⁵. Y “por eso el que diga palabras injustas no pasará desapercibido, ni la justicia vengadora lo dejará escapar”, se exhorta en *Sabidurías* 1:8 a las autoridades que deben amar y declarar la justicia.

La Historia del Derecho no puede, pues, quedarse royendo la cáscara superficial y algo mundana de cada una de las leyes antiguas⁶. Las materias circunstanciales sobre que versaron las leyes de Salomón, por ejemplo, adquieren su verdadera estatura y dimensión cuando se ponen en conexión con el espíritu o principio constitucional que les insufló el mito aquel, descubierto por Hesíodo en la Naturaleza, en orden a que la justicia acompaña a quien prospera económicamente merced a su trabajo y esfuerzo personal, arrancando la vida (el *Bíos* o el mismo “ser”) de entre las entrañas de la tierra, y no a quien vive a costa de los bienes ajenos, maquinando expoliaciones o artilugios estatales⁷.

Tales principios cósmicos fueron los que secularmente inspiraron las normas de acá en este mundo, y cuya conjunción es la *Eunomía*, el imperio de las leyes justas; eso que hoy llamamos Estado de derecho⁸.

II

Si la lectura de su *texto* permite conocer en qué consiste la ley, solo entendiendo su *espíritu* podremos entender las causas o por qué se ha dictado

⁴Hesíodo, *Trabajos y días* 10, en “Obras y fragmentos” con Introducción, traducción y notas de Aurelio Pérez Jiménez y Alfonso Martínez Díez, versión (2021) de Gredos (España), 162.

⁵Jean-Pierre Vernant, *Mito y pensamiento en la Grecia antigua* (1965), 3ª edición (1993) Editorial Ariel (Barcelona), 41.

⁶Con toda su exquisita erudición y excepcional capacidad académica, no logran captar esta relación autoras como Jacqueline de Romilly, *La ley en la Grecia clásica* (2004), Editorial Biblos (Buenos Aires), 179. Lo mismo que Fernanda Pirie, *Ordenar el Mundo. Cómo 4.000 años de leyes dieron forma a la civilización* (2022), Crítica-Editorial Planeta (Barcelona), 7-66.

⁷En nuestro concepto, dicha fecundidad o productividad legítima formaría parte de la virtud que informa el estatuto o ley propia del estamento de los agricultores y gentes de la tierra (del dharma que rige la casta de los Vaishyas diríase en India), y que en el “cuerpo social” eran quienes figuraban en el lugar del “estómago”: a uno de esos “vientres tan solo” (al Hesíodo pastor y pequeño propietario agrícola) se le revelan e inspiran las Musas en *Teogonía*, 27.

⁸La metafísica y la filosofía inspiran la legislación, ora positivamente, para llegar a decir qué es justo (en leyes que mandan o permiten), ora negativamente, al menos para poder decir qué es intolerable por ser injusto (en leyes que prohíben).

esa ley⁹. Dado que primero se piensa y siente acerca de lo que se cree verdadero, justo y bueno, y solo a continuación se habla o escribe a su respecto, un genuino saber cualificado requiere comprender eso que está “más allá” de lo material perceptible por los sentidos o de lo que se lee en la letra de la ley.

En este entendido, una teoría solo descriptiva de los textos y sus fuentes formales no es una buena teoría del derecho si no es además explicativa, so riesgo de que las normas se conviertan en un discurso meramente lingüístico y donde cualquier mandato estatal debería asumirse convencionalmente como ley, desde el dogmatismo y la aceptación acrítica, con prescindencia de su finalidad y contenido sustancial. Que en la interpretación de la ley el estudioso debe atenerse a “la voluntad declarada por sobre la real”, forma parte del arsenal invisibilizante de que se vale este dogmatismo formal. Y es el mismo sesgo formulista carente de esencialidad que anida en Kelsen, primero al proclamar el relativismo como característica de la democracia (1920), reducida a operar como un simple mecanismo protocolario generador de leyes, y enseguida al concebir su subsecuente teoría “pura” del derecho (1934). Siendo apenas percibido en nuestro medio que esta concepción deriva de la Revolución antimetafísica de 1789, encaminada a institucionalizar la única cultura no sagrada que registra la historia de la humanidad.

La *theoría* es, en realidad, el más alto grado del saber metafísico¹⁰. La etimología de la palabra *theoría* indica que esta no se reduce a acumular percepciones captadas por los sentidos que son comunes a todos, sino que connota la operación intelectual más profunda de contemplar o especular con el fin de aprehender el porqué de las cosas, de modo que los seres humanos son más sabios en la medida que “poseen la teoría y conocen las causas”. Por ello Aristóteles decía precisamente que la sabiduría “se ocupa de las causas primeras y de los principios” (*Metafísica*, Libro I)¹¹.

No es tampoco desdeñable la idea de que *theoría* puede derivar de *theion*, lo divino, y de *theos*, dios, si se vincula con la contemplación de la divinidad, como previno santo Tomás de Aquino, desde que el objeto material de la contemplación será siempre la verdad sobrenatural o las

⁹Se sabe, es la célebre distinción de San Pablo entre “letra” y “espíritu” de la ley: “Pero ahora, al morir a la ley, a la cual estábamos sujetos, hemos quedado libres para servir a Dios no conforme a la letra de la vieja ley, sino conforme a la nueva vida del Espíritu” (1 *Romanos* 7, 6).

¹⁰Para la metafísica como “ciencia teológica”: Alejandro G. Vigo, *Aristóteles. Una introducción* (2007), 2ª. edición (2022), Instituto de Estudios de la Sociedad (Santiago), 177, 195 y 239-247.

¹¹Sobre la Teoría como “observancia”, expresión cargada de una doble significación (percepción sensorial e intelectual y conducta religiosa o ritual), pasando por su degradación a meras conjeturas subjetivas, hasta llegar a su contaminación con el lenguaje performativo actual que pretende crear o deconstruir todo con la palabra, donde la Modernidad adviene como el “punto de ruptura con el orden del Logos”: George Steiner, *Presencias reales* (1986), versión (2017), Ediciones Siruela (Madrid), 83-126.

verdades naturales cognoscibles que se refieren a Dios. Así sea, con todas nuestras limitaciones, partiendo por contemplar la creación por reflejo, o como decía san Agustín, mirando “a través de espejo y en oscuridad” (*Suma Teológica* 2-2 q.180 a.4, II)¹².

III

Ulpiano dio una definición muy precisa: “Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto” (*Digesto* Libro 1, Título 2, párrafo 10). O sea, es en el orden divino o suprarracional (trascendente y superior) donde se encuentra el principio del cual deriva todo lo demás: las influencias descienden del mundo metafísico al mundo legal, pero no a la inversa, pues un río no remonta nunca hacia su fuente.

En tanto hombres, al asumirnos como parte de algo que nos rebasa y trasciende, en un intento por acceder a eso superior del cual la vida humana y todas las cosas dependen, incluida la justicia, hace que nuestro campo de investigación abarque el conjunto de saberes jurídicos contenidos en la metafísica, la filosofía, la política y la legalidad. Es allá en la metafísica donde se forma idea primera de lo que es verdaderamente justo, para enseguida decantar en grados sucesivos de concreción hasta manifestarse en la ley. Mientras en la metafísica y la filosofía se forma el pensamiento (referente), a continuación es en la política y la legalidad donde se encontrará su praxis (relato), en relación de *terminus ad quo* y *terminus ad quem* (punto de partida u origen y punto de llegada o meta)¹³.

Obviamente ese orden superior se “descubre” y no se “crea” de la nada o *ex nihilo*. Tal como los padres fundadores ubicaron las ciudades antiguas teniendo en consideración algún referente celestial, o parecidamente a como el artista encuentra la proporción áurea omnipresente en la naturaleza antes de pintar un cuadro con simetría excelsa, así también el legislador humano “descubre” previamente ese orden cósmico para luego reflejarlo en la ley, a modo de legitimación superior y soporte esencial de los demás elementos accidentales o fluctuantes que en un momento dado puedan componer la norma positiva.

¹²Juan Carlos Aguirre Martínez, *Elogio y crítica a la obra de René Guénon: discernimiento y praxis*, en “Aproximaciones a René Guénon”, de autores varios (2016), Editorial Sanz y Torres (Madrid), 74.

¹³En dichas tres parcelas o categorías del saber, anteriores a la ley positiva, en cuanto y en tanto en ellas tiene lugar la concepción y valoración de qué es lo justo viviendo en comunidad, es donde cabe recalar procediendo algo así como trilingües doctores, parafraseando a Dante (*Sobre la Lengua Vulgar* 1, IX,3).

¿Cómo se descubre o desnuda esa justicia a veces oculta a nuestros ojos?¹⁴. Aparte de la razón natural (el *intus-legere*) que permite a todo ser humano contemplar por sí mismo la Creación para aprehender allí la substancia de las cosas y de donde extraer las leyes consecuenciales, además de esta vía, la tradición jurídica occidental enseña que los materiales jurídicos donde locuta dicha metafísica son preferentemente el Mythos griego y el Verbo cristiano: atemporales e inespaciales, ambos constituyen revelaciones de aquel acontecimiento divino de la creación universal como un acto de ordenación racional, de un Logos, consistente en la separación entre el Cosmos y el Caos. Mientras reinó el Caos todos los elementos permanecieron indivisos y entremezclados, indistinguiblemente confundidos unos con otros, al paso que el imperio del Cosmos implicó que fueron diferenciados acorde con un orden trascendente y superior¹⁵. Explícase así lo dicho con un ejemplo: entre un “montón de libros” y una “biblioteca” hay una diferencia metafísica (más allá de los elementos físicos o sobrenatural), pues acá es posible descubrir la presencia de un cierto orden dado por una inteligencia que supera y es irreductible a los elementos materiales¹⁶.

IV

De la patria celeste a la patria terrenal: lo que es arriba es abajo (“aquí en la tierra como en el cielo”: *Mateo* 6, 10). Así la Polis fue entendida como un microcosmos ordenado por leyes-logos que no se creaban de la nada (Caos) sino que se descubrían en ese macrocosmos universal regido por las leyes del Logos superior. La ardua explicación de Tomás de Aquino acerca de la ley como ordenación de la razón, apunta precisamente en este mismo sentido¹⁷. A lo que sumaremos recordar que a dicha ley natural o moral tradicional inspiradora de las leyes humanas, C.S. Lewis la llamó el *Tao* (concepción común con todas sus modalidades platónica, aristotélica, estoica, cristiana u oriental), diciendo que “solo el *Tao* proporciona una ley humana de actuación común a todos, ley que abarca a legisladores y a leyes a un tiempo. Una creencia dogmática en un valor objetivo es

¹⁴Sobre el concepto y formas de la “revelación”, Albert Lang, *Teología fundamental* (1966), Ediciones Rialp (Madrid), 45-58. Jean-Yves Lacoste (Dir.), *Diccionario crítico de Teología* (1998), versión (2007), Ediciones Akal (Madrid), 1058.

¹⁵El génesis se hace por separación de elementos unidos y confundidos de antemano, sin *Eros* (Eros es el principio que une a los disímiles): Jean-Pierre Vernant, *Mito y pensamiento en la Grecia antigua* citado, 338.

¹⁶José R. Ayllón, *El mundo de las ideologías* (2019), Homo Legens (Madrid), 45-46.

¹⁷Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* 1-2 q. 90 a.4 y q.91 a.2 ad. 3 y a.3.

necesaria a la idea misma de una norma que no se convierta en tiranía, y una obediencia que no se convierta en esclavitud”¹⁸.

La idea del orden de la Polis como una parte del gran orden del Cosmos, se refleja incluso en la ubicación de aquellas ciudades tradicionales que aparecen fundadas conforme con alguna ubicación estelar. La Polis como imagen especular del Cosmos se daría asimismo en el caso de “la ciudad eterna”: Amor es la transposición de Roma, pero no porque sea su antítesis, sino porque es el reflejo, necesariamente invertida como lo es la imagen de un objeto en un espejo¹⁹.

En esta lógica se ubican los *specula principum* (espejos de príncipes) de la época medieval, donde los más preclaros teólogos y juristas vertían los principios del pensamiento griego y del verbo cristiano, para servir, ya sea de guías espirituales resaltando las virtudes del oficio que debían cultivar los *optimates* (mejores) pertenecientes al estamento dirigente, ya sea de consejos encaminados a orientar el buen gobierno de la *res publica* a través de la justicia y la paz, remarcando que el ejercicio del poder reconoce deberes y limitaciones superiores²⁰. Lo escribía en 1640 Baltasar Gracián, en *El Político, don Fernando el Católico*: “La verdadera y magistral política fue la de Fernando, segura y firme, que no se resolvía en fantásticas quimeras. Útil, pues le rindió reino por año. Honesta, pues le mereció el blasón de Católico. Conquistó reinos para Dios, coronas para tronos de su Cruz, provincias para campos de la Fe, y, al fin, él fue el que supo juntar la tierra con el Cielo”²¹.

V

Apuraríamos nuestro alegato acerca de la imprescindible presencia del derecho y sobre la necesidad de que alguien pueda decirlo con autoridad, agregando ahora que en la política como en todas las demás relaciones sociales, existe una tendencia o inclinación irresistible a la rivalidad que –de no mediar la jurisdicción (la voz del derecho)– recrudece en guerra fratricida o en pendencia. A un antagonismo los textos tradicionales hin-

¹⁸C.S. Lewis, *La abolición del hombre* (1944), 6ª. edición (2016), Ediciones Encuentro (Madrid), 25, 50 y 75.

¹⁹René Guénon, *Esoterismo Cristiano* (1954), 1ª. edición (2007), segunda reimpresión (2019), Ediciones Vía Directa (España), 47.

²⁰Simonetta Scandellari, “Mosén Diego de Valera y los consejos de los príncipes”, en *Res Pública* (Universidad Complutense de Madrid), N° 18 (2007), 147-162. Rosalía Rodríguez López, “Teoría política en los *Specula Principis* protobizantinos”, en *Direito romano: poder e direito* (2013), 1109-1126.

²¹Baltasar Gracián, *El héroe. El político*. Prólogo y notas de Agustín Izquierdo (2009), Ediciones Edaf (Madrid), 130.

dúes de los Bráhmans le llamaron *spardh* y al otro *samyat*²², igualmente como el Mythos fundacional de los griegos nos habla de una *Éride* benigna, impulsora de la competencia natural, junto a otra *Éride* amarga o maligna, que engendra la lucha funesta²³.

Desde tiempos inmemoriales esta última –que personifica la conflagración– fue quien condujo a la *hybris* de unos y a la esclavitud o al sacrificio del enemigo, a menos que se entregara un chivo expiatorio en su lugar. Hasta que el Evangelio vino a restarle todo sustento religioso a estas prácticas inmoladoras del prójimo, desencadenando la más grande instauración de la justicia de que se tenga memoria en la historia universal²⁴. ¡Cuántas víctimas inocentes fueron salvadas de la hoja técpal o del cuchillo tumi blandido por sacerdotes ávidos de sangre humana! Leyendas negro-legendarias al margen, fue gracias al espíritu del cristianismo que se puso término a esas catarsis colectivas que siempre han buscado descargarse contra alguna víctima propiciatoria, ofrendada en beneficio de la colectividad. Acción civilizadora, esta, que no pudo sino basarse en el contraejemplo eterno que narra la Sagrada Escritura, cuando ante la multitud que aúlla “¡Crucifícadlo!” y para evitar la revuelta que temía, Pilatos entrega a Jesús... no sin antes consensuarlo con Herodes. “Aquel día, Herodes y Pilato se hicieron amigos, pues antes estaban enemistados” (*Lucas 23, 12*).

La desmandada política que siguió al retiro de la metafísica cristiana debutará precisamente con la guillotina y el primer genocidio estatal de La Vendée, en 1793, cuando la política degrada en mera ideología. Le siguen los gulags, los campos de concentración y el paredón cubano. Incluso la democracia liberal no es menos ablativa, cada vez que se ha sentido libre de “ataduras” para imponer otras fórmulas más o menos sutiles de holocausto, como son los sacrificios de derechos que de tanto en tanto se suelen dar, a guisa de haber oído las demandas de la gente y con el fin de satisfacer supuestos reclamos mayoritarios o colectivos²⁵.

VI

Si bien se observa en la mitología griega, particularmente en la citada *Teogonía* de Hesíodo, existen fuerzas vitales o factores reales que operan en la vida de aquellas comunidades donde los dioses o los hombres ejercen mando, toda vez que contra los desobedientes o recalitrantes se oponen

²²René Girard, *El sacrificio* (2012), Ediciones Encuentro (Madrid), 38.

²³Hesíodo, *Trabajos y días* citado, 11.

²⁴René Girard, *El sacrificio* citado, 86 y 95.

²⁵Nuestro *Totalitarismo legal*, en *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás), N° 49 (2022), 206-207.

vigorosamente unas entidades que están subordinadas a Zeus, como son el Poder (*Kratos*) y la Fuerza (*Bía*). Lo que no significa la imposición del más fuerte, ya que no es el derecho un servidor del soberano, sino que exactamente al revés: el Poder y la Fuerza “son servidores o criados del más Alto, y, por tanto, del derecho”, personificado en Zeus, portador divino de la justicia²⁶. Un pensamiento semejante, acerca de la subordinación del poder al derecho, a Zeus, encontramos en la introducción del *Prometeo* de Esquilo²⁷. Le agradecemos a Sófocles recordárnoslo (*Edipo rey*: 865; *Antígona*: 450).

Y porque “los dioses representan un orden cósmico pero, también, de un modo muy real, el ordenamiento de una ciudad cuyos fundamentos están sostenidos por los dioses del Olimpo”²⁸, no se pase por alto que esta concepción teológica concuerda con una determinada constitución o compleción estamental, en que la organización de la Polis y el organismo del ser humano guardan cierta afinidad, pues a la cabeza se ubican los sacerdotes y catedráticos, en la Iglesia y en la Universidad, haciendo de puente de la divinidad (de ahí su rol de “pontífices”) con el estamento operativo representado por ambos brazos de la comunidad, los gobernantes y guerreros. Haciendo referencia a la obra del gran medievalista Jacques Le Goff, *El cielo descendido a la tierra* (2004), lo resume enseguida así el magistrado y tratadista italiano Paolo Grossi: “En esta civilización, el jurista, el maestro de derecho, en cuanto *sapiens*, es más que nadie un operador terrenal que tiene una relación de participación con Dios, que a su vez es suma de sabiduría, suma verdad. Es un personaje iluminado e iluminador, casi un mediador entre el cielo y la tierra, y ciertamente es el que se encuentra un peldaño más arriba que los demás en búsqueda de la verdad. Y esto explica el encargo que ha recibido”²⁹.

Del mismo modo como al consejo de santo Tomás de Aquino acudió en su día san Luis, rey de Francia, asimismo –cuenta una anécdota ilustrativa– Bello orientaba a don Diego Portales acerca de la guerra contra la confederación Perú-Boliviana, al recordar este último que “he argüido mil veces a don Andrés, contra sus opiniones acerca del bloqueo, etc., pero me pone por delante los textos y no tengo nada más que callar”³⁰.

²⁶Hermann Fränkel, *Poesía y Filosofía en la Grecia arcaica* (1962), 2ª. edición (2004), A. Machado Libros (Madrid), 109.

²⁷Esquilo, *Prometeo encadenado*. Traducción de Adolfo Gómez Lasa. Edición y estudio preliminar de Oscar Velásquez (2022), Editorial Universitaria (Santiago), 33.

²⁸Oscar Velásquez, estudio preliminar al *Prometeo encadenado* citado, 14.

²⁹Paolo Grossi, *L'Europa del diritto* (2007), Editori Laterza (Roma-Bari), 46; *Europa y el Derecho* en versión (2008) de Editorial Crítica (Barcelona), 47.

³⁰Iván Jaksic A., *Andrés Bello: la pasión por el orden* (2001), 4ª. edición (2021), Editorial Universitaria (Santiago), 155.

Mas, esta sujeción de la política al derecho se empieza a invertir cuando, a fuerza de amplificar la máxima romana *princeps legibus solutus*, a comienzos del siglo XIV un incipiente absolutismo encuentra asilo en la *razón de Estado*, entendiéndose por tal aquel “principio político regulador de las relaciones entre el Estado y el orden jurídico vigente, según el cual el arbitrio del primero es absoluto respecto al derecho en vigor”³¹. La idea de que la política es inmune a la justicia empieza así su andadura.

Lo cual no siempre se conecta –no obstante su notoria concomitancia– con la creciente rivalidad entre el poder temporal (real) y el poder espiritual (sacerdotal), entre brahmanes y kshatriyas o entre güelfos y gibelinos, que había debutado con particular virulencia en la Francia de Felipe IV El Hermoso, con la persecución al Papa y a los Templarios³². Pues por aquel mismo tiempo y lugar, a los legistas prosélitos de los príncipes (los anales del servilismo registrarán por siempre el nombre de Guillermo de Nogaret) se van a unir pensadores de la talla del rector de la Universidad de París, el mismísimo Marsilio de Padua, quien en 1324 publica su famosa obra *Defensor Pacis*, donde proclama que la ley no ha de estar sujeta a principios superiores, en consonancia con un Estado sin referencia metafísica y cuya autoridad está constituida por el legislador. Lo importante, escribe, es que la mayoría decida la ley (importa solo la causa eficiente) con prescindencia del contenido y finalidad de la norma (o sea, independientemente de su causa material y de su causa final): si lo quieren todos irá al bien común, porque “nadie a sabiendas se daña a sí mismo ni quiere para sí lo injusto” (Parte Primera, capítulo XII, 8)³³.

Sin coordenadas cósmicas con las cuales las autoridades y las gentes se ordenaban naturalmente, sumado al creciente antagonismo que habría de desencadenar la nueva voluntad de poder o *hybris*, ¿no se representó nuestro autor que el sacrificio del enemigo fue una inveterada costumbre política, practicada al son de diferentes formas de holocausto y siempre a pretexto de que inmolarse a uno es útil para preservar a la colectividad (*Juan 11:50*)? Anticipándose a Rousseau, en eso de la infalibilidad de la

³¹Rogelio Moreno Rodríguez, *Diccionario Jurídico* (1998), La Ley (Buenos Aires), 591.

³²René Guénon, *Autoridad espiritual y poder temporal* (1929), versión de Omnia-Veritas (Omnia-Veritas.com), 112-119. En igual línea, Jean Hani, *La realeza sagrada. Del faraón al cristianísimo rey* (1984), José J. de Olañeta Editor (Palama de Mallorca), 236-244.

Un panorama general de este desencuentro histórico entre los estamentos sacerdotal (la de los brahmanes) y dirigente (la de los kshatriyas): Georg H. Sabine, *Historia de la Teoría Política* (1937), 3ª. edición (1994), duodécima reimpression (2013), Fondo de Cultura Económica (México), 216-232, y Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas* (1961), 5ª edición (1983), cuarta reimpression (1993), 138-141.

³³Marsilio de Padua, *El defensor de la paz*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Martínez Gómez. Estudio de contextualización de Héctor Álvarez García (1989), 3ª. edición (2021), Editorial Tecnos-Grupo Anaya (Madrid), 50.

voluntad popular, en todo caso Marsilio de Padua no tuvo la consecuencia del ginebrino, quien sí incurrió en la osadía de pregonar que cuando el legislador ha de emprender la tarea de “instituir un pueblo, debe sentirse en estado de cambiar, por decirlo así, la naturaleza humana”³⁴. Mismamente como más tarde lo entendería Carlos Marx: aquí “no se trata de interpretar el mundo, sino de transformarlo” (*Tesis sobre Feuerbach*, XI)³⁵. En ambos casos emprendiéndolas contra los “reaccionarios”.

El problema es que por esta potenciación no solo queda incontrolado el abuso legislativo esporádico u ocasional. La cuestión mayor es que abre las puertas al legislador para capturar cualquier materia hasta llegar a sentirse un nuevo Akenatón; para entrometarse a rehacer a voluntad lo que se ha tenido siempre como un orden sagrado y superior, operando cual dios viviente, sin límites ni control. Puede cuanto quiere.

VIII

Que las ideas tienen consecuencias, no cabe duda. Que quienes formulan aquellas no siempre son conscientes de estas, poco importa; ya otros se encargarán de sacar todos sus efectos. Lo que en todo caso ocurre casi impajaritadamente es que, por esa regla de gravitación donosiana tan conocida, planteado un cambio en la dimensión superior de las creencias metafísicas o teológicas, y por rebote en el orden de las ideas filosóficas, habitualmente se suscitarán cambios en cadena en los planos inferiores de la política y la legalidad.

Fue lo que hizo un adlátere de Marsilio de Padua en eso de la independencia del poder temporal respecto del espiritual: Guillermo de Ockham (1285-1347). Catedrático oxoniense de Teología y franciscano de la rama de los “espirituales” que, a propósito del primer artículo del Credo cristiano (*Creo en Dios Padre todopoderoso*)³⁶, va a entrar en una ardua querrela teológica (tocante al conocimiento y al *creo*) que luego remata en una cuestión filosófica (relativa al *todopoderoso*)³⁷, de una manera tan radical que su pensamiento en ambas facetas “no podía ser una reforma, tenía que ser una revolución”, según resume Étienne Gilson³⁸. Esto es:

³⁴Jean-Jacques Rousseau, *Contrato social* (1762), 14ª. edición (2016), cuarta impresión (2020), 69 (capítulo 8 “Del Legislador”).

³⁵Carlos Marx, “Tesis sobre Feuerbach” (1845). En *Tesis sobre Feuerbach y otros ensayos* (1974), Ediciones Grijalbo (Barcelona), 12.

³⁶Concilio de Trento, *Catecismo Romano* (Pedro Martín Hernández traducción, introducción y notas), versión bilingüe (1956), Biblioteca de Autores Cristianos (Madrid), 36.

³⁷Étienne Gilson, *La filosofía de la Edad Media* (1922), 1ª. edición (2014), Gredos (España), 612-657, y del mismo autor *La unidad de la experiencia filosófica* (1937), 2ª. edición (1966), Ediciones Rialp (Madrid), 79-110.

³⁸Étienne Gilson, *La unidad de la experiencia filosófica* citado, 85.

dado que las cosas son lo que son no por tener una esencia sino que por pura voluntad libérrima de Dios, a la que puede accederse por la fe y no por la razón, ese poder absoluto no reconoce límites “ni siquiera los de una naturaleza estable dotada de necesidad y de inteligibilidad propia”³⁹.

Ergo, para Ockham todos los preceptos superiores obedecen a la simple voluntad de Dios: “el odio a Dios, el robo y el adulterio son malos por razón del precepto divino que los prohíbe, pero hubieran sido meritorios si la ley de Dios no los hubiera proscrito”⁴⁰. Y ya que Dios no ha decidido muchas cosas de las que afectan la vida en comunidad, siendo materia del derecho positivo⁴¹, allí los “compromisos humanos” pasan a ser fuente del derecho, tampoco determinados por alguna razón trascendente y superior, de modo que llegan hasta confundirse el mero *fiat* legislativo con la ley⁴². Una vez desatada de esta manera la omnipotencia de la ley, dirá por esto Gilson que “desde el momento en que suprimimos radicalmente las esencias y los arquetipos universales, ya no queda ninguna barrera que pueda contener la arbitrariedad del poder divino”...ni la del poder humano, agregaríamos nosotros, por simple efecto dominó⁴³.

IX

Ciertamente, no toda obra legislativa puede reconducirse a una cuestión de justicia sagrada. Mientras el orden de la naturaleza es inmutable y no cambia, la justicia legal es variable en muchos aspectos que son accidentales, porque se funda en la utilidad respecto de asuntos eminentemente circunstanciales, como las reglas del tránsito o las medidas de vino y trigo, que no son iguales en todas partes⁴⁴. Por eso, bien censuraba Baruch Spinoza en su *Tratado Teológico-Político* (1670) el abuso del estamento sacerdotal, al sacrificar todo orden de cosas con el fin de aumentar artificialmente la religión a mil especulaciones y así abrirse camino para llegar al poder supremo, usurpando cuestiones que incumbían verazmente a la esfera del rey⁴⁵. No llevaba razón, empero, cuando pregonó este otro

³⁹Étienne Gilson, *La unidad de la experiencia filosófica* citado, 104.

⁴⁰Étienne Gilson, *La filosofía de la Edad Media* citado, 625.

⁴¹José María Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico 1. De Heráclito a la Revolución Francesa* (2013), Editorial Biblioteca Nueva (Madrid), 183-184.

⁴²Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas* citado, 169. George H. Sabine, *Historia de la teoría política* citado, 246.

⁴³Étienne Gilson, *La filosofía de la Edad Media* citado, 625.

⁴⁴José Ramón Ayllón, *Aristóteles. Ética* (2011), Ediciones Palanca (Madrid), 48. John Finnis, *Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica* citado, 342-352.

⁴⁵Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político (selección), Tratado político*. Introducción de María José Villaverde Rico, y Estudio preliminar, traducción y notas de Enrique Tierno Galván (1966), 5ª edición (2010), reimpresión (2018), Editorial Tecnos-Grupo Anaya (Madrid), capítulo XVIII, 124-125 y capítulo XIX, 150.

extremo como solución: que el Estado no podía permitir el ejercicio de una autoridad contralora independiente del poder político.

Si la historia posterior va a corroborar el descalabro que representó para ambos poderes (el espiritual y el temporal) el hecho que la religión se entrometiera a decretar qué conviene a la república o a tratar los negocios del gobierno, pues “es muy peligroso referir al derecho divino cosas puramente especulativas y a ver ley de las opiniones que pueden o acostumbran ser objeto de las discusiones de los hombres”, de ello no se concluye que la solución sea “confiar al soberano el derecho de discernir lo que es justo y lo que es injusto”⁴⁶. Sostener que “solo el soberano tiene derecho sobre todas las cosas y de su voluntad depende el derecho de todos”, tanto en el campo de la polis como en el ámbito de lo sagrado, para que en vez de una justicia superior haya de prevalecer “la voluntad única de aquellos que tienen la soberanía”⁴⁷, concede gratuitamente a las autoridades el poder más desaforado e indiscriminado, sobre cualquier materia y sin control, hasta llegar a dominar a los ciudadanos haciéndoles creer –como Spinoza sugiere decirles– que “es un deber para todos guardar fidelidad aun al tirano”⁴⁸.

En el desarrollo de las ciencias o en el decantamiento de las distintas disciplinas académicas, bien pudo comenzar a estudiarse parceladamente el quehacer concreto de las autoridades y las consiguientes problemáticas específicas que plantea la política, separándola de su vinculación con la metafísica y la filosofía, a efectos de conocer y entender mejor sus particularidades prácticas. Mas, veremos a continuación cómo ello se extremó con mucho por otros tantos operadores políticos, en el sentido de que príncipes y jerarcas no solamente podrían actuar con prescindencia de todo referente superior, sino que, peor aún, la política se ubicaría por sobre la filosofía y la mismísima metafísica. Tanto, que incluso las nuevas autoridades políticas podrían hacer un uso instrumental de ellas y hasta llegar a rediseñarlas, merced al control monopólico que adquieren sobre el derecho (al identificarlo con la ley salida de propia mano)⁴⁹.

X

Retrocedamos algo en el tiempo para ir ahora a la Italia del *Cinquecento*, cuando despunta la Modernidad allí en sus ciudades donde florece el comercio y la industria, y donde unos pujantes banqueros y mercaderes

⁴⁶Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político* citado, capítulo XVIII, 130-131.

⁴⁷Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político* citado, capítulo XIX, 135 y 138.

⁴⁸Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político* citado, capítulo XIX, 144.

⁴⁹Algo de esta confusión patagüina deja entrever Julio Juan Ruiz, “Nicolás Maquiavelo en el pensamiento político del Siglo de Oro español”, en *Revista de Estudios Histórico-Políticos* (Valparaíso), XXXV (2013), 771-781.

aprovechan la educación para irradiar sus virtudes estamentales –su propio dharma o ley propia– a toda la comunidad. Las escuelas de ábaco enseñan las habilidades necesarias para los negocios y forman la clase más educada del continente europeo por aquel entonces, haciéndolos duchos en pesos y medidas, conversión de divisas, problemas societarios, préstamos e intereses, contabilidad y costumbres comerciales. No en vano se ha dicho que “en los cimientos de la educación renacentista, se encuentra la presunción optimista de que es posible entender y controlar el mundo”⁵⁰.

Uno de esos jóvenes estudiantes se llamaba Nicolás Maquiavelo, autor de *El Príncipe* (1531) y de los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1532). Quien –queriendo congraciarse con la familia banquera de los Médici– de tanto insistir en que la política tiene por finalidad adquirir, conservar, y aún incrementar el poder, como quien amasa e incrementa su fortuna⁵¹, se ganó para la posteridad el haber apareado la Modernidad con “el legislador omnipotente”⁵²: ese para quien –resume Sabine– “prácticamente no hay límites a lo que un estadista puede hacer, siempre que comprenda las reglas de su arte. Puede rasgar de arriba abajo los viejos Estados y construir otros nuevos, cambiar las formas de gobierno, trasplantar las poblaciones y edificar nuevas virtudes en el alma de sus súbditos”⁵³.

No es que Maquiavelo haya llegado a abrirle los ojos a nadie de cómo son las cosas “realmente” en política o que haya venido a revelar-nos la *realpolitik* frente a una candorosa fe en el “deber ser” del príncipe cristiano⁵⁴, como si el derecho político no hubiese conocido de mucho antes la condición humana y su propensión al abuso o a la desmesura, la sempiterna *hýbris*. Independientemente de que no haya sido la intención de Maquiavelo, poco importa ello, lo cierto es que, al proclamar que la ley

⁵⁰Peter Watson, *Ideas. Historia intelectual de la Humanidad* (2006), sexta reimpression (2013), Editorial Crítica (Barcelona), 615.

⁵¹Hemos resaltado la distorsión que se produjo en Occidente al trasladar el *ethos* del comerciante a la política, y enseguida a la filosofía y a la metafísica, en circunstancias que se trata de funciones diferentes (y complementarias) donde han de regir virtudes distintas (en aras del bien común general). Esta invasión de lo económico a toda las demás realidades sociales, descontado el bienvenido éxito material que suele traer aparejada la libertad de empresa, es lo que distorsiona a pensadores de la talla de Karl Popper y a su obra *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945).

⁵²Al lado del modelo del “Príncipe” autoritario, que opera en la sociedad política de manera vertical, Giordano Bruno colocará la figura de un mucho más lúdico “Mago”, que opera horizontalmente en la sociedad civil merced a la seducción de la masa, encantándole con un nuevo imaginario al hilo de sus pulsiones eróticas: en *De la Magia* (1588) y *De los vínculos en general* (1590). Un referente en la materia: Ioan Petru Culianu, *Eros y magia en el Renacimiento: 1484* (1999), 2ª. edición (2007), Ediciones Siruela (Madrid), 416. Hay una versión de divulgación en *Bruno. Dios ha creado un universo infinito en que el hombre es libre* (2017), RBA, Contenidos Editoriales y Audiovisuales (España), 123-147.

⁵³George H. Sabine, *Historia de la Teoría Política* citado, 274-275.

⁵⁴Paul Johnson, *El Renacimiento* (2000), 1ª. edición (2005), Editorial Sudamericana-Mondadori (Buenos Aires), 66-67.

del Estado es la que trae el “orden nuevo”, al *principato al tutto nuovo*, en que el legislador se reconoce a sí mismo como el arquitecto de “la totalidad de la constitución moral o social de un pueblo” por sobre la cosmovisión sagrada y con prescindencia de la justicia que le es consustancial, al cabo la ley no podía sino degenerar en instrumento de fuerza para esclavizar o sacrificar al enemigo político, a fuerza de pura voluntad.

A fin de cuentas no andaba entonces tan descaminada Simone Weil, atinente a que los partidos políticos aparecidos después de 1789 poseen como uno de sus rasgos esenciales confundir el poder y el dinero –que son un medio– con la verdad, la justicia y el bien público –que son los únicos genuinos fines apetecibles en la polis–. “El crecimiento material del partido se convierte en el único criterio según el cual se define el bien y el mal en cualquier asunto. Exactamente como si el partido fuera un animal que hay que engordar y todo el universo hubiera sido creado solo para hacerlo engordar”⁵⁵. De aquí la joven mística y filósofa francesa extraería que los partidos políticos –donde “nadie se preocupa de discernir el bien, la verdad y la justicia en los asuntos públicos”– son intrínsecamente totalitarios, máquinas de fabricación de pasiones colectivas los llama, en cuanto impulsa “al encarnizamiento más cruel contra los inocentes”⁵⁶.

Un hecho puro y duro es que mucha gente comparte esta percepción en la actualidad, desde que coincidentes estudios de opinión revelan sistemáticamente la desconexión y consiguiente falta de confianza de la población en los partidos políticos, autoproclamado pilar de la democracia liberal⁵⁷.

XI

Naturalmente, quienquiera puede describir los cambios “revolucionarios” acaecidos ya en la época renacentista como si hubiesen sido motorizados por un cúmulo de circunstancias azarosas, resultantes de la necesidad de adaptar las funciones gubernamentales a la creciente complejidad de las nuevas realidades que se imponen al Estado en el siglo XVI, lo que habría gatillado sendos cambios en la estructura social (la progresiva derogación de los estamentos sociales) y en el campo de la legalidad administrativa

⁵⁵Simone Weil, *Apuntes sobre la supresión general de los partidos políticos* (1942-43), 1ª. edición (2021) por Ediciones Godot (Buenos Aires), 24.

⁵⁶Simone Weil, *Apuntes sobre la supresión* citado, 33 y 37.

⁵⁷Estudio de Ipsos en *El Mercurio* (Santiago), 16.12.2022 cuerpo A pág. 5: “6 de cada diez personas a nivel global están descontentas con sus sistemas políticos y económicos”. Coincidente son los resultados de la Encuesta del Centro de Estudios Públicos, dados a conocer el 4 de enero de 2023.

(la sustitución de los cuadros dirigentes sitos en el clero y la nobleza por la nueva clase emergente de la burguesía)⁵⁸.

Se trataría, en todo caso, de una descripción con baja potencia explicativa ya que no deja entrever el flujo y dirección de los acontecimientos, esto es, la tendencia o alineación de variables y actores dentro de un lento proceso discursivo, que luego de tres siglos de maduración va a suscitar el espíritu rupturista de 1789. Y una de cuyas manifestaciones más claras, lograr la autarquía de la política respecto del derecho, no ha cesado desde entonces de erigirse como un proyecto histórico en busca de garantizar su hegemonía o posición dominante merced a múltiples dispositivos ideológicos. Pues a eso de que al príncipe solo ha de preocupar adquirir, conservar y aumentar el poder prescindiendo de “tanta metafísica y máquina”⁵⁹, vino a ponerle nombre poco tiempo después Giovanni Botero, como *La razón de Estado* (1589), hasta transformarse hoy en el comodín de todos quienes buscan hacer de la política un coto reservado al poder⁶⁰. Aunque hoy este afán por darle carta blanca al quehacer (y deshacer) político-ideológico se presenta envuelto con otros nombres, como el “mérito o conveniencia” de las decisiones partidistas, en que el derecho no tendría nada que ver; la conminación a cohibir la justicia constitucional, obsequiándole gratuitamente al Estado una “deferencia para con el legislador” o una “presunción de constitucionalidad” de las leyes⁶¹; o la omnipresencia de unas recónditas “políticas públicas”, con las que no podría reñir la jurisdicción⁶².

El problema no es cuando la justicia entra en la política, para impedir que sus actos se traduzcan en atropellos e iniquidades. En buena hora para el Estado de derecho, si se están menoscabando leyes ancestrales o

⁵⁸Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno* (1998), Editorial Trotta (Madrid), 29-33.

⁵⁹Prólogo de Agustín Izquierdo a Baltasar Gracián, *El héroe. El político* citado, 28.

⁶⁰La “razón de Estado” es una de esas ideas-fuerza que explican las grandes transformaciones del derecho público contemporáneo, al alimentar –como en una carrera de postas– primero al absolutismo y luego al más actual totalitarismo legal. Con todo, para el contenido multiforme que se le ha atribuido por una diversidad de autores, v. Javier Peña Echeverría (estudio preliminar) y varios autores en *La razón de Estado en España. Siglos XVI-XVII (Antología de textos)* (1998), Editorial Tecnos (Madrid), 262. Friedrich Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna* (1924), 1ª. edición (1952), reimpresión (1983), Centro de Estudios Constitucionales (Madrid), 467.

⁶¹Véase, en contra de esta mera afirmación sin mayor justificación, el voto por acoger de los magistrados del TC Venegas, Vodanovic, Navarro, Viera-Gallo, y Aróstica, en STC Rol N° 2108-11 (considerandos 15 y 16).

⁶²Al menos en Chile, en los casos en que se habrían dado estas supuestas anomalías institucionales, no se sabe que el Congreso o la Presidencia de la República hayan alegado “falta de jurisdicción” de los tribunales en las respectivas causas, o que hayan reclamado la nulidad de las sentencias por violar el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales: “Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

derechos fundamentales (configurándose genuinamente así un “asunto de relevancia jurídica”). El problema real es cuando legisladores y jueces (internos o globales) subordinan la justicia a sus propios intereses político-ideológicos (cuando no, puramente personales).

Siendo este el eje conceptual por donde transita el “giro que pretende colocar a la política sobre sus propios supuestos liberándola de su subordinación o alienación a otras realidades, y entre ellas, a la jurídica”⁶³. Veámoslo retrospectivamente: cierto es que el estamento dirigente, el de los optimates o kshatriyas, desde tiempos inmemoriales tuvo un *ethos* propio o un cierto estatuto que remachaba las virtudes y deberes peculiares de sus miembros. Pero el punto de inflexión se produce cuando –en un momento dado– una ola intelectual invierte los términos en cuestión, a objeto que la política se emancipe del derecho para pasar a regirse por un canon autorreferente y específico, autónomo, solo sujeto a sus propias *rationes* y que –al anexionarse para sí la definición de qué es lo que conviene al bien común general– quiere poder imponerse sobre cualquier otra ley primordial que escape a esta, su incondicionada e incuestionable voluntad.

XII

Solo incurriendo en la “falacia del Nirvana” se podría idealizar la época anterior al arribo de la *ragione di Stato*. Suponer un pretérito impoluto y exento de arbitrariedades implica desconocer la realidad, de que siempre ha habido príncipes impíos. No existen rosas sin espinas ni paraíso sin serpiente⁶⁴, ni nunca faltó un Calígula o quien quisiera emular a Iván el Terrible; de donde que, contra el tirano, siempre se reconoció el legítimo derecho de rebelión⁶⁵. Pero, lo que se hacía injustamente nadie lo aplaudía o –a lo más– se buscaba justificar como un caso extraordinario o excepcional. Hasta que la ideología adquirió carta de naturalización y la política se puso por encima del derecho, una vez que este se redujo a la ley y esta fue concebida como sublime herramienta del poder.

La política sin cosmovisión orientadora, ajena a toda metafísica superior que le confiera sentido trascendente, de ahí en más procreará

⁶³Manuel García Pelayo, *Idea de la razón de Estado*, en “Obras Completas” II (2009), Centro de Estudios Constitucionales (Madrid), 1187.

⁶⁴Francisco Rodríguez Adrados, *Humanidades y enseñanza. Una larga lucha* (2002), Taurus-Santillana Ediciones Generales (Madrid), 25.

⁶⁵Atinente a que “se gobierna hombre libres que tienen cierto derecho a insubordinarse”: Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-II q.58 a.2. En la actualidad, la Ley Fundamental alemana (1949), enseguida de disponer que el poder legislativo está sometido al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho, contempla que “Contra cualquiera que intente eliminar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso” (artículo 20.4).

actos legiferantes apenas disimulados como mero pragmatismo casual; o leyes desnortadas que por ignorancia (falta de aprehensión completa de la realidad) rara vez logran superar lo efímero o trivial. Más delicado será cuando la política no solo prescinde de consideraciones metafísicas marginándolas de la discusión, sino que entrona una ideología en oposición a dicha cosmovisión, prohijando tales leyes pasibles de error (maleadas por una falsa percepción de la realidad) que –aun así– por creerse infalibles, buscan imponerse necesariamente por la fuerza.

No es nuestro interés entrar en una discusión bibliográfica acerca de todos los conceptos que se han dado para definir en qué consiste el fenómeno de la Ideología, coleccionar opiniones a su respecto ni tampoco revisar todas sus múltiples variantes prácticas⁶⁶. Para comprender el derrotero que ha ido tomado el derecho público occidental basta anotar que la ideología es aquel producto de la Modernidad que, al aliento de profetas como Rousseau y Marx, se ha propuesto transformar radicalmente al hombre y a la sociedad, al hilo de un discurso taumatúrgico o lenguaje re-creador que debe permear la política y la legalidad.

Comoquiera que “atañe a un programa cabal de ingeniería social, que remodelará nuestro entorno social, modificará nuestras sensaciones y cambiará nuestras ideas”, en definición de Eagleton⁶⁷ y lejos de haber muerto⁶⁸, bástenos apuntar que en la actualidad la Ideología escora hacia una síntesis hegeliana, donde la historia terminaría con una suerte de reconciliación y en el cese de todos los conflictos entre los del Pueblo (el III Estado). Y cuyo punto de encuentro no estriba únicamente en negar el paradigma anterior, desdeñando el sistema de creencias, principios y premisas de cuño greco-cristiano, sino que en afirmar juntos la ambigüedad de “Oceanía”, el país de la distopía *1984*, donde la guerra es paz y la esclavitud libertad. Algo así como una regresión a la materia fluida y magmática del mar primordial, a lo indefinido en el *ápeiron* o al caos del 2, símbolo del dualismo o la diversidad y, por ello, de la imperfección que envuelve lo indiferenciado⁶⁹.

⁶⁶Baste, a este objeto, la lectura de Juan Antonio Widow, *El Hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías* (1984), Academia Superior de Ciencias Pedagógicas (Santiago), 173-180. Del mismo, *Ideologías y totalitarismo*, en la obra colectiva “Ideologías y totalitarismos” (1988), Editorial Universitaria-Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Santiago), 29-47. Iván, *Ideología, El Mercurio* (Santiago), 16.7.1991, cuerpo A pág. 3.

⁶⁷Terry Eagleton, *Ideología. Una introducción* (1995), 1ª. edición (1997), colección Surcos (2005), Ediciones Paidós Ibérica (Barcelona), 96.

⁶⁸Daniel Bell, *El final de la ideología* (2000), versión (2015), Alianza Editorial (Madrid), 178.

⁶⁹Paolo Zellini, *Número y “logos”* (2010), 1ª. edición (2018), Acantilado (Barcelona), 9-44.

Igual que la metafísica y la filosofía que preceden a la legalidad, también la política puede ser objeto de un estudio propio y diferenciado, separado de otras disciplinas como el derecho, que dé cuenta de sus particularidades en tanto accionar concreto o aplicación práctica derivada de aquellas metafísica y filosofía que la anteceden y le sirven de premisas. Incluso puede que esa estrecha relación que siempre tuvo la política con el derecho se haya empezado a disociar incluso de manera inconsciente, primero al especializarse las funciones de *gubernaculum* y *iurisdictio*⁷⁰ y después, en el siglo XVIII, con el arribo del ideal del gobierno ilustrado, cuya finalidad primordial es alcanzar aquí y ahora la felicidad de los súbditos y no solo administrar justicia propiamente tal. La provisión por el Estado de otras muchas necesidades públicas, que no únicamente se contraen a dirimir contiendas entre partes, acaso haya hecho olvidar que a ese respecto también a la autoridad le es exigible adoptar decisiones que deben responder a criterios de justicia superior, más allá del “porque puedo”.

Pero una cosa es entender la política como *prâxis* y otra –muy distinta– es concebirla como *poïesis*⁷¹. Puesto que, mientras la primera voz refiere a un obrar en consonancia con cierto sentido total de la vida, la segunda no engarza una acción como perteneciente a algún entramado total, sino que remite a la autoproducción o a un hacer a partir de sí mismo. Y esto último es lo que ocurre con Maquiavelo, cuando la política se escinde de la filosofía y de la metafísica, no solamente para que un tercero observador pueda hacer de ella un campo de estudio autónomo, formando una rama del saber con especificidad y autosuficiencia propias, de modo que observando su práctica cabría colegir ciertas leyes que le serían inherentes (como hiciera Gaetano Mosca con la ley de la clase política, o Vilfredo Pareto con la ley de la circulación de las élites, o Roberto Michels con la ley de hierro⁷²). La separación es preconizada, dicho con franqueza, a objeto de que el político operador tenga discrecionalidad absoluta para hacer uso y abuso del poder, emancipado de todo amarre o consideración hacia algún principio de justicia superior⁷³.

⁷⁰Distinción que, a más de difusa, se exageró hasta el extremo por los defensores del absolutismo medieval: Charles Howard McIlwain, *Constitutionalismo. Antiguo y moderno* (1947) versión (1958), Editorial Nova (Argentina), 94-109.

⁷¹Alejandro Vigo, *El tiempo del obrar humano*, *El Mercurio* (Santiago), 16.10.2022, cuerpo E, 7.

⁷²Al propio Maquiavelo se atribuye observar la operación de “una ley de progreso de manifestación intermitente, y [que] así exige una constitución de principios flexibles y adaptables a los posibles cambios”: Jacobo Burckhardt, *La cultura del Renacimiento en Italia* (1860), 1ª edición (2004), cuarta reimpresión (2017), Ediciones Akal (Madrid), 107.

⁷³No había para qué “defender legalistamente un texto que es político” dijo el ex vicepresidente boliviano e ideólogo de la teoría crítica en su vertiente latinoamericana, respecto

Thomas Hobbes elaborará para eso una “teoría pura de la política”, todavía más que la de Maquiavelo, en el *Leviatán* (1651)⁷⁴. Y con él y antes con el Jean Bodin de *Les six livres de la République* (1578), la idea tradicional, en orden a que “el Derecho debe ser obedecido no tanto porque está mandado y es una ley, sino porque lo que se manda es justo, porque busca el ideal de la justicia” (*ius quia iustum, non ius quia iussum*), pasará a ser desafiada por la máxima antitética de que “la ley la hace la autoridad, no la verdad” (*auctoritas, non veritas facit legem*)⁷⁵. He aquí las dos concepciones antagónicas de la ley, que se enfrentan a día de hoy y que no se entienden por sí mismas sino que por referencia a una cuestión metafísica, en la dialéctica Cosmos y Caos, donde la doctrina de un creación supra ordenadora viene siendo subvertida por una ideología que postula volver a la anomia primigenia de lo indiferenciado.

Recuérdese de nuevo a Ockham⁷⁶, y se comprobará que un cambio profundo atinente a lo que es verdadero, justo y bueno en la dimensión metafísica o teológica suele repercutir fuertemente en el campo de la filosofía y acarrear –a la postre– cambios revolucionarios o sin precedentes en el ámbito político-legal. Proceso escalonado de alteraciones radicales que, como deviene en la actualidad⁷⁷, articula y encausa determinadas leyes con incidencia educacional o cultural, o atingentes a sendos aspectos sociales y familiares. Leyes dispersas que en diferentes sectores han ido acumulando “anomalías” (fenómenos frente a los cuales el canon dominante carece de respuesta o relato) con miras a desdibujar y –en definitiva– abatir o al menos relajar el actual “paradigma” milenario que le confiere coherencia y unidad al sistema jurídico e institucional⁷⁸. Todo lo cual cristalizaría moldeando el contenido de un nuevo estatuto constitucional. Siempre, por la vía de rechazar los principios en que se asienta el orden vigente, atacando precisamente el comienzo, para poner todo un nuevo vacío de lo desdiferenciado en su lugar (a llenar según y como se vaya dando –en continua mutación– la respectiva voluntad colectiva o general).

del proyecto de la Convención Constitucional rechazado en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022: *El Mercurio* (Santiago), 15.11.2022, cuerpo C, 3.

⁷⁴Giovanni Sartori, *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales* (1979), 3ª. edición (2002), cuarta reimpresión (2010), Fondo de Cultura Económica (México), 208-211.

⁷⁵Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad* citado, 33.

⁷⁶Nota 40 *supra*.

⁷⁷Nuestro “La rebelión de los nuevos shudras”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano* (Universidad del Desarrollo), N° 21 (2022), 13-41.

⁷⁸Tomo estas célebres fórmulas de Thomas S. Kuhn, en su obra sintomáticamente titulada *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), 3ª. edición (2006), segunda reimpresión (2010), Fondo de Cultura Económica (México), 129-164. Las que, en la misma década de 1960, trasladaría a la política Herbert Marcuse en *Un ensayo sobre la liberación* (1969), Editorial Joaquín Mortiz (México), 54-81.

§ § §

Existe un cuestionamiento muy extendido tocante a la misión más fundamental que no está cumpliendo la Universidad, como es renunciar a producir en ella esas “síntesis quintaesenciadas” de que hablaba Ortega y Gasset⁸⁰. En Humanidades campea la especialización sobre temas cada vez más minúsculos y disgregados, caótica y centrífugamente estimulados, en desmedro de las síntesis o de aquellas visiones sinópticas que –como su nombre lo indica (*synoptikos*: ver algo en relación con)– facilitan observar con coherencia la imagen del hombre y la imagen del mundo, en un universo racional e integrado⁸¹. Los microanálisis al uso engendran estudiantes de Virgilio que poco o nada saben de Dante, a doctorandos en filosofía que no han leído a Aristóteles o que no conocen el griego ni el latín, a maestros de historia que no aciertan a conectar la Revolución Francesa con el advenimiento de los totalitarismos en el siglo XX, y a expertos –en fin– que conocen mucho de muy poco pero que no entienden nada de nada⁸².

En las facultades de derecho –salvo esfuerzos aislados– esta desintegración del saber cunde al hálito de un rimero de programas-Babel, donde cada ramo imparte su primera lección autoproclamándose autárquico de otras disciplinas que, idénticamente, operan como estancos separados o fraternías. Cuyo común denominador, eso sí, es una enseñanza excesivamente formalista y centrada monopólicamente en la respectiva ley sectorial. Y al cabo que, salvo en aquellas áreas académicas con basamento en los códigos decimonónicos o en los principios inmortales de la Antigüedad grecorromana, el resto, tiene que habérselas con una biocenosis anárquica de textos legales y de sentencias que van y vienen sin orden ni concierto, en busca de imponerse al solo arbitrio de ser nuevas declaraciones de la magnificente voluntad general.

⁷⁹Nuestro “De la Constitución vigente a la Constitución viviente”, *Revista Derecho Público Iberoamericano* (Universidad del Desarrollo), N° 16 (2020), 109-131.

⁸⁰José Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad* (1930), 1ª. edición (2015), por Ediciones Cátedra (Madrid), 111-114. Antes, nadie escribió mejor contra la fragmentación del conocimiento humano, y en favor de la ordenación e integración de todas las ramas del saber, unas relacionadas con otras conforme a la única y superior verdad metafísica que ofrece la teología cristiana, que John Henry Newman, *La idea de una Universidad* (1852), edición y traducción de Paula Jullian (2016), Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago), especialmente 47-54.

⁸¹Juan Luis Lorda, *La vida intelectual en la Universidad* (2016), Ediciones Universidad de Navarra (Navarra), 193-196.

⁸²Cfr. Jordi Llovet, *Adiós a la universidad. El eclipse de las Humanidades* (2011), 2ª. edición (2012), Galaxia Gutenberg (Barcelona), 26.

Se impone proejar, ensayando una visión sistemática de las fuentes del derecho que permitan comprender la proveniencia de aquellas leyes fundamentales de la *res pública* que rigen en la actualidad. A cuyo respecto resultan en posición antitética dos tipos de leyes, puestas en contraposición de blanco sobre negro. Unas, son entendidas como deducción racional de un orden trascendente y superior, esto es, como manifestación de un pensamiento basado en aquella metafísica greco-cristiana elaborada en torno a la justicia, que luego vierte en una filosofía y en una política determinadas y que, en definitiva, inspiran y caracterizan la legalidad positiva. Otras, son concebidas –a la inversa– como expresión de una ideología contestataria de dichos principios generales, es decir, en relación dialéctica progresivamente antinómica con ellos. Ya que el inicial deseo de desprender la voluntad humana de la razón divina o superior (coincidencias muchas de por medio, en todo caso), ha mutado en la titánica ambición por reformular en las leyes las coordenadas o referentes fundamentales que inspiraron la creación, según informan todos los mitos fundacionales que conoce la historia universal. A la vuelta de 360°, es esta una Revolución que va a por el propio Génesis.

Dos corrientes que hemos de aprehender, al menos si queremos ser conscientes de los avatares históricos de que es objeto el derecho público contemporáneo, en todo el mundo y así también en nuestras patrias. Acaso –los más osados– para tomar partido y no ser confundidos algún día como “idiotas”, según en la Grecia clásica se llamaba a quienes no se ocupaban de los asuntos públicos sino que solo de sus intereses personales, a pretexto de tener una posición equidistante o neutral. Mismos a quienes Dante puso en el Limbo, a los que vivieron “sin vituperio ni alabanza” y junto a los ángeles que ni se rebelaron contra Dios ni le fueron leales, sino que permanecieron apartados: “Los cielos los rechazan por no ser bastante buenos, y el profundo infierno no los admite, ya que alguna gloria recibirían de ellos los condenados” (*Divina Comedia*, Canto III, 34-42)⁸³.

⁸³En *Obras completas de Dante Alighieri* (2015), Biblioteca de Autores Cristianos (Madrid), 32.

LA FORMA POLÍTICA DE LA MONARQUÍA INDIANA A LA LUZ DE LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO POLÍTICO

*Sergio Raúl Castaño**

SUMARIO: Presentación. I. Relevancia. II. Precisiones conceptuales y terminológicas. III. La Unión real. Notas típicas y procesos de disolución. IV. *Status quaestionis*: posiciones historiográficas. Análisis del problema. V. Contornos problemáticos de la cuestión. 1) Decurso temporal de la monarquía indiana. 2) Peculiaridad indiana. VI. La adhesión o incorporación al reino y sus aporías. Breve consideración crítica sobre Solórzano y Zorraquín Becú. VII. Primera conclusión. VIII. La forma política de la monarquía indiana y el orden de pactos constitutivos. 1) Asiento (contrato) con los adelantados. 2) Acuerdo (elección) de los pueblos indígenas. 3) Las *leyes pacto* recogidas en Ley I, Tít. I, Libro III. 4) La encomienda. IX. Segunda conclusión. Formación de una *communis opinio* indiana. X. La tesis de la sujeción al rey y de la no incorporación al reino en los siglos XVII (y XVIII). XI. Colofón.

PRESENTACIÓN

I. RELEVANCIA DEL TEMA

La cuestión de la forma política de las Indias como parte integrante de la monarquía hispánica constituye, ha dicho Zorraquín Becú, “el problema más importante del derecho indiano”¹; y se dirime en la determinación de la naturaleza del vínculo jurídico que unía las Indias con Castilla. Más

*Investigador Principal CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado Fac. Derecho UNCOMA. Director del Centro de Estudios Políticos UNSTA. Miembro de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán.

Al maestro Víctor Tau Anzoátegui (1933-2022), quien me alentó desde el comienzo a emprender la investigación de la que este trabajo forma parte.

¹“Tal vez no hay problema más importante en el derecho indiano que el de definir con exactitud la situación constitucional del Nuevo Mundo dentro del magno conglomerado político formado por los distintos reinos que integraban la monarquía hispánica” (Ricardo Zorraquín Becú, “La condición política de las Indias”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 2 (1974), 285-380; aquí, 285. Puede verse una excelente síntesis del problema en Víctor Tau Anzoátegui, “Las Indias, ¿provincias, reinos o colonias? A propósito del planteo de Zorraquín Becú”. *Revista de Historia del Derecho* 28 (2000), 77-137.

concretamente, radica en la determinación del preciso sentido en que deba entenderse la figura de *la incorporación de las Indias a la corona de Castilla*. Es decir, si tal incorporación se opera respecto de i) Castilla, como corporación o comunidad política; o respecto de ii) la corona, en tanto distinta del reino, como el haz de derechos patrimoniales y jurisdiccionales cuyo titular es la persona pública del soberano; esos derechos, en este caso, recaerían en la persona del legítimo heredero del reino castellano.

II. PRECISIONES NOCIONALES Y TERMINOLÓGICAS

Ahora bien, debe notarse que la distinción entre una u otra alternativa no se manifestará necesariamente en el uso de la denominación de “reinos” para las corporaciones políticas en cuestión solo cuando se trate del caso de sujeción a la Corona sin incorporación al reino mayor. Pues –siempre dentro del ámbito hispánico– Galicia, Toledo o Granada siguen recibiendo el nombre de “reinos” tras su incorporación al *reino* de Castilla (cfr., p. ej., ya en el siglo XIX, el despacho de capitán segundo otorgado por el rey Carlos IV a José de San Martín, el 2 de noviembre de 1804²; y Solórzano en *Política Indiana* llama de modo prácticamente indistinto “reinos” o “provincias” a las Indias, y ello a pesar de afirmar para los territorios indios el modo de unión canónicamente conocido como “accesorio”, es decir, el modo que comporta incorporación (*accesión*) al reino aglutinante³. Es decir, Solórzano los llama también “reinos” a pesar de no afirmar una unión *aeque principaliter*, la cual corresponde a la sujeción de dos o más reinos a una corona, sin incorporación del (o los) reinos secundarios al reino principal. Detengámonos un momento en estas dos categorías.

Los cánones jurídicos del derecho común (por lo menos desde Bartolo y Baldo) eran portadores de dos categorías fundamentales de unión entre reinos o entidades políticas: la primera, la de *accesión* ¿Qué implica la *accesión*?: anexión política al reino principal; y una consecuencia considerada típica: la consiguiente extensión del derecho del reino principal a la comunidad incorporada. Tal derogación del orden jurídico de la sociedad incorporada, en el caso americano, podía deberse al derecho de conquista, o al paganismo de la entidad política sujeta, o en general a incompatibilidad axionormativa –que, como causas derogatorias, podían acumularse–. La segunda categoría es la de unión *aeque principaliter*, en la cual los reinos involucrados quedan sujetos de modo en principio paritario bajo un mismo príncipe; esto se corresponde con las formas de

²Instituto Nacional Sanmartiniano-Museo Histórico Nacional, *Documentos para la Historia del Gral. San Martín*, Buenos Aires, 1953, t. I, 346.

³Sergio R. Castaño, “El problema de las Indias en la corona de Castilla. Una exégesis de la *Política Indiana*, de Juan de Solórzano”, en *Revista de Historia del Derecho*, 56 (2018), 1-39, aquí, 11.

uniones monárquicas estudiadas por el derecho político bajo los nombres de *unión personal* y *unión real*. Tales uniones se grafican con la modélica expresión de Solórzano, retomada en nuestros días por John Elliot –pero no aplicada por Solórzano a las Indias sino afirmada por él para Aragón, Navarra, etc. respecto de Castilla–: el rey que tiene juntos a los reinos debe gobernarlos como si fuera rey de cada de ellos por separado⁴. Bosquejemos entonces ahora según el derecho político contemporáneo el tipo político-constitucional de la Unión real, la cual pervivió hasta bien entrado el siglo XX.

III. LA UNIÓN REAL. NOTAS TÍPICAS Y PROCESOS DE DISOLUCIÓN

Limitémonos a la *Unión Real*. Esta configura un tipo algo más complejo que la unión personal. Aunque en ella hay una comunidad de monarca de coronas que permanecen distintas, como en la unión personal, sin embargo, al contrario de esta, la causa del vínculo entre ambos reinos no es casual o fortuita. Se trata de uno o varios actos jurídicos intencionalmente realizados, con una voluntad de permanencia que se refleja en el establecimiento de órdenes sucesorios concordantes –y, asimismo, productores de consecuencias constitucionales en los reinos involucrados–. Este último rasgo resulta significativo. Entonces, por un lado, la Unión suele descansar en un tratado entre dos reinos o entidades políticas (aunque Brie ofrece el ejemplo de una Unión real compuesta por más de dos reinos: la unión de Kalmar de 1397, integrada por los tres reinos nórdicos bajo el mismo soberano⁵); y este pacto no afecta la independencia de las comunidades respectivas, pues el monarca único es rey de cada uno de los reinos y cuando gobierna sus actos se refieren separadamente a uno o a otro reino (es decir, la corona no constituye un órgano común a la Unión: *no existe, por debajo del monarca, un órgano supremo común a los reinos*). En efecto, la Unión real supone *no* incorporación política a reino, sino distinción entre reino y corona. Por otro lado, el instrumento jurídico sinalagmático sí acarrea la conformación de algunos órganos comunes (ministerios, delegaciones legislativas) consagrados a conducir políticas concertadas, en general en el ámbito de las relaciones internacionales, guerra y defensa y asuntos financieros. Ejemplos de estas uniones, ya en el siglo XX, lo han sido la de Noruega y Suecia y, paradigmáticamente, la *monarquía dual*, i.e., la del Emperador de Austria y Rey Apostólico de Hungría, con más de algunos casos oscilantes o dudosos, como el de Rusia y Finlandia y

⁴John H. Elliot, “A Europe of composite monarchies”, en *Past and Present*, 137 (1992), 48-71.

⁵Sigfried Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1886, 79.

el de Hungría y Croacia. Y algunos casos curiosos, como el del reino de Prusia y el ducado de Lauenburg⁶.

Asimismo, resulta particularmente relevante la observación de Josef Kunz, quien señala dos subclases o subtipos de la Unión real. Distingue entre Uniones reales que representan uniones de Estados en sentido propio, “auténticas (*echte*)”; y otras que representan uniones de Estado en sentido impropio, o lato, “no auténticas (*unechte*)”. Las primeras son las que *supra* se han venido caracterizando (las canónicas): es decir, (a) uniones de reinos independientes que han entablado una relación de coordinación política, estructurada jurídicamente en un tratado; una unión que tiene entonces carácter jurídico-internacional (*völkerrechtlich*). Ahora bien –y esto es lo pertinente para nuestros desarrollos–, Kunz reconoce la existencia de otras formas de Unión real, signadas por el carácter constitucional (*staatsrechtlich*) de su término a *quo*⁷. Las llama *unechte Staatenverbindungen*. En uno de los casos de esta segunda subclase, se trata de uniones celebradas entre un reino y otra comunidad integrada en –y subordinada a– ese reino principal. En este segundo supuesto se trata de un modo de descentralización, que también podría darse bajo la forma de un reino que reconoce como *alter* de un tratado de unión monárquica a una corporación político-territorial hasta ese momento sin personalidad política propia, e integrada en el reino principal, aunque con un perfil comunitario, histórico y jurídico lo suficientemente nítido⁸. Es, cabría sostener, el caso de Hungría. Agreguemos por nuestra parte que la Unión real no excluye ni implica la presencia de relaciones de tipo feudal.

Georg Jellinek da cuenta de un aspecto de la Unión personal que resulta de gran relevancia (y que se aplicaría asimismo a la Unión real): ella se disuelve cuando se extingue el derecho a una de las coronas o desaparece el sujeto legitimado para detentar ambas. Esto puede ocurrir o bien jurídicamente; o bien en el terreno de los acontecimientos políticos (*faktisch*), observa Jellinek. Cualquier circunstancia que haga periclitarse ese derecho (muerte, destronamiento, abdicación, extinción de la dinastía) da por tierra con la Unión⁹.

Por su parte, más específicamente, la Unión real puede disolverse por efecto a) de una guerra; b) o por sujeción de una de las partes como provincia de la otra; c) o por creación de una nueva forma política (federal o unitaria); d) o por *quebrantamiento del pacto por una de las partes*. En

⁶Cfr. Sergio R. Castaño, “La naturaleza política de la unión personal y de la unión real como formas políticas durante la modernidad”, en *Historia Constitucional*, 21 (2020), 574-606.

⁷En esta posición Kunz pudo haber sido precedido por Brie, quien también admitía como posible el origen de la Unión en una disposición constitucional del reino preponderante (Sigfried Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, 71).

⁸Cfr. Josef Kunz, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1929, 418-419.

⁹Cfr. Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, Keip Verlag, 1996 (reimpr. fotomecánica de la 1a. ed. 1882), 87.

este último caso puede comprender: d1) expulsión de la dinastía común en uno de los reinos; o: d2) desaparición de una dinastía por elección unilateral de un nuevo príncipe en uno de los reinos¹⁰. Si se vinculan estos supuestos con el caso indiano, obsérvese que el supuesto d), *in genere*, correspondería a la eventualidad de la sujeción de la península por los Bonaparte —la cual sujeción, desde principios de 1810, se veía ya como definitiva¹¹—.

Jellinek aporta asimismo una pertinente cita de Grocio, quien ya había indicado que la cabeza común a varios cuerpos podía representar a esa comunidad en tanto ostentase diversos respectos; y quien señala que la extinción de la casa reinante acarrea la reversión de los derechos de imperio a cada pueblo antes coaligado: *extincta domo regnatrice imperium ad quemque populorum seorsim revertitur* (*De Jure belli ac pacis*, Lib. I, cap III, 7, 2)¹².

Por su vinculación con el derrotero histórico de la monarquía hispánica en el siglo XIX, cabe por último explicitar otro juicio de los tratadistas alemanes, cuya plena razonabilidad no puede escapársenos: *la unión real, como a fortiori la unión personal, es contradictoria con el absolutismo —y más aun con un Estado nacional unitario*¹³ (piénsese, si lo referimos al caso americano, en el regreso al trono de Fernando VII en 1814; y en la monarquía constitucional propuesta en 1812).

IV. STATUS QUAESTIONIS: POSICIONES HISTORIOGRÁFICAS

La historiografía contemporánea, a partir del trabajo de Koenigsberger en 1975¹⁴, se ha venido ocupando del tema de “las monarquías múltiples” y los “Estados compuestos”. Un jalón importante al respecto es el ya citado artículo del connotado historiador británico Sir John Elliot, a cuya obra se deben agregarse los pertinentes señalamientos de Conrad Russell¹⁵.

Esta línea de abordaje, incluso con esa misma terminología, no ha dejado de manifestarse en los estudios iusindianos. Dice Bravo Lira: “La monarquía múltiple combina dos constituciones; la territorial de cada uno de los reinos, conforme a la cual se manejan sus asuntos propios, y

¹⁰Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 218-219.

¹¹Así lo plantea Hilaire Belloc (cfr. *Historia de Inglaterra*, trad. Ma. T. Villaamil, Buenos Aires, Diction, 1980, II, 205).

¹²Citado por Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 85.

¹³Cfr., por ejemplo, Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 216, .

¹⁴Helmut Georg Königsberger, “Monarchies and Parliaments in early Modern Europe. *Dominium Regale or Dominium Politicum et Regale*”, *Theory and Society*, n° 5, 1978, 191-217.

¹⁵C. Russell y J. Andrés-Gallego (eds.), *Las monarquías del Antiguo Régimen, ¿monarquías compuestas?*, Complutense, Madrid, 1996; cfr. también las aportaciones del volumen monográfico publicado por *Der Staat* en su Beiheft 16: *Zusammengesetzte Staatlichkeit in der europäischen Verfassungsgeschichte*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.

la universal de la monarquía toda, conforme a la cual maneja el rey, con sus diferentes consejos, como el de Castilla o el de Indias, los asuntos más amplios y relevantes, sin referencia a materias o territorios, como los de Estado, de Guerra y demás”¹⁶. Bravo Lira está tomando aquí posición justamente respecto de la cuestión específica que nos concierne: a saber, la de si los reinos de Indias eran independientes o no del *reino* de Castilla. O, como nosotros lo planteamos en estas líneas, la de si la incorporación a la corona significaba sujeción a la *persona del monarca* de Castilla o anexión (como parte) al *reino* de Castilla. Cuestión no pacífica entre los historiadores de Indias.

Bravo Lira, como se ha visto, afirma la no integración de las Indias en el reino de Castilla. Pero también lo habían hecho, y mucho antes de la boga anglosajona y germánica por el tratamiento de las monarquías múltiples, autores de la talla de Alfonso García-Gallo (1972), C. H. Haring (1958), Francisco Trusso (1961), Richard Konetzke (1972), O. Stoetzer (1982), Enrique Díaz Araujo (2011), Alberto de la Hera (1992), Antonio Dognac Rodríguez (1994), Jaime Eyzaguirre (1968), entre otros. Sin embargo, otras autoridades, como Juan Manzano y Manzano (1951-1952), Mario Góngora (1951), Francisco Tomás y Valiente (2004), sostienen la incorporación al reino de Castilla. El caso de Ricardo Zorraquín Becú es ilustrativo de lo polémico de esta cuestión; en su *Organización política argentina en el período hispánico* (cuatro ediciones inalteradas entre 1959 y 1981) afirma el primer temperamento: “[e]sta incorporación se hizo a la corona y no al reino castellano, lo cual significaba que pasaban a ser no propiedad particular del rey, ni dependencia del Estado español, sino propiedad pública de la monarquía en calidad de bienes realengos”, dice allí el gran historiador argentino¹⁷. En ese contexto se pronuncia asimismo por la existencia de una Unión real entre Castilla y las Indias¹⁸. Pero en un largo estudio monográfico consagrado especialmente a este problema fundamenta la incorporación de las Indias como parte del reino castellano¹⁹.

¹⁶Bernardino Bravo Lira, “El Estado en Iberoamérica”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 24 (2013-2014), 191-335, aquí p. 199.

¹⁷Ricardo Zorraquín Becú, *Organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, Emecé, 1959, 16.

¹⁸Cfr. Ricardo Zorraquín Becú, *Organización política argentina en el período hispánico*, 14-19.

¹⁹Cfr. Ricardo Zorraquín Becú, *La condición política de las Indias*, citado *supra*. Lo sigue en este planteo Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 2001, t. III, 30-33.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

V. CONTORNOS PROBLEMÁTICOS DE LA CUESTIÓN

1) *Decurso temporal de la monarquía indiana*

Ante todo, repárese en que nuestra mirada se dirige a la estructura política *fundacional* de las Indias, es decir, al período que corresponde al reinado de los Habsburgo. Debe insistirse en que nuestras consideraciones no tienen en cuenta el período borbónico. En ese sentido, cabe acotar que el XVIII constituye en buena medida un período de crisis y de dilución de la tradición política indiana, en el que se opera una deslegitimación objetiva (en el plano de las causas final y formal) y subjetiva (en el sentido de deslegitimación social) del régimen de la Corona castellana. Un período en el que –sobre todo hacia el final– se transita a velas desplegadas hacia formas modernas de organización política: precisamente aquellas que disuenan con la cosmovisión de la empresa tradicional y misional de los Austria en Indias.

Pero más allá de dicha restricción, aun dentro del mismo período Habsburgo de la historia indiana la circunstancia *temporal* no puede ser perdida de vista. En efecto, una es la situación política de las Indias en las primeras décadas del avance castellano sobre el territorio americano; otra distinta en tiempos de Felipe II; y otra distinta en las postrimerías del siglo XVII, cuando se cristaliza la *Recopilación de las Leyes de Indias*. Así, lo que se diga respecto de los dos últimos períodos seguramente no podrá aplicarse por igual al período del comienzo de la conquista y poblamiento.

2) *Peculiaridad indiana*

Junto con el eje temporal de la consideración está la cuestión de la (eventual) *inadecuación de la categoría jurídico-política típica* para abarajar la realidad del orden institucional indiano en su totalidad. El tipo empírico canónico de la Unión real no puede pretender ceñir capilarmente la realidad indiana, signada por una proverbial peculiaridad: incide allí el fenómeno de la *variedad indiana*, estudiado y resaltado por el maestro Víctor Tau Anzoátegui²⁰.

²⁰Víctor Tau Anzoátegui, *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Frankfurt, MPlER, 2016, cap. IX.

VI. LA ACCESIÓN O INCORPORACIÓN AL REINO Y SUS APORÍAS. BREVE CONSIDERACIÓN CRÍTICA SOBRE SOLÓRZANO Y ZORRAQUÍN BECÚ

Los supuestos del derecho de conquista, paganismo, y prácticas contrarias a la ley natural se verificaban en el caso indiano. Junto –o a más– de ello, se echaba de ver una *patente asimetría civilizatoria* entre el reino conquistador y los pueblos conquistados. La categoría que apliquen los tratadistas coetáneos a las Indias respecto de Castilla será prácticamente unánime: *accesión*. Solórzano es aquí representante paradigmático de la *herrschende Meinung* entre muchos tratadistas.

¿Se justifica esta tesis? *Prima facie*, sí, por los tres supuestos antedichos. Pero hay circunstancias que señalan el desajuste de la categoría de *accesión* para saldar la cuestión del *status* indiano.

Lo cual salta a la vista incluso al considerar la posición del máximo (por su autoridad) propugnador de la *accesión*, Solórzano, quien centralmente aduce la nota del trasvasamiento legal como prueba de su posición. Tal trasvasamiento se había verificado, en efecto, en el sentido de que, salvo remanentes o marginales zonas de supervivencia del derecho indígena (supervivencia admitida por la Corona) el derecho vigente en Indias era de matriz europea y cristiana. Pero es un hecho que las Indias tuvieron un ordenamiento jurídico propio, que solo en los casos en que faltara provisión habilitaba para acudir a las leyes castellanas (Ley II, título I, Libro II de la *Recopilación*). Ahora bien, sea cual haya sido la aplicación de la legislación castellana en América, lo fundamental está en que *quien en última instancia la habilitaba era el órgano de gobierno temporal y espiritual, de legislación y de jurisdicción propio de los reinos americanos: el Consejo de Indias* –solo sujeto al monarca e independiente del Consejo de Castilla–²¹. Y aquí radica un elemento clave, anclado en los principios mismos de la realidad política y jurídica, para afirmar la existencia de una entidad *sui juris*: la posesión de un *órgano propio y supremo* de conducción eclesiástica, política y jurídica. La crítica planteada a Solórzano también puede ser esgrimida contra el núcleo del argumento de Zorraquín: las Indias, dice el historiador argentino, no eran gobernadas *por* el reino de Castilla, pero no obstante eran *del* reino de Castilla. En verdad –debe responderse–, si las Indias no eran gobernadas *por* (un *órgano de*) Castilla es que no eran *de* (el *reino de*) Castilla. Y esto por la *natura rerum* de la realidad política y jurídica²².

²¹Sobre el Consejo de Indias *vide* Enrique Schäfer, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Madrid, Junta de Castilla y León-Marcial Pons, 2003.

²²Desarrollamos este tema clave, en el orden de los principios, en Sergio R. Castaño, *Il potere costituente, tra mito e realtà*, Milán, Giuffrè, Colección “Civiltà del Diritto”, 2018, cap. I.

Por otra parte: es cierto que las Indias no tenían Cortes propias. Mas reparemos, por otro lado, en que si Granada o Galicia o Toledo se habían unido *accesorie*, y por tanto no tenían Cortes propias, esos reinos no poseían un órgano supremo propio como el Consejo de Indias, sino que todos ellos se sujetaban al Consejo de Castilla, es decir, *al órgano del reino de Castilla*²³.

Más allá de lo antes dicho, debe resaltarse un muy significativo aserto de Zorraquín, que excede del problema puntual del *status* de las Indias en la época constitutiva de su estructura política; y que pone sobre el tapete un factor de enorme relevancia para el decurso de la monarquía indiana. Así como especialmente significativo por las consecuencias que acarreó cuando la catástrofe de Bayona, al fungir de legitimación para la reacción a sangre y fuego contra las juntas americanas. Se trata de la mutación, ante todo cosmovisional y luego política e institucional, que, bajo el régimen borbónico –nótese: ya antes del advenimiento oficial del liberalismo en 1812– había convertido a la *Monarquía Múltiple Misional* de los Austria en un Estado centralizado y de visos modernos: “El centralismo y la fusión de los diversos dominios se hizo tan acentuada –afirma Zorraquín–, que la corona había terminado por confundirse con la monarquía, es decir, con el Estado unitario”²⁴.

Agreguemos que el de la monarquía indiana fundacional sería un tipo de vinculación que guarda alguna relación con la de las Trece Colonias e Inglaterra durante su primer imperio ultramarino. En efecto, esta relación podía ser considerada como una forma peculiar de Unión real: en el siglo XVIII, por ser rey de Gran Bretaña el monarca era soberano de los *dominions o plantations*; y había órganos comunes, encargados de algunas políticas fundamentales comunes, como las correspondientes a la subjetividad internacional común y al tráfico ultramarino. Una relación que se operaba entre un reino propiamente dicho y jurisdicciones menores, que habían alcanzado un cierto *status* autónomo dentro de la monarquía –exento, sobre todo en el ámbito interno, de la jurisdicción del órgano del reino principal (i.e., del Parlamento, mas no del Consejo Privado, última alzada jurisdiccional de los colonos norteamericanos)– ¿Podría ser considerado eso una forma *inauténtica* (en la terminología de Kunz) de Unión real? Estimamos que sí. De hecho, en el conflicto político-constitucional

²³Por el contrario, por debajo del monarca no había un órgano supremo común a Castilla y a las Indias. En la inexistencia de un órgano central común a los reinos radica una nota propia de la Unión real, sostiene Brie (*Theorie der Staatenverbindungen*, 77).

²⁴Ricardo Zorraquín Becú, “La condición ...”, 374. Zorraquín ha señalado a través de diversas obras el desfondamiento espiritual y político que comportó el advenimiento de los borbones para la monarquía indiana (cfr., por todos, *La organización política argentina...*, 34-38 y 46-47; “Valoración del sistema intendencial”, en José Ma. Mariluz Urquijo, *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 203-230).

que desembocó en la independencia, algunos portavoces de los colonos propusieron la estructura de la unión de reinos para explicar la legítima vinculación de las *plantations* con la madre patria; así como otros sostuvieron que su relación con el soberano era “feudal”²⁵.

¿Y no podría acaso, como lo afirman algunos especialistas, haber constituido el caso indiano que nos ocupa un modo peculiar de Unión real? Estimamos que sí, también.

VII. PRIMERA CONCLUSIÓN

Resumamos lo políticamente más esencial: hay un reino principal que adquiere otros reinos/territorios/provincias en situación de flagrante asimetría civilizatoria. Provincias que no son absorbidas ni ingurgitadas, sino que *paulatinamente van constituyendo una suerte de contraparte del reino aglutinante*. Se trata de una sujeción o vinculación entre el reino principal y sociedades extracontinentales para la Cristiandad europea, con las cuales, tras unos primeros años de conquista y ocupación en los que hubiera resultado ilusorio pensar que el reino castellano no controlase directamente y a través de sus propios órganos y leyes los territorios y los hombres sujetos, se va conformando un peculiar *status* de autonomía, bajo un órgano propio de gobierno *para las Indias*, que solo se subordina al monarca común a las Indias y a Castilla. Podríamos decir: mirado desde el año 1500, las Indias se incorporaban accesoriamente a Castilla; mirado desde el reinado de Carlos II, ya se daba una forma de unión *aeque principaliter*. Nuestro juicio se ve confirmado por especialistas en derecho indiano: “[e]n este sentido, la naturaleza accesoría de la unión se fue dotando de un contenido que hacía de las Indias un territorio más semejante a Navarra o a Aragón que a otros reinos accesoriamente unidos a Castilla, como Granada o Murcia”²⁶.

VIII. LA FORMA POLÍTICA DE LA MONARQUÍA INDIANA Y EL ORDEN DE PACTOS CONSTITUTIVOS

No obstante haber señalado elementos institucionales, posiciones historiográficas convergentes y situaciones políticas análogas que ponen en tela de juicio la afirmación de una incorporación política y jurídica de las Indias en el reino de Castilla, queda todavía por saber si existe algún

²⁵Sobre toda esta riquísima problemática cfr. Sergio R. Castaño-Yamila E. Juri, “Mutación constitucional y secesión política. El caso norteamericano”, en *Revista de Historia Argentina y Americana*, vol. 54, 1 (2019), 13-54.

²⁶Rafael Gómez Pérez, “El *status* jurídico de América en la monarquía española”, en *Revista de Historia del Derecho*, 53 (2017), 41-80, aquí 39. En la misma línea encontramos a Francois-Xavier Guerra, “Las mutaciones de la identidad”, en Francois-Xavier Guerra-Antonio Annino, *Inventando la Nación iberoamericana*, México, FCE, 2003, cap. VI.

asidero para sostener a la Unión real –siquiera bajo una forma peculiarísima, genuinamente hispano-indiana– como el esquema político que encuadra la vinculación entre Castilla y las Indias. Veámoslo.

El elemento clave de la unión real es la comunidad de monarca de unos reinos que basan su vinculación política y jurídica en *alguna forma de pacto* –sin perjuicio de que exista un reino principal, aglutinante u originario de las otras corporaciones a él unidas– ¿Puede afirmarse la existencia de alguna forma de vinculación pacticia entre la Corona y los reinos de Indias? Estimamos que sí.

Sobre la donación papal, el derecho de conquista “y otros justos y legítimos títulos” –para decirlo con el Emperador– se asentó un múltiple entramado de relaciones de estirpe pacticia y *lato sensu* feudal, tanto con los príncipes indígenas cuanto, sobre todo, con los conquistadores, pacificadores y pobladores que representaban el estamento dirigente de Castilla en Indias. Describamos sucintamente esas relaciones, en sus cuatro concreciones principales.

1) *Asiento (contrato) con los adelantados*

Silvio Zavala sostiene que las capitulaciones entre el rey y los descubridores revestían el carácter de un contrato de derecho público²⁷. Y más adelante agrega que “la corona no desconoció en principio sus obligaciones frente a los conquistadores [...] De esta suerte, las instituciones indianas fluctuaron en el período posterior a la conquista, entre el interés de los particulares, amparado por la obligación del Estado de premiarlos en virtud del sistema privado autorizado para la ocupación de América y la tendencia de la Corona favorable a sus necesidades regalistas y fiscales y a la protección de los indios”²⁸.

2) *Acuerdo (elección) de los pueblos indígenas*

Se trata del “Pacto histórico” tal como lo interpreta Francisco Trusso: como uno de los efectos de la Junta de 1542, de las Instrucciones de 1556 y del Código Ovandino de 1573. Sería un pacto de vasallaje (personal, antes que territorial) con los habitantes originarios. Trusso vincula la política pactista de la Corona con el título vitoriano fundado en la elección por los indígenas del príncipe cristiano. He allí el *sexto título (legítimo)*, el de “verdadera y voluntaria elección”: “si los bárbaros mismos, tanto los señores como los demás, conociendo la prudente administración y humanidad

²⁷Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1935, 123 y ss.

²⁸Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 263 y 266.

de los españoles, quisieran recibir como príncipe al rey de España" (*De Indis, Relectio prima*, II, 16)²⁹.

Demetrio Ramos aprueba lo observado por Trusso, pero señala que este solo se habría aproximado a su sentido más cabal; pues Ramos interpreta que el *pacto* es con los conquistadores, pobladores y pacificadores, y con el sentido limitativo de la potestad real que habían tomado los pactos y el pactismo en la Castilla del siglo XV³⁰.

3) *Las leyes pacto recogidas en Ley I, Tít. I, Libro III*

En este caso nos las tenemos con el "Pacto histórico" reflejado en la Ley I, Título I, Libro III de la *Recopilación*³¹. Allí aparece el contenido de cinco cédulas superpuestas. La del 14 de septiembre de 1519, petición del Lic. A. Serrano en nombre de los pobladores de La Española; la del 9 de julio de 1520, en la que se petición "en nombre de las dichas Islas de las Indias y Tierra Firme del Mar Océano" (la totalidad indiana); la tercera, del 22 de octubre de 1523, de F. de Montejo y D. de Ordás, procuradores del Cabildo de México, en nombre de Nueva España; la cuarta, del 7 de diciembre de 1547, originada en una solicitud del jefe indio D. Maxizcatzin, en nombre de la provincia y pueblos de Tlaxcala; y la del 18 de julio de 1563, confirmatoria de la tercera.

Se las llama "leyes-pacto" porque expresan el compromiso de la Corona a un pedido de diversas comunidades (ya particulares, ya de las Indias en su conjunto, como la del 9 de julio de 1520), en el sentido de no enajenar las Indias ni en todo ni en parte: "ni sus Ciudades, Villas, ni Poblaciones, en ningún caso, ni a 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 a nuestra Real Corona, prometemos, y damos nuestra fee y palabra Real por Nos, y los Reyes nuestros sucesores, de que para siempre jamás no serán enagenadas [...]". Cualquier "donación, o enagenación contra lo susodicho, sea nula, y por tal lo declaramos", rematan el Emperador y su madre³².

²⁹Francisco Trusso, *El derecho de la revolución en la emancipación americana* (prólogo de R. Zorraquín Becú), Buenos Aires, Emecé, 1961, 17-22.

³⁰Demetrio Ramos, "Formación de las Ideas Políticas que operan en Mayo de 1810", en *Revista de Estudios Políticos*, 134 (1964), 139-218; para esto, esp. 204 y ss.

³¹Cfr. *Recopilación de las Leyes de Indias*, Libro III, Título I: "De el dominio y jurisdicción real de las Indias". Ley primera: "Que las Indias Occidentales estén siempre unidas a la Corona de Castilla, y no se puedan enagenar".

³²No resulta ocioso recordar, valorando la significación política y jurídica de estos compromisos asumidos por la Corona ante los reinos de Indias, que, aun antes de las abdicaciones de Bayona –y del Tratado de Bayona del 5 de julio de 1808 entre Napoleón y su hermano José (en el que se estipularon los estipendios que cobrarían vitalicia y hereditariamente los miembros de la casa real que habían entregado a Napoleón las posesiones de la Corona: Carlos y María Luisa,

Se trata de las reales cédulas de 1519, 1520, 1523, 1547 y 1563 (esta, reiterando la inmediata anterior). A partir de la de 1520, indica Juan Manzano, ellas son “mandadas con fuerza de pragmática sanción, como si hubieran sido aprobadas en Cortes generales”; la de 1563, emplaza a las Indias “en nuestra real cabeza”³³.

4) *La encomienda*

Solórzano dedica largos desarrollos al régimen de encomiendas. Define a la encomienda como “un Derecho concedido por merced Real a los beneméritos de las Indias, para percibir, y cobrar para sí los tributos de los indios, que se les encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de la sucesión y con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual, y temporal, y de habitar, y defender las Provincias, donde fueren encomendados, y hacer de cumplir todo esto, homenaje, o juramento particular”³⁴. Son varios los lugares en los que nuestro autor vincula la encomienda con el feudo y es ostensible el cuidado que pone en compararlos y distinguirlos –así como en no incurrir en la identificación lisa y llana entre ambos³⁵–. Debe decirse “lisa y llana”, puesto que la cercanía de la figura de la encomienda con la del feudo aparece también de modo ostensible en los análisis del jurista de Indias. Y debe tenerse en cuenta que el carácter que asumió el feudalismo en Castilla, en tanto distinto del francés, acerca aun más la encomienda con el feudo castellano y da mayor asidero a la hipótesis de una relación feudal (por tanto, *personal*) entre el rey y las Indias. En efecto, el feudo castellano (y sus sucedáneos,

Fernando, Carlos María Isidro, Francisco de Paula y Antonio)–, la dinastía borbónica había ya vulnerado este *pacto histórico* en varias ocasiones. Así, en el Tratado de Madrid, del año 1750, en el que Fernando VI había entregado a Portugal los territorios y los pueblos evangelizados de las Misiones a cambio de la Colonia del Sacramento –lo cual además había dado lugar a la Guerra de los Siete Pueblos (1754-1756), en la que los guaraníes resistieron la entrega, hasta ser derrotados por los ejércitos hispano y lusitano–; en el Tratado de Basilea (1795), por el que Carlos IV cedió Santo Domingo a Francia a cambio de las Provincias Vascongadas; en el Tratado de San Ildefonso (1800), por el que se cedió la Louisiana (alrededor de un tercio del territorio norteamericano actual) a cambio de concesiones en Italia al príncipe Fernando de Borbón. Sin dejar de mencionar el proceso de la venta de Florida a EUA por Fernando VII, ya cuando la monarquía indiana desaparecía.

³³Juan Manzano y Manzano, *La incorporación de las Indias a la corona de Castilla*, Madrid, Cultura Hispánica, 1948, 300 y ss.

³⁴Juan de Solórzano Pereira, *Política Indiana*, edición de Francisco Ramiro de Valenzuela, Madrid, Mateo Sacristán, 1736, Lib. III, cap. III, n. 1.

³⁵Por ejemplo, *Política Indiana*, Lib. III, cap. I, n. 12; cap. II, n. 10, 23 y 24; cap. III, nn. 4 y 5; cap. V, n. 7; cap. VI, n. 32; cap. XI, n. 25; cap. XII, n. 26; cap. XIII, n. 9; cap. XVII, n. 14; cap. XXII, nn. 1 y 8; cap. XXV, nn. 9 y ss.

como el prestimonio) carecían de la nota de hereditario³⁶ –de la que, en principio, carecían también las encomiendas–.

Resulta por demás relevante consignar que el propio Solórzano, apoyado en José de Acosta, estima que la encomienda fue “el primer pacto y ley que se puso y asentó entre nuestros reyes y los conquistadores de las Indias”³⁷. Nuestro autor toma la figura de tal pacto de Acosta. Efectivamente, este jesuita, al inquirir por las causas por las que se establecieron las encomiendas, señala que los hombres de Castilla en América tuvieron un primer pacto con el rey (*prima cum Rege pactio fuit*), de acuerdo con el cual sean ellos, sean sus herederos, regirían a los indios que habían sido conquistados³⁸.

La configuración feudal misma del sistema de encomiendas daba de suyo sustento a la tesis de una vinculación personal entre el estamento dirigente y el rey de Castilla. Ahora bien, el hecho de que Solórzano, a la zaga de una autoridad tan reconocida como la de Acosta, avale la existencia de un pacto del rey con los conquistadores, constituye un elemento significativo, que refuerza como verosímil dicha posición.

IX. SEGUNDA CONCLUSIÓN

Cabe afirmar que la reportada relación pacticia de cuádruple orden que se descubre en la estructura de la monarquía indiana da pábulo a la tesis de quienes afirmaban la existencia de un pacto de la Corona con los reinos americanos y su *valentior pars*.

FORMACIÓN DE UNA COMMUNIS OPINIO INDIANA

X. LA TESIS DE LA SUJECCIÓN AL REY Y DE LA NO INCORPORACIÓN AL REINO EN EL SIGLO XVII (Y XVIII)

Queda por último investigar si las posiciones unánimes de los americanos a partir de 1808 para fundar la legitimidad política y jurídica de la formación de juntas ante la acefalía y la usurpación del trono –*todas contestes en la sujeción al rey sin incorporación al reino*³⁹– había sido sostenida en

³⁶Luis G. de Valdeavellano, “El feudalismo en España”, en F. Ganshof, *El feudalismo*, Barcelona, Ariel, s/d, 229-300.

³⁷*Política Indiana*, Lib. III, cap. XXIX, n. 4.

³⁸José de Acosta, *De promulgando Evangelio apud barbaros, sive de procuranda indorum salute*, Lyon, Laurent Anisson, 1670, Lib. III, cap. XI –189-190–.

³⁹Así, por ejemplo, los planteos del regidor Juan Francisco de Azcárate y del síndico (procurador del común) del Ayuntamiento de la ciudad de México Francisco Primo de Verdad, entre julio y septiembre de 1808; el “Silogismo de [la Universidad de] Chuquisaca” (septiembre de 1808); la Memoria a Carlota de Borbón de Castelli, Belgrano, Vieytes, Rodríguez Peña y

los tiempos de la plenitud de la monarquía indiana en su período fundacional, o sea en el siglo XVII. La respuesta es afirmativa. Presentemos tres ejemplos manifiestativos de dicho tópico.

El primero es el del jurista Pedro Bolívar y de la Redonda, formado en el *Alma Mater* de San Marcos de Lima, quien aboga ante el rey para que en la concesión de cargos en los reinos de Indias se tenga en cuenta primero a los indianos. En su extenso memorial, publicado en 1667, en el que hace gala de una enjundia doctrinal y de una formación clásica que hace recordar a Solórzano, Bolívar echa mano de la tópica figura ya por nosotros conocida: “El rey que lo es de más de un reino, debe ser para cada uno de ellos rey como si lo fuera de ese solo reino”. Se trata de la unión *aeque principaliter*, tal como la describía Solórzano. Pero aquí –nótese– viene aplicada a “la situación política de las Indias”: es decir, se afirma para estas la vinculación *aeque principaliter* con el reino de Castilla y la consiguiente sujeción a su sola Corona⁴⁰.

El segundo es el del jurista sardo Pedro Frasso, afincado en Indias y oidor de la Audiencia de Lima. Solo diez años después del memorial de Bolívar, Frasso basa el *status* jurídico de las Indias como reinos unidos (usa la fórmula explícitamente) *aeque principaliter* en el hecho de que estos reinos –como otros de la monarquía universal– poseía su propio Consejo, como último árbitro de la vida pública indiana. Se trata del argumento en que ya hemos insistido: la existencia de un órgano comunitario propio y supremo. Frasso no elude el problema del tipo de incorporación que se verifica entre las Indias y Castilla, toda vez que, de acuerdo con varios y acreditados autores –entre los cuales, por supuesto, se halla Solórzano– los reinos americanos estarían incorporados accesoriamente a Castilla. El jurista sardo no utiliza esa locución canónica (*accessorie*), sino que recurre a los términos “unidos y anexados (*unita, et anexa*)”. Ahora bien, acota Frasso a continuación, eso “no interesa” a la discusión, pues en cuanto a la cosa misma (*quantum ad rem*), los reinos americanos deben ser considerados como separados (*separata*) o unidos *aeque principaliter*. Pero debe reiterarse la razón que fundamenta tal tesis de Frasso. Ella no es otra sino el hecho de que los reinos americanos poseen, por debajo del monarca y con carácter de propio y exclusivo, un Consejo supremo que no se subordina al de otro reino de la monarquía⁴¹. Este *factum*, que

Beruti (septiembre de 1808); el discurso de Castelli en el Cabildo Abierto de Buenos Aires del 22 de mayo de 1810; el *Catecismo Político Cristiano*, de Javier de Zudáñez (Santiago de Chile, circa agosto 1810); los desarrollos de Fr. Servando Teresa de Mier en la *Historia de la Revolución de la Nueva España*, L. XIV (1813); la “Carta de Jamaica” de Bolívar, del 6 de septiembre de 1815.

⁴⁰Pedro Bolívar y de la Redonda, *Memorial, informe y discurso legal, histórico y político*, Madrid, Mateo de Espinosa y Arteaga, 1667, 55.

⁴¹Cfr. Pedro Frasso, *De regio patronatu ac aliis nonnullis regaliis Regibus Catholicis in Indiarum Occidentalium imperio pertinentibus. Quaestiones aliquae desumptae, et disputatae*,

Frasso constata como indubitable, es expresión de un principio fundamental que constituye el fundamento objetivo para presuponer carácter ya político en una comunidad: la existencia de un órgano propio y supremo de conducción, legislación y jurisdicción. Y en el caso de una monarquía múltiple, tal órgano, sin dejar de ser supremo, se hallará bajo la persona pública común del monarca. Los reinos de Indias –prosigue nuestro autor– se juzgan y se tienen como distintos (*discreta*), dado que conservan sus privilegios y tribunales propios, y a ellos el soberano los gobierna independientemente de los otros reinos⁴². De allí que si el rey quiere hacer uso de su derecho a gobernar un reino vinculado *aeque principaliter* (como las Indias), debe recurrir al órgano supremo propio de ese reino, so pena de restarle carácter imperativo a sus disposiciones, las cuales pasarían a ser meras indicaciones deprecatorias. Remárguese la proposición con la que Frasso remata su argumento, apoyado en el tratadista Gabriel Pereyra: el rey que pretendiera gobernar con prescindencia del órgano supremo del reino actuaría en tal caso *como lo haría un príncipe ajeno al reino*⁴³.

El tercero, ya del siglo XVIII, no proviene de la doctrina (como los otros dos), sino de la órbita pública. Cien años después de las obras de Bolívar y de Frasso, en 1771, en pleno auge del *pondus* borbónico, todavía el Cabildo de México sostenía la paridad de los reinos de Indias y de los peninsulares: “Siempre nos hemos contemplado en ella [la Nueva España] tan hijos de V. M. como los naturales de la antigua España. Esta y la nueva, como dos estados, son dos esposas de V. M.”⁴⁴.

XI. COLOFÓN

Por ello no debe extrañar que al producirse el cataclismo político de Bayona y luego la ocupación de la península por los franceses (1808-1810), la *communis opinio* indiana se manifestara unánime en la tesis de la vinculación de esos reinos con la sola persona del rey de Castilla. Con tal convicción no hacía sino refrendar el lema del Emperador: *Hispaniarum et Indiarum Rex*.

in quinquaginta capita partitae, Madrid, José Fernández de Buendía, 1677, t. I, cap. VII, 53. *Non potest unum Consilium in alterius iurisdictione quidquam decernere, nisi proprio Consilio vocato*, había sintetizado en el sumario del capítulo (p. 47).

⁴²Cfr. Pedro Frasso, *De regio patronatu*, t. I, cap. VII, 54. En este lugar Frasso cita copiosísima doctrina de respaldo.

⁴³Cfr. Pedro Frasso, *De regio patronatu*, t. I, cap. VII, 54-55.

⁴⁴“Representación humilde que hace la imperial, nobilísima y muy leal ciudad de México en favor de sus naturales...” del 2 de mayo de 1771, publicado por Rafael Gómez Hoyos, en *Bol. Hist. y Antg.* (Bogotá), vol. XLVII, núms. 549, 550 y 55; citado por Demetrio Ramos, “Formación de las Ideas Políticas que operan en Mayo de 1810”, 204 y ss.

LAS TRIBULACIONES DE LA CONSTITUCIÓN

*Miguel Ayuso**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El constitucionalismo. 3. El constitucionalismo racionalizado. 4. El neoconstitucionalismo. 5. Entre el neoconstitucionalismo y el posconstitucionalismo. 6. La disolución del constitucionalismo.

1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza humana se desarrolla en la historia, de manera que, frente a la vieja y falsa controversia entre naturaleza e historia, el derecho natural clásico fue capaz de conjugar lo permanente de sus principios con lo histórico de sus aplicaciones¹. Y armonizar así los inmutables principios del derecho natural con las mudables aplicaciones de la historia a través del derecho positivo, complemento de aquel, que constituye además su fundamento².

Pero la historia no incide por igual en todas las realidades humanas. Si nos referimos a las políticas, encontramos que la comunidad política o el gobierno son realidades permanentes, mientras que el Estado o la Constitución se hallan ligadas a un contexto concreto fuera del cual no son concebibles. El Estado, por ejemplo, es el Estado *moderno*, que nació en el siglo XVI para poner fin a la anarquía producida por las guerras de religión³. Y la Constitución se definió en su momento auroral por la ideología liberal surgida del ambiente cultural de la Ilustración, con la garantía de los derechos y la separación de poderes como pilares⁴. Podríamos añadir aún a los anteriores la democracia, forma de gobierno vista por lo general

*Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

¹Véase AA.VV., *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, que recoge las actas de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, organizadas por el profesor Francisco Elías de Tejada y celebradas en Madrid entre los días 10 y 15 de septiembre de 1972.

²Alain Sériaux, *Le droit naturel*, 2ª ed., París, PUF, 1993, 55 y ss.

³Álvaro D'Ors, *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, Rialp, 1989, 118. Véase Miguel Ayuso, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1998.

⁴Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 47 y ss. (hay edición castellana contemporánea, Madrid, Marcial Pons, 2013).

con desconfianza a lo largo de los siglos y convertida en cambio a partir del siglo XVIII en el fundamento del gobierno⁵.

Es cierto, por seguir ahora el orden inverso, que con frecuencia se hace pasar el segundo de los sentidos de la democracia a través del primero⁶. Como que, en lo que toca a la Constitución, hay quien ha hablado de Constitución e incluso de constitucionalismo antiguos⁷. Finalmente, respecto del Estado, la literatura política más difundida lo ha extendido a cualquier momento de la historia⁸. Anacronismos en el mejor de los casos, pues en otros puede hablarse propiamente de contrabando intelectual al servicio de finalidades operativas. Otra cosa es que en los tres casos exista un uso anterior al *moderno*, más o menos difundido, pero entre ambos media un abismo, el que separa la clasicidad y la modernidad.

En relación con la Constitución, que es el tema concernido en estas páginas, es conveniente distinguir el sentido lato, que identifica Constitución con la ley fundamental de una comunidad, del estricto que añade a esta la ideología liberal⁹. En puridad la acepción estricta es la originaria, mientras que la lata surgió de una generalización producida por la inestable experiencia política del siglo XIX. En efecto, tras la revolución liberal, el liberalismo doctrinario, de un lado, y el marxismo, de otro, contribuyeron a que en Europa la idea constitucional se difuminara, mientras en los Estados Unidos de América se conservaban sus elementos nucleares. Solo entrado el siglo XX, con las Constituciones de después de la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, después de la Segunda, con el constitucionalismo racionalizado y las Constituciones en serie, volvió el sentido primigenio, si bien con notables influencias del modelo norteamericano. A los dos ejes antes mentados se sumó por lo tanto un tercero, el de la supremacía normativa de la Constitución por medio del control constitucional de las

⁵Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 105 y ss. (hay edición castellana contemporánea, Madrid, Marcial Pons, 2021).

⁶Es el caso del libro del conocido helenista español Francisco Rodríguez Adrados, *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997, que acomuna ambas experiencias. En sentido opuesto, Jean Madiran, *Les deux démocraties*, París, NEL, 1977, quien subraya la radical heterogeneidad entre ambos.

⁷Alcanzó fama en tal sentido el libro de Charles H. MacLlwin, *Constitutionalism: ancient and modern*, ed. revisada, Nueva York, Ithaca, 1947, y últimamente el de Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bolonia, Il Mulino, 1999. Aunque es más chocante el primero, por referirse al constitucionalismo, que el segundo, que lo hace a la Constitución. Puede verse en contra Miguel Ayuso, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016 (hay edición italiana, *Costituzione. Il problema e i problemi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019).

⁸Es el caso, por ejemplo, de Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, S. Hirzel, 1874, o de Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols., Berlín, Weidmann, 1868-1913. Frente a ellos, se ha afirmado la historicidad estricta del Estado por Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938.

⁹Así pasa en algunos de los sentidos, aunque no en los más importantes, enumerados por Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Munich-Leipzig, Duncker und Humblot, 1928.

leyes, que dio lugar primeramente a los llamados tribunales constitucionales y más adelante a la aplicación judicial de la Constitución¹⁰. Ese modelo del constitucionalismo racionalizado todavía conocerá profundas transformaciones en la forma de gobierno y en el sentido de los derechos, llegándose a hablar de un neoconstitucionalismo, que más bien parecía un posconstitucionalismo, e incluso ha saltado por los aires en los últimos tiempos de resultados de la llamada emergencia sanitaria¹¹.

De todo ello vamos a tratar sucintamente.

2. EL CONSTITUCIONALISMO

Cuando los revolucionarios franceses estamparon en el artículo 16 de su declaración *de intenciones* que no había Constitución donde no estuvieran garantizados los derechos individuales y determinada la separación de poderes¹², probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación. Porque no se trataba simplemente de ceñir el fenómeno constitucional a unas exigencias más o menos fundadas, sino de dar en verdad a luz la ideología constitucionalista. De ahí que se haya podido decir que el derecho constitucional es el “derecho natural del Estado moderno”¹³. El constitucionalismo no es otra cosa, consiguientemente, que la *ideología* de la Constitución liberal¹⁴, esto es, la doctrina que sufre el espejismo de pretender controlar el poder, y en exclusiva, tanto a través de la técnica de su “separación” geográfica, como en virtud de unos derechos del hombre tutelados por la ley, de la que en la práctica dependen, y que finalmente se reducen al ejercicio de la libertad negativa, esto es, sin regla¹⁵.

¹⁰La síntesis, más entusiasta que aséptica, es de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

¹¹Véase Miguel Ayuso, *De la crisis a la excepción* (y vuelta), Madrid, Marcial Pons, 2021.

¹²Pues no es otra cosa en puridad la llamada Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. El artículo citado reza así: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

¹³Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 23 y ss. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra Dalmacio Negro, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 46. Ricardo Dip, por su parte, ya desde el título, ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: “Neoconstitucionalismo, derecho natural da pós-modernidade”, *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), n.13 (2007), 193 y ss.

¹⁴Se remite a Miguel Ayuso, *El ágora y la pirámide*, Madrid, Criterio Libros, 2000, capítulo 2, para un mayor desarrollo de la cuestión (hay edición italiana, Turín, Giappichelli, 2004).

¹⁵La explicación, bien precisa, es de Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 33 y ss.

En lo que se refiere al primero de los temas, por su origen histórico ha podido pensarse que el constitucionalismo surgió de la lucha contra el absolutismo estatal de forma monárquica, cuando en realidad procedía más bien de una nueva concepción de hombre y la sociedad engendrada por la modernidad¹⁶. La soberanía, esto es, la afirmación y reivindicación de la libertad negativa del Estado moderno, pasará de su encarnación en la persona del rey a la “nación” primero y el “pueblo” después, dando lugar a nuevas y más radicales formas de absolutismo. Pues, de un lado, el de las monarquías venía sujeto por múltiples mediaciones religiosas e institucionales de naturaleza tradicional, mientras que el de la “nación” era en el fondo el de una clase y el del “pueblo” encarnaba una abstracción, aún más peligrosa que la de la pura oligarquía, ya que puesta la voluntad general como fuente del poder y del “derecho” se tornaba en instancia última e inapelable.

En la revolucionaria declaración de derechos de 1789 ya coexistía la afirmación del principio de la libertad individual con el principio igualitario de la soberanía nacional o popular (que no son además equivalentes): “El artículo 2 mira al ciudadano singular y el 6 a la mayoría numérica. La libertad mantenida en el artículo 2 supone una barrera protectora; la mayoría teorizada en el artículo 6 es capaz de desbordar por definición toda suerte de barreras. Son cosas diametralmente opuestas por más que se las mezcle a pocos renglones dentro de la misma pomposa Declaración de derechos del hombre abstracto revolucionario. La causa histórica de que las Declaraciones acojan en su seno posiciones tan contrarias está en la doble paternidad de la ideología liberal, de un lado desbordada de absolutos políticos lindantes con la mística, en la concepción rousseauiana, de mayoría que legisla; de otro atenido al mecanismo para procurar contenerla en sus linderos. La primera tendencia rousseauiana reclamaba la paternidad espiritual en el pensamiento abstracto de la Enciclopedia; la segunda era el resultado del equilibrio de frenos y contrapesos observado por Montesquieu en Inglaterra y desde la realidad inglesa constituido por él para teoría de validez universal []. Las dos paternidades dieron nacimiento al híbrido contradictorio de 1789”¹⁷.

El paso del constitucionalismo liberal al democrático, que sin dejar de ser liberal profundizaba el principio igualitario, reforzó –a partir del presupuesto de que toda ley emana de la voluntad popular– la opresión de la mayoría y, de resultas, hizo más necesario el recurso a la división del poder, para que –según la explicación de Montesquieu– “por dispo-

¹⁶José Pedro Galvão de Sousa, *Poder, Estado, Constitución. Hacia un derecho político realista*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

¹⁷Francisco Elías de Tejada, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias”, en AA.VV., *Derecho y paz*, Madrid, CSIC, 1968, 83-84.

sición de las cosas el poder frente al poder”¹⁸. Se trata, en todo caso, de una ilusión, que la experiencia de más de dos siglos ha desmentido¹⁹. La unidad del poder del Estado no podía compadecerse con la tal separación o división, expresiones que además no son sinónimas²⁰, sino que se ha visto el predominio del legislativo en el parlamentarismo o del ejecutivo en el presidencialismo, sin olvidar el que se ha dado en llamar “gobierno de los jueces”²¹.

En relación con el segundo asunto, el de los derechos, la ideología revolucionaria que está en la base del constitucionalismo, lejos de limitar el ejercicio del poder, contribuyó en realidad a su acrecentamiento, pues –ya desde sus orígenes– “aunque el valor que ostenta el *prius* ontológico sean los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se piensa que *su efectiva realización depende de la previa intervención del poder*”²². Si la primera parte de esta afirmación es discutible, por la naturaleza de la “fundamentación” (o más bien de la “falta de fundamentación”²³) de los derechos apodados más adelante de “fundamentales”, la segunda resulta en cambio incontrovertible. Porque cabe preguntarse, en primer lugar, por

¹⁸Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), libro XI, cap. IV. Algunos autores (por ejemplo Fioravanti) han sostenido que el derecho público europeo se afirmó entre los siglos XIX y XX en oposición al principio democrático de la soberanía popular. Danilo Castellano, en cambio, piensa lo contrario, por más que reconozca que la democracia moderna no había encontrado todavía su pleno desarrollo. El poder constituyente, afirma, nació democrático y no liberal (Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 36). No es de echar al olvido la condición de historiador del primero y de filósofo del segundo, a la hora de examinar la diferencia de juicio.

¹⁹Baste recordar Marcel de la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, Sirey, 1934, o Álvaro D'Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, §23.

²⁰Véase Juan Vallet de Goytisolet, “La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes”, *Verbo* (Madrid), n. 309-310 (1992), 1017-1044. Donde plantea como problema previo la cuestión semántica de si se trata de separación, división, distribución, no confusión, equilibrio o contrapeso de poderes. También la explicación singular de Antonio García-Trevijano, *Frente a la Gran Mentira*, Madrid, Espasa Calpe, 1996, 267 y ss.

²¹El término se aplicó en algún momento a los Estados Unidos de América, si bien fue acuñado en francés. Véase Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921. Su subtítulo, expresivo, reza así: “L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”.

²²Lo ha destacado Juan de la Cruz Ferrer, “La concepción del poder y de la separación de poderes en la Revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), n. 20 (1989), 258 y ss.

²³Falta de fundamentación presentada en ocasiones como un mérito: recuérdese lo que cuenta Maritain respecto de la discusión en la Comisión de la UNESCO de la que formaba parte (“Estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué”) y que le lleva a sostener la tesis absurda –explicitada por Bobbio– de que es preferible olvidar su fundamento y concentrarse en sus garantías. Cfr. Jacques Maritain, “Introducción”, en VV.AA., *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, Ciudad de Méjico-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, 15; Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, 16.

el poder que la Asamblea quería limitar y que no es otro –la investigación más sumaria así lo exhibe– que el poder regio en el *ancien régime* más que el poder político genéricamente considerado. Pero es que luego, además, la ley vino a prevalecer sobre el derecho previamente definido, por lo que a través de la “legislación”, o del legalismo, los derechos más que “reconocidos” pasaron a ser “conferidos”. Así pues, el constitucionalismo se ha revelado en su aplicación histórica más una regla “para” el poder que “contra” el poder.

Finalmente, en nuestros días, ha de tenerse en cuenta que, sin haber perdido su naturaleza de doctrina estatista y, por lo mismo, positivista, el permisivismo moral reinante –tolerado cuando no abiertamente fomentado por los Estados– lleva a la reivindicación de unos falsos derechos respecto a los cuales el poder del Estado no se considera afectado²⁴, por lo que no existe ese enfrentamiento, por ejemplo, con el “derecho” al aborto o al “matrimonio” homosexual. Lo mismo puede decirse de los corolarios de la “libertad de conciencia” o en la dogmática de la “libertad de expresión”²⁵. Pero sobre esto habremos de volver luego.

3. EL CONSTITUCIONALISMO RACIONALIZADO

Será en el siglo XX cuando se desarrollen las consecuencias del constitucionalismo, en un proceso de racionalización que se extenderá una vez más de modo mimético, elaborándose las constituciones en serie. El término escogido, en todo caso, no podía ser más acertado, toda vez que fue la matriz racionalista del constitucionalismo la que sobre todo se vio fortalecida²⁶.

La ideología constitucionalista, recogida en un documento que contiene el contrato social, se hacía en verdad constituyente. Lo político se

²⁴Puede verse un desarrollo más amplio en el capítulo III de mi libro *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, cit. Así como la explicación teórica de Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani. Sulla anti-filosofia politico-giuridica della modernità*, Turín, Giappichelli, 2003 (hay edición castellana, Marcial Pons, 2004).

²⁵Cfr. Miguel Ayuso, “El derecho a la información: sujeto, objeto y límites”, *Verbo* (Madrid), n. 391-392 (2001), 85 y ss., y también Miguel Ayuso (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

²⁶La difusión del término “*parlamentarisme rationalisé*”, luego ampliado como constitucionalismo racionalizado, se debe a Boris Mirkin-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, Giard, 1931. En Italia lo recogió Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cuya primera edición, de 1949, se presenta todavía en forma de apuntes de las lecciones, mientras la segunda –ya totalmente rehecha– es de 1952. Hemos consultado la 9ª, Padua, CEDAM, 1975, vol. I, 569 y ss. En España, en el decenio de los treinta, ya lo había sometido a crítica aguda Eugenio Vegas Latapie, *Romanticismo y democracia*, Santander, Aldus, 1938.

tornaba, según una frase famosa, constitucional²⁷. De otro lado, al poner en su origen un “poder constituyente”²⁸ al que, además, se atribuye la “soberanía”²⁹, no salía del voluntarismo, el constructivismo y, a la postre, el utopismo. Finalmente, en el formalismo del (pretendido) “derecho puro”, la Constitución se convertía incluso en la *norma normarum*, no tanto en el sentido de la norma jerárquicamente más importante, sino en el de condensado de la juridicidad, subrogado en definitiva de la naturaleza de las cosas³⁰.

De lo anterior se desprende derechamente un cambio de gran trascendencia. La Constitución comenzó organizando los poderes del Estado, a partir del “principio” fundamental de su “separación”, pero hoy busca más bien modificar la entraña de la sociedad. Es el curso del racionalismo, que al inicio acantonaba una realidad todavía renuente a someterse a su férula, pero que el discurrir del tiempo ha ido haciendo más y más fluida y por lo mismo moldeable por un “pensamiento” políticamente siempre más activo. La sustitución del derecho por la legislación, monopolizada además por el Estado, también ha tenido en ello su parte, pues el Estado no legisla para la sociedad sino para aproximarla a él³¹.

Se ha podido escribir, así, que en un esquema de interpretación histórica la directriz residiría en “la progresiva intensidad de la acción racional del poder en la configuración de los órdenes constitucionales”. Lo que quiere decir que las constituciones, concebidas como un plan de organización política y social, serían obra de un poder político en vista de transformar el orden existente en función de principios ideológicos. Transformación que “no debe entenderse limitada a la organización misma del poder, sino que penetra en toda la estructura del orden social: desde la organización del poder a la organización de la sociedad”³². Y es que fenómeno característico del panorama constitucional desde la Revolución

²⁷Es el juicio famoso de Gioele Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Turín, Giappichelli, 1962, 65.

²⁸Véase Pietro Giuseppe Grasso, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2006, y Miguel Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

²⁹Sobre el asunto puede acudirse a Francesco Gentile, *Intelligenza política e ragion di Stato*, Milán, Giuffrè, 1984, y Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, cit., cap. VI. También Miguel Ayuso, “Soberanía o subsidiariedad”, *L'Ircocervo* (Padua), a. 18, n. 0 (2019), 1-6.

³⁰Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, en particular V, 34 y 35. A cuenta de la “pureza” kelseniana se iba a separar el derecho de la realidad, mientras que se iba a entregar a la ideología. Para la versión castellana, *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, UNAM, 1979.

³¹Juan Vallet de Goytisolet, “Los dogmas políticos vigentes”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid) n. 81 (2004), 267 y ss. Es uno de los *leit-motiven* de la obra política del maestro español.

³²Luis Sánchez Agesta, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid, Editorial Complutense, 1980, 27.

francesa hasta nuestros días fue “la tensión e inadecuación entre el medio social y poderes relativamente artificiosos”. De ahí que el poder se haya ido atribuyendo la facultad de reformar a través de la ley el mismo orden social: “El germen de racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por un crecimiento o evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante según esquemas de organización racional. La coherencia entre organización del poder y constitución social se ha alterado hasta casi invertirse la relación. El poder no solo no se presenta como una emanación de la comunidad que rige, sino que tiende a conformarla de acuerdo con sus principios. El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un proyecto racional de constitución, no solo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social. La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan, que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política. Nunca el pensamiento ha sido tan activo políticamente como en nuestros días”³³.

Tan evidente se ha hecho lo anterior que el “positivismo crítico” ha debido reaccionar poniendo límites al campo del “constructivismo”, a través de recursos como, por ejemplo, las llamadas “garantías institucionales y de las instituciones”³⁴. Mientras el “tribunal de la praxis” ha exhibido cómo la fusión entre Estado y sociedad conduce paradójicamente a la emergencia de una serie de poderes, denominados “sociales”, en puridad “independientes”, que vienen a socavar finalmente al Estado³⁵. La corrupción difundida en todas las latitudes así lo demuestra³⁶.

La incidencia de este proceso de racionalización en los ámbitos de la separación de los poderes y la garantía de los derechos es de relieve.

³³*Ibid.*, 27-28.

³⁴Distingue Carl Schmitt las “garantías institucionales” (*institutionellen Garantien*), que protegen regulaciones de derecho público como la autonomía local, de las “garantías de las instituciones” (*Institutsgarantien*), que aseguran la permanencia de instituciones de derecho privado, como la propiedad, la libertad contractual, la herencia o el matrimonio. Véase Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., 170 y ss.; y “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*” (1931), hoy en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker und Humblot, 1958.

³⁵Véase la reconstrucción que he ofrecido en mi libro *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011, cap. 4.

³⁶Alejandro Nieto, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, donde revisa otras descripciones suyas precedentes. También, en un ámbito más amplio, Miguel Ayuso, “Las causas de la corrupción y la crisis contemporánea”, *Ius Publicum* (Santiago de Chile), n. 40 (2018), 33-51.

Y conviene dejar escueta nota. De un lado, en el seno del parlamentarismo, se vio la necesidad de ajustar la forma de gobierno por razón de los cambios institucionales. Fue el reforzamiento del gobierno, que asumió la iniciativa legislativa y, en algunos casos, la propia legislación, como en los casos de delegación y urgencia. También las técnicas de la investidura o la moción de censura constructiva. Y la recepción de los partidos políticos como corporaciones de derecho público. Finalmente, la difusión de los Tribunales Constitucionales, que juzgan primero de la constitucionalidad de las leyes y más adelante van ampliando sus competencias³⁷. En el presidencialismo, por su parte, el inmenso crecimiento de papel de los presidentes y de la vasta burocracia de que se rodea ha alterado el equilibrio fundacional³⁸. Del lado de los derechos, finalmente, pueden colacionarse la atribución del conocimiento de su vulneración a los Tribunales Constitucionales, el acceso a los tribunales de justicia de las normas constitucionales como accionables y la multiplicación de los llamados “derechos sociales”³⁹.

4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo racionalizado, tal y como surgió tras la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que desarrollaba coherentemente la ideología del primer constitucionalismo, tras las sabidas vacilaciones del siglo XIX, no había en cambio desarbolado totalmente las resistencias del orden natural. La pretensión de prescindir totalmente de este se había iniciado, sin duda, con la de condicionar el derecho privado partiendo del público y de constituir –como se ha dicho– no solo el Estado sino también la sociedad. Pero solo con su prolongación en el que se ha dado en conocer como neoconstitucionalismo se ha avanzado decididamente en la consecución de su objetivo.

Los ámbitos en que esta línea se ha concretado son muchos, pero cabe limitarse tan solo a los de mayor relieve. Del lado de la organización de los poderes quizá se trate, otra vez, del despliegue creciente de los Tribunales Constitucionales y de su interrelación con los ordinarios, así como con frecuencia también de la federalización territorial⁴⁰. Mientras

³⁷Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986, ofrece una buena síntesis, aunque dentro de los límites del comparatismo.

³⁸Thomas Molnar, *Le modèle défiguré. L'Amérique de Tocqueville à Carter*, París, Presses Universitaires de France, 1978.

³⁹Cfr. Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, y Ricardo M. Dip, *Los derechos humanos y el derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009, cap. III.

⁴⁰Federalización como proceso que no coincide exactamente con el Estado federal como forma de Estado. El tránsito, en cuanto a este, del llamado “dual” al conocido como

que, en cuanto a los derechos, el “personalismo” ha venido a volatilizar el ordenamiento jurídico (un ordenamiento que –no lo olvidemos– ya no era funcional al orden).

Los Tribunales Constitucionales, en efecto, que en un primer momento se limitaron al control de la constitucionalidad de las leyes, según la ortodoxia kelseniana, pronto fueron asumiendo nuevas funciones que, en su desarrollo, iban a potenciar la Constitución más allá incluso de lo que había supuesto la racionalización inmediatamente precedente⁴¹. Los conflictos entre órganos constitucionales o, en los Estados compuestos, los regionales, añaden no poco relieve a dichos Tribunales Constitucionales. Aunque, sobre todo, la tutela de los derechos llamados ya “fundamentales”, en una apertura de signo americano, que le permitieron transformar de raíz la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria. Y guiar a los jueces ordinarios por esa senda. El que se ha bautizado como “activismo” judicial, de origen estadounidense, ha sido protagonizado entre nosotros generalmente por los Tribunales Constitucionales, sin perjuicio de que los Tribunales Supremos se hayan sumado más pronto que tarde a la tendencia. Eso ha llevado a la politización (*rectius* ideologización) de su función, toda vez que los magistrados de los Tribunales Constitucionales deben ser para el constitucionalismo –antes que juristas– “políticos”, esto es, intérpretes y guardianes de una ideología⁴². Algo similar se traslada a los jueces ordinarios, sobre todo en su cima, los Tribunales Supremos, pues su elección por los “politizados” Consejos del Poder Judicial marca también a los designados con el sello de la ideología⁴³. Así pues, al igual que la Constitución desplazó a la ley, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales está desplazando a las constituciones⁴⁴. La interpretación se torna novación (si no auténtica creación) cuando aunque permanezca

“cooperativo”, lo hace notar. Así como el funcionalismo federalista practicado en el seno de la Unión Europea. La referencia, clásica, es a Carl J. Friedrich, “Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals”, en Arthur W. Macmahon (ed.), *Federalism: Mature and Emergent*, Nueva York, Russell & Russell, 1955.

⁴¹Miguel Ayuso, “¿Un tribunal constitucional internacional? Una visión problemática”, *Notandum* (Oporto), n. 41 (2016), 53-58. La primera parte hace un repaso sintético de la evolución de la justicia constitucional.

⁴²Miguel Ayuso, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, cit., 239 y ss. Desde el ángulo político puede verse la crítica relativamente temprana de Gonzalo Fernández de la Mora, *Los errores del cambio*, Barcelona, Plaza y Janés, 1987, 128 y ss.

⁴³Andrés de la Oliva, “La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (Madrid), n. 2-3 (1978), 399-431. Ensayo profético y sin contemplaciones de uno de los maestros del Derecho procesal. Aunque referida a España, puede extenderse sin dificultad a otros países, pues no debe olvidarse que el modelo tiene origen en Italia y poco menos que se ha universalizado. Para una síntesis, Miguel Ayuso, “El desgobierno de los jueces”, *Revista de Derecho Público* (Santiago de Chile), n. 81 (2014), 13 y ss.

⁴⁴Miguel Ayuso, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001 (hay edición italiana, Giffone Valle Piana, Ripostes, 2018; y anterior francesa, París, Hora Decima, 2008).

su letra se traiciona la Constitución. No se trata, claro está, de aquellos casos en que la finalidad corrige la literalidad, pues estamos en presencia de una aplicación de la *ratio* una vez elucidada; sino de aquellos otros en que una razón distinta viene a imponerse so capa de interpretación evolutiva o sistemática. Problema hermenéutico que abre otro sustancial, donde los altos tribunales ejercen un poder “político”⁴⁵.

Otro eje de importancia viene dado por la internacionalización y aun mundialización del constitucionalismo, en buena medida merced a los derechos humanos. Ambos fenómenos son perfectamente diferenciables, aunque presenten algún nexo entre sí. La internacionalización de los derechos humanos completó el proceso de su anterior constitucionalización, abriendo los ordenamientos al derecho internacional según la última fase del pensamiento de Kelsen. Pero “la internacionalización del problema no representa su solución”, de manera que “la globalización del *iuspositivismo* no puede ser su misma *justificación*”⁴⁶. Las modernas Declaraciones internacionales y supranacionales se superponen hoy a las Constituciones, que a su vez prevén esta agregación, creando en ocasiones dificultades de articulación. Debe subrayarse, en este punto, que la idea de unos derechos del género humano, que no es nueva, reviste en nuestros tiempos rasgos peculiares. Las nociones de género humano y de dignidad de la humanidad, lejos de ser universales como en la doctrina cristiana, en la nueva era se convierten en cosmopolitas. En fin, el modelo contemporáneo de la protección de los derechos humanos, sin romper con la noción racionalista de la dignidad del hombre⁴⁷, considerado en su individualidad, la sitúa en el ámbito de un concepto no solo más extenso (el de humanidad) sino incluso más abstracto, ya que la abstrae de la sociabilidad natural de los hombres (que viven en una estructura de relación con otros individuos y diversos cuerpos sociales), de la forma histórica de las asociaciones humanas (incluidas las naciones), de la actualidad de las generaciones humanas (pues refiere también los derechos tutelables a las generaciones futuras), del territorio nacional (*rectius* de las fronteras estatales) y aun del propio Estado⁴⁸. Una consecuencia inevitable de ese

⁴⁵En relación con la experiencia de los Estados Unidos de América resulta bien interesante la síntesis, no solo descriptiva sino problemática, de Christopher Ferrara, “Las “uniones del mismo sexo” y el problema del positivismo legal: una perspectiva desde los Estados Unidos”, en Miguel Ayuso (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 89 y ss. Donde aborda el problema del “originalismo” y el “democratismo” de la jurisprudencia apodada conservadora, frente al “axiologismo (por erróneo que sea) de la “liberal”. Desde un ángulo general, véase una vez más Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., cap. IV.

⁴⁶Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, cit., 96-98.

⁴⁷Cfr. Álvaro D’Ors, “La llamada “dignidad humana””, *La Ley* (Buenos Aires), año XLV, n. 148 (1980), 1 y ss.

⁴⁸Ricardo Dip, *Los derechos humanos y el derecho natural*, cit., 110. También Álvaro D’Ors, *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

paradójico cosmopolitismo abstracto y no universal va a ser la fragmentación que a no mucho tardar hemos de examinar.

Por ahí ha apuntado el campo de los derechos llamados fundamentales, en el que se da también una línea de continuidad entre el neoconstitucionalismo y la etapa anterior del constitucionalismo racionalizado. Los derechos, es cierto, se pueden comprender en el seno de tres tradiciones distintas, a saber, la liberal, la democrática y la social. Sin embargo todas ellas responden a una matriz común, la del racionalismo político y social que es la base del liberalismo. Y que hoy encontramos exasperado en el seno de la ideología personalista. En efecto, la cuestión político-jurídica nodal y permanente, principalmente después del cristianismo, de la persona humana, ha sufrido un giro radical (e incluso una “heterogénesis de los fines”) con las vicisitudes de la modernidad y su mutación postmoderna. De un lado, la persona ha sido –de hecho– disuelta, al ser reducida a “acontecimiento” o a “proyecto”. De otro, junto a lo anterior, también se han desvirtuado el fundamento y la razón de la política y el derecho. Así, tras la crisis de la modernidad “fuerte”, se ha creído posible legitimar el Estado y el ordenamiento jurídico transformándolos, en primer lugar, en “objetividad” al servicio total de la voluntad de la persona y, después, asignándoles la función “mediadora” que exige el llamado “republicanismo global”. Lo institucional se identifica, así, con un “orden modular”, que de cuando en cuando permite tejer una red (que se compone y descompone al gusto), que representa una nueva forma de “positividad” del nihilismo político-jurídico contemporáneo, incompatible no solo con las doctrinas clásicas, sino también con el viejo contractualismo⁴⁹.

Ese parece ser el signo dominante del nuevo constitucionalismo en relación con los derechos humanos o fundamentales. Que ya no crean tanto un ámbito de libertad individual frente al Estado, cuanto se convierten en “valores” que invaden las relaciones entre particulares y a cuyo servicio se pone el propio ordenamiento jurídico estatal⁵⁰. Que a partir del “efecto irradiante” de la libertad de conciencia aseguran el libre desarrollo de la personalidad virtualmente, por lo menos, nihilista⁵¹. Todo ello en nombre de la “dignidad de la persona”, pero de una persona que no es la “sustancia individual de naturaleza racional”, metafísicamente fundada,

⁴⁹Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico “modulare” del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifihe Italiane, 2007.

⁵⁰La concepción dual del Tribunal Constitucional Federal Alemán, al que han seguido otros como el español, se halla anticipada *modo suo* en la conocida doctrina del *double standard* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cfr. Francisco Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), n. 9 (1993), 199 y ss.

⁵¹Lo he abordado sucintamente en las páginas finales del libro *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del Derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

y de una dignidad que no deriva de ser aquella “lo más perfecto en toda la naturaleza”⁵², sino de una “moral del bien congénito”, que emprende la defensa de la dignidad (ontológica) del hombre, pero desvinculándolo de su origen divino⁵³. Pese a quienes se empeñan en descubrir en ella una música tomista, la canción es de indiscutible progenie kantiana.

5. ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL POSCONSTITUCIONALISMO

Ha llegado el momento de abordar la cuestión del derecho (y, de los derechos, sobre todo de los denominados “humanos”) en el tiempo más radicalmente contemporáneo. Que ha sido caracterizado, desde hace decenios, como posmodernidad⁵⁴; y que, últimamente, desde el ángulo jurídico, como acabamos de ver, ha sido calificado de neoconstitucionalismo.

Lo primero que llama la atención es la asimetría: posteridad en un caso, novación en el otro. ¿Por qué? En primer término, no parece que el término postmodernidad se utilice unívocamente. Ya que, si de un lado, indica lo que sigue a la modernidad, en otras parece referirse a una relación dialéctica más que temporal respecto de aquella. Y, así, la postmodernidad puede concebirse como una modernidad radicalizada, decadente o incluso insurgente. Hipermodernidad en el primero de los casos, pues los caracteres de la ideología de los tiempos modernos (donde la axiología prima sobre la cronología) vienen a exacerbar los que marcaron a estos. Y, en efecto, en algunos terrenos, es como si se hubiera producido una aceleración y las consecuencias se extrajeran con toda lógica de premisas que hasta el presente no se habían tomado totalmente en serio. Sin, embargo, al mismo tiempo, no pueden sino subrayarse otros fenómenos que apuntan más bien al desleimiento de sus rasgos identificadores: en la tardomodernidad los productos “fuertes” de antaño se sustituyen por los subrogados “débiles” de hogaño. Aunque también se observan trazos en los que el perfil adquiere contornos de resistencia en una suerte de contramodernidad (que, como todo fenómeno puramente reactivo, se subordina a lo que se opone)⁵⁵. No sería imposible discernir efectos singulares para cada una de las tres tendencias indicadas, aunque entre

⁵²La primera definición procede, como es sabido de Boecio, *De duabus naturis*, mientras que la segunda observación es de Santo Tomás de Aquino, *S. th.*, I, q. 29, a. 3.

⁵³El análisis, finísimo, es de Leopoldo Eulogio Palacios, “El humanismo del bien congénito”, *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), n. 110 (1960), 87 y ss.

⁵⁴Juan Fernando Segovia, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.

⁵⁵Remito a Miguel Ayuso, “¿Política postmoderna?”, en Juan Carlos Moreno Romo (ed.), *Modernidad, postmodernidad, hipermodernidad*, Ciudad de Méjico, Fontamara, 2020, 153-167.

ellas prime en verdad su imbricación hasta el punto de que es esa suerte de carácter inextricable el que signa al postmodernismo.

Se ha subrayado muy pertinentemente que la ficción del consenso sobre la que se afirmó el constitucionalismo, tanto el originario como sobre todo el racionalizado, haya ido desapareciendo con el neoconstitucionalismo. Porque ese consenso, que explicitaba el contrato social, tiende a desaparecer en cuanto regla trascendente de la voluntad de los asociados. Y las Constituciones se convierten en “pactadas”, no en el sentido de los viejos pactos medievales⁵⁶, y obviamente tampoco en el del contractualismo, sino en el de que la voluntad de las partes, es decir, la voluntad como su unión, es condición para la reforma e interpretación de la Constitución⁵⁷. De donde derivan notables problemas, pues si esta es el resultado de un acuerdo contingente y siempre evolutivo, ¿cómo imponerla a quien no ha participado o no pudo hacerlo sin hacer de ella una norma heterónoma? ¿Y qué hacer con las minorías o los disidentes? Surge por ahí el pluralismo originario en el constitucionalismo estadounidense, adoptado *modo suo* por las Constituciones tardorracionalizadas⁵⁸ y por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Pluralismo entendido como multiplicidad de derechos creados por el ordenamiento positivo. Lo que significa que los derechos se hacen depender de las fuerzas “políticas” que logran imponerse y que el “balance” de los derechos no es sino el “balance” de fuerzas, haciéndose por tanto “compromiso” o mero equilibrio entre poderes efectivos: la única base en la que se apoyaría la legitimidad del ejercicio del poder a través del “derecho”, comprendido el constitucional, sería el propio poder. El pluralismo así entendido lleva consigo la revisión de la definición de la soberanía propia de la modernidad “fuerte” no tanto de manera sustancial como formal. Invierte la relación Estado/ciudadano, pero no sale de la soberanía misma, si bien hace más difícil el gobierno. El derecho constitucional, disuelta la “geometría legal”⁵⁹, pierde un mínimo de certeza jurídica y se sociologiza. Y la Constitución, de regla

⁵⁶Juan Vallet de Goytisolo, “Del pacto político de F. Eiximenis al contrato social de J. J. Rousseau”, en *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, 144-149.

⁵⁷Véase Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 24 y ss., al que sigo a continuación, añadiendo algunas notas.

⁵⁸Respecto del pluralismo estadounidense, véase Frederick D. Wilhelmsen, “El derecho natural en el mundo anglosajón del siglo XX”, en AA.VV., *El derecho natural hispánico*, cit., 209-229. Y de su traslación al mundo europeo, Miguel Ayuso, “Pluralismo y pluralidad ante la filosofía jurídica y política”, en AA.VV., *Homenaje a Juan Bms. Vallet de Goytisolo*, vol. 5, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, 7-30.

⁵⁹La expresión, que se remonta al napolitano de edad española Giambattista Vico, ha sido explorada y tematizada por Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., y *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padua, CEDAM, 2000 (hay edición castellana, Madrid, Marcial Pons, 2001). Véase, en este sentido, Miguel Ayuso (ed.), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

para la sociedad, pasa a ser instrumento para la realización de cualquier proyecto (como sostiene el constructivismo) o de cualquier compromiso (como sostiene la politología): “El pluralismo de los ordenamientos jurídicos originarios comporta, a su vez, una imposible *combinación* de las *rationes* político-jurídicas. Representa la premisa para la disolución de todo ordenamiento jurídico-constitucional, sustituido por las medidas contingentes tomadas sobre la marcha e impuestas como prescripciones normativas constitucionales”⁶⁰.

Es natural, pues, que se produzca una fragmentación creciente en el seno de un ideal que apuntaba a lo universal y que ha de contentarse en cambio con la uniformización. Que no es lo mismo. Y no resulta contradictorio. Los derechos humanos, en la fase débil de la modernidad, se han convertido en un ariete contra la irrefragabilidad de la ley y la estabilidad del Estado. A la implosión sufrida por lo que hace un siglo parecía sólido si no inmovible han coadyuvado varias tendencias entre las que ocupó un puesto no menor lo que se ha dado en llamar multiculturalismo. Que, en sus variadas formas, sostiene que de una manera o de otra todas las culturas y las religiones son igualmente valiosas, por lo que hay que crear simplemente un marco neutro de coexistencia. Eso son los juegos, presididos por reglas formales; o las sociedades mercantiles, regidas por la voluntad de los socios.

Pues bien, ese relativismo cultural, en la práctica, resulta funcional a la homogeneización que el desarraigo de nuestros días potencia. Y sobre el que se sitúan los derechos humanos, reducidos a pretensión individual o colectiva. Es el horizonte del liberalismo, incluida la versión comunitarista. En realidad la discrepancia reside en “una polémica interna a la *Weltanschauung* racionalista de la política, compartida –aunque pueda parecer paradójico– por los liberales norteamericanos contemporáneos y por los “comunitaristas”: “Los liberales, en efecto, tienden a identificar la justicia con el reconocimiento, la garantía a veces es la protección de los solos derechos entendidos modernistamente, esto es como meras pretensiones subjetivas de instaurar el orden que cada uno retiene preferible para sí: una especie de anarquía protegida por el derecho positivo. Es el modo de entender el derecho, en particular el derecho subjetivo, de derivación protestante, reforzado por la Ilustración y la Revolución francesa. Si la justicia consistiese en eso sería ciertamente un obstáculo a la vida de la comunidad, cuyo bien, sin embargo, no puede consistir en cualquier proyecto de vida compartido con el que se identifica por los comunitaristas la ‘vida buena’. El bien, de hecho, sería en este caso un mero *flatus vocis*, una expresión puramente nominalista aunque con efectos fuertemente condicionantes. El bien no puede ser identificarse con cualquier elección u opción aunque fuere colectiva. La historia demuestra

⁶⁰Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 31.

que muchas identidades colectivas han obrado elecciones equivocadas en diversos sectores y a distintos niveles. El bien debe encontrar un fundamento verdadero, no convencional, pues no se basa en la representación colectiva sino que, al contrario, es representación de lo que es y no de lo que se imagina. En otras palabras, exige la justicia como una de sus condiciones y no como un obstáculo. El *comunitarismo*, por ello, se confunde al erigir la contraposición entre la justicia y el bien. Se confunde, no obstante, porque parte de una premisa errada y porque se subordina, aunque oponiéndose, al liberalismo o al neoliberalismo que se propone –y cree– combatir⁶¹.

6. LA DISOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO

Hemos visto en lo anterior cómo la evolución del constitucionalismo apuntaba a su disolución. Esto es, que el neoconstitucionalismo se tornaba posconstitucionalismo. La crisis producida por la pandemia de Coronavirus no ha hecho sino acelerar y desenmascarar el proceso⁶².

¿Qué ha sido del dogma de la separación de poderes sobre el que se basa el constitucionalismo? ¿Qué ha sido del parlamentarismo? Asambleas representativas clausuradas, o casi, disminuidas en sus funciones por lo menos en la mayor parte de los lugares. Sustituidas por “gobiernos” que, mucho allá de ser poderes ejecutivos, pero sin dejar de ser en todo caso simples administradores, actúan con frecuencia fuera del marco constitucional, porque se han visto obligados a hacerlo. ¿Qué ha sido de la autodeterminación personal y sus consecuencias siempre más desarrolladas? De un plumazo la hemos visto reducida a su mínima expresión, salvo en lo que toca a la ideología radical, otro mimbres del plexo dominante en nuestro tiempo⁶³. Así, la situación ha servido para “concienciar” a las poblaciones y, en ocasiones, avanzar prácticas de eutanasia, cuyo proyecto de ley –en España por ejemplo– se depositó en el Congreso pocas semanas antes del estallido de la epidemia, sin que esta detuviera su camino.

Algunas voces han denunciado que estaríamos ante la incoación de un proceso de naturaleza totalitaria. Debería ser cosa sabida, en primer lugar, que la anarquía suele dejar paso a la tiranía y que, en el seno de la

⁶¹Danilo Castellano, “De la comunidad al comunitarismo”, *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), 491-492, y Miguel Ayuso, “Las metamorfosis de la política contemporánea: ¿disolución o reconstitución?”, *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), 513 y ss.

⁶²Miguel Ayuso, “Una crisis que deja al descubierto la crisis: sobre el coronavirus y sus secuelas”, en Lucio Franzese y Antonio Incampo, *Potere e libertà al tempo delle emergenze*, Bari, Cacucci, 2021, 69-82.

⁶³Rudi Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, y Miguel Ayuso (ed.), *La autodeterminación. Problemas jurídicos y políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

política *moderna*, no hay incompatibilidad teórica entre totalitarismo y democracia, como formas de ella⁶⁴. Como, a continuación, que colectivismo e individualismo coexisten desde hace decenios en los regímenes políticos occidentales, y más en general en todo el mundo⁶⁵. También, a continuación, es fácil de entender que ese contexto facilita la toma de algunas medidas como las que hemos visto en este período. Sin embargo, criticar –justamente– el posible exceso o la inconveniencia de una decisión concreta no quita la cuestión de principio: la potestad política no es ajena a la intervención en materia sanitaria cuando se halla en riesgo la salud “pública”⁶⁶. Es cierto que la estatización de la sanidad, bajo la etiqueta de la socialización de la medicina, contra el recto funcionamiento del principio de subsidiariedad⁶⁷, juega negativamente en este punto. Pero solo la ideología liberal niega que la autoridad política pueda legítimamente tomar medidas para atajar una epidemia.

En ese sentido, es conveniente examinar, para distinguir, qué se esconde bajo esa denuncia de intervención totalitaria. Pues en muchos casos podemos encontrar, sobre todo, una aplicación del liberalismo (en su versión estricta o en la conservadora) más que una protesta contra el estatismo. Al margen, en todo caso, de que lo ocurrido haya sido aprovechado para poner en marcha procesos que puedan ser ilegítimos⁶⁸. Otra cosa, claro está, es cómo se ha instrumentado ese deber de los gobiernos de establecer normas sanitarias (como las cuarentenas, etc.). Lo que nos lleva a la oportunidad de las mismas. Puede discutirse el encierro prolongado, sin término definido, además, acompañado de la paralización de buena parte de las actividades económicas, con base científica discutible y quizá decidido de manera no suficientemente meditada. Que ha llevado a algunos a hablar de experimento social dirigido al lanzamiento de un cientismo tecnocrático conectado indudablemente con un propósito tendencialmente (por lo menos) totalitario. Pero es difícil negar, primero, la intensidad infecciosa del virus, y la saturación de los servicios sanitarios de

⁶⁴Miguel Ayuso, *La cabeza de la Gorgona*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001, cap. III.

⁶⁵Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica*, cit., 129: “El colectivismo, conservado incluso por los que se proclaman ‘liberales’, niega hasta la libertad que el liberalismo persiguió. Se ve obligado a agigantar, además, la burocracia que simultáneamente es opresiva y dañosa: opresiva para el ciudadano y dañosa por los tiempos que impone así como por los costes que supone. Se ve obligado también a usar de la política como mero poder, prosiguiendo así el camino emprendido por la modernidad. El colectivismo, finalmente, ha llevado a una heterogénesis de los fines más evidente y grave que la alcanzada por el liberalismo, como demuestra la ‘lectura’ atentamente de la experiencia político-social de nuestro tiempo”.

⁶⁶Danilo Castellano, *Politica. Parole chiave*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, cap. 3 (hay edición castellana, Madrid, Dykinson, 2020).

⁶⁷Felipe Fernández Arqueo [Alberto Ruiz de Galarreta Mocoroa], “La socialización de la medicina”, *Verbo* (Madrid), n. 145-146 (1976), 769-778.

⁶⁸Miguel Ayuso, “Derecho, religión y pandemia. Una nota de urgencia”, *Verbo* (Madrid), n. 585-586 (2020), 389-396.

urgencia que produjo, incluso en países con excelentes sistemas sanitarios. De algún modo los gobiernos reaccionaron tarde y con notoria torpeza, en ocasiones irresponsablemente incluso, sin una orientación claramente definida. En resumen, la función gubernativa se ha visto reforzada, más allá –mucho más allá– de la teoría política del liberalismo, que ha sido superada en la praxis incluso por gobiernos que entienden (erróneamente) encontrar su legitimación en la doctrina y el ordenamiento liberales⁶⁹.

El mundo conservador tampoco ha acertado con frecuencia a divisar la *heterogénesis de los fines* que se estaba produciendo ante sus ojos: “Se han podido leer, en efecto, declaraciones coherentes con las doctrinas liberales, pero alejadas, muy alejadas, de la doctrina clásica del gobierno. Se ha reivindicado, por ejemplo, el primado absoluto de la Constitución incluso contra el derecho natural, reivindicación que manifiesta de por sí la aceptación del positivismo jurídico. Se ha polemizado contra la Revolución francesa, aceptando sus principios simultáneamente y no dándose cuenta de que algunas de las elecciones revolucionarias eran (y son) signo de la imposibilidad de eliminar absolutamente las exigencias del orden natural (aunque se justifiquen mal y se apliquen peor). Se ha hablado de totalitarismo a propósito de las limitaciones impuestas, sin distinguir entre imposición arbitraria e imposición determinada por razones sanitarias. Se ha exaltado al individuo contra la comunidad y, en todo caso, contra los derechos de otros individuos. Se ha llegado a sugerir la ‘desobediencia civil’, no impuesta por el respeto de una ley que está inscrita en el orden de las ‘cosas’, sino como ‘vía’ para el ejercicio de los derechos concebidos como pretensiones. Signo de una confusión difundida y dictada principalmente por una cultura conservadora que lleva fácilmente a confundir el conservadurismo con la tradición. También por ello se hace necesaria una reflexión sobre estos temas que ayude a comprender diferencias sustanciales que no siempre se entienden”⁷⁰.

Estamos, pues, ante una situación que, aunque incoada desde hace decenios, se ha visto intensificada por los acontecimientos de los últimos años. Tanto en la relación de los poderes entre sí cuanto en la operatividad de los derechos se han asentado prácticas que puede resultar difícil revertir. Más aún cuando, como hemos dicho, coronan procesos que ya estaban en acto.

⁶⁹Daniele Mattiussi, “Sobre algunas cuestiones poscoronavirus”, *Verbo* (Madrid), n. 587-588 (2020), 629 y ss.

⁷⁰*Ibid.*

CINCO BROCHAZOS CONSTITUYENTES SANTIAGUESES

*Antonio-Carlos Pereira Menaut**

SUMARIO: Primero. ¿De qué depende el éxito de una Constitución? Segundo: Hagamos una constitución como para nuestro peor enemigo. Tercero: Una Constitución para el desacuerdo fundamental. Cuarto: Una magna carta para un constitucionalismo supranacional. Quinto: Sobre la identidad constitucional, los principios constitucionales y la constitución material en el caso chileno. Conclusión.

¿Puede un profesor extranjero ofrecer una reflexión sobre los asuntos constitucionales chilenos? Espero que en mi caso no resulte demasiado osado y doy las gracias al Prof. Soto Kloss por la hospitalidad editorial que me brinda.

Los brochazos asistemáticos y fragmentarios a que se refiere el título pertenecen al género del ensayo no científico. No forman un cuadro (aparte de que los buenos cuadros no están hechos a brochazos) sino un esbozo y son los que a continuación someto al juicio soberano del lector chileno. Intento llamar la atención sobre varios aspectos prácticos, entre ellos, la identidad constitucional, los principios constitucionales y la constitución material, tres aspectos muy importantes para cualquier constitución siempre que nuestro enfoque no sea demasiado formalista.

PRIMERO. ¿DE QUÉ DEPENDE EL ÉXITO DE UNA CONSTITUCIÓN?

Como todos sabemos, de entre las primeras constituciones del mundo, la norteamericana sigue en vigor y poco reformada mientras que las francesas revolucionarias fueron todas muy efímeras. La española de 1812 debe más fama a la invasión napoleónica que a su propio mérito. A la española republicana de 1931, que llevaba en sí la semilla del conflicto, le salvó su

*Profesor honorario de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor Extraordinario, Universidad Santo Tomás/Santiago de Chile. Miembro del Consejo Científico de *Ius Publicum*.

reputación la sublevación franquista en 1936. El Tratado Constitucional europeo (2005), más largo que el malogrado proyecto chileno de 2022, en vez de subrayar lo que los europeos comparten, imponía las preferencias de sus redactores, una tentación en la que ha caído más de un redactor constituyente. No llegó a entrar en vigor. Una Constitución que no dure un mínimo (Polonia, 1791, España, 1873 y 1931; Weimar 1919 y tantas más), habrá fracasado. ¿Cómo debe ser, pues, una buena Constitución? Ante todo, realista. Las que fracasaron en poco tiempo, no lo eran.

Desde el punto de vista del *constitution making*, al igual que las leyes deben estar bien hechas, deben estarlo también las constituciones. No lo estaba el mal concebido proyecto europeo de 2005. Tampoco el naufragado proyecto chileno. Deben ser cortas; cuanto más detalladas, más perecederas. Si además de larga es una suma de *single issues*, peor. Por otra parte, sabemos que hacer una Constitución, incluso corta y buena, es ponerla en manos del futuro legislador y eso es inevitable, pero cuanta más remisión deliberada a futuras leyes (“la ley regulará...”), menos rigidez constitucional real. Deben ser viables (la de 1812 no lo era) y buscar la máxima aceptación social; cuanta más carga ideológica, peor. Deben tener un núcleo duro (los grandes derechos, la división de poderes, la sumisión del poder al Derecho) y ser flexible en el resto (p. ej., el sistema electoral). No casualmente, muchas constituciones duraderas son anglosajonas o de monarquías nórdicas.

También es importante cómo sea el texto constitucional, pues, aunque la vida de las constituciones no esté solo en los textos y ni el mejor de ellos haga milagros, uno malo hará estropicios. Ejemplos de España: la división de poderes no está garantizada en el texto actual –basta leerlo con lupa–, así que un gobierno con mayoría absoluta tiene muy pocos frenos y puede nombrar o retirar hasta al director del Museo del Prado. Algunos textos constitucionales tienen fallos que los ve un ciego: el anticatólico artículo 26 de la española de 1931, además de antiliberal, sirvió para herir a una gran parte de la población.

Además de cómo sea el texto es importante el contexto. Lo ideal es que la nueva Constitución se instale en una historia, una cultura y una identidad constitucionales ya existentes. Desde ese punto de vista, Chile no está en malas condiciones.

Un factor de la mayor importancia práctica: cómo sean los operadores constitucionales, los legisladores, altos jueces, jefes de partidos, asesores y *think tanks*. Como decíamos, aprobar un texto constitucional no es sino ponerlo en sus manos, por muchas garantías formales contra reformas indeseables o precipitadas; esto no se puede ignorar. La española, aunque apenas reformada formalmente, en su funcionamiento práctico no la reconocería hoy un español de 1978 que hubiera estado en el planeta Marte y regresase de repente. Algún día, también la nueva Constitución que se haga en Chile quedará en manos de legisladores, jueces y demás

agentes, sin olvidar un ejecutivo que, según parece, no va a dejar de ser poderoso. Todos esos agentes constitucionales, con el tiempo y los inevitables cambios de paradigma, podrían terminar leyendo el texto como les parezca, como el Tribunal Constitucional español con los artículos 15 y 32.1 (vida y matrimonio).

Desde el primer momento el redactor constituyente debe tener en cuenta el riesgo de que la nueva constitución, como todas, puede con el tiempo y la mala suerte constitucional llegar a ser una “hoja de papel”, como diría Lassalle.

SEGUNDO: HAGAMOS UNA CONSTITUCIÓN COMO PARA NUESTRO PEOR ENEMIGO

Lamento ser heterodoxo, pero lo que solemos llamar maquiavelismo no es realista por mucho que muchos autores opinen que es inmoral pero realista. Nuestro consejero maquiavélico a la oreja nos dice: “juega sucio y triunfarás; el fin justifica los medios”. Pero no nos dice nada para cuando, jugando sucio y con medios inmorales, no triunfemos, cosa que ocurrirá tarde o temprano; ningún abogado marrullero sueña con ganar el cien por cien de los pleitos. Incluso los que no conceden que el mal comportamiento pueda alguna vez ser vencido por el bueno (y no faltan ejemplos históricos) tienen que conceder que puede ser vencido por algún comportamiento todavía más inmoral y duro. ¿Y qué destino esperará, entonces, al jugador maquiavélico derrotado? Si efectivamente es maquiavélico y realista, no se podrá quejar si el vencedor le paga con la misma moneda; “el que a hierro mata, a hierro muere”. Nada que ver con John Major en las elecciones de 1997: derrotado aparatosamente por Tony Blair, abandonó inmediatamente Downing Street, dejó una botella de champán a su victorioso adversario y se fue a toda prisa a ver un partido de cricket.

Francoamente, por egoísta que uno sea (pero no cortoplacista), ¿no será más práctico a la larga el juego limpio? Ciertamente, si uno va ganando una pelea, los requerimientos del juego limpio le impedirán explotar el éxito al máximo. Pero en esta vida hay que prepararse más para los fracasos que para los éxitos, para las derrotas que para las victorias, para la enfermedad que para la salud, para los accidentes que para los viajes sin problemas. De lo contrario, las aseguradoras no existirían. Aplicado a la vida constitucional, hay que prepararse para triunfar y estar en el gobierno y para ser derrotado y sufrir la oposición; para gobernar con moderación y ser gobernado con dignidad.

Si queremos protegernos para el día de la derrota política –sería ingenuo no hacerlo; todo abogado tiene planes para cuando pierda un pleito– redactemos una Constitución que nos permita vivir derrotados pero ejerciendo nuestros derechos y haciendo oposición aunque el poder lo

ocupe el mismo demonio, y que impida a este invadir los terrenos de los otros poderes y lo sujete con unas mínimas reglas indisponibles para el gobernante del momento, por mayoritario que sea. Esto no es un eco de la kantiana “república de demonios”, que personalmente no deseo a ningún país; es, simplemente que practicar el juego limpio con todos, incluso con los enemigos, incluso con quien no lo merezca, es no solo más honrado sino también más rentable que el maquiavelismo.

El “Acuerdo por Chile” de diciembre de 2022 dispone unas bases muy aceptables; notablemente superiores a las que han tenido la mayoría de los procesos constituyentes, pero como, lógicamente, no entran en el detalle, dejan lugar para una reflexión como la presente. La Constitución que se apruebe entrará en más detalles, pero como las constituciones exitosas acaban siendo como esos edificios reformados y recubiertos de hiedra, lo que proponemos aquí es una actitud—la actitud deportiva y constitucionalista básica— que, creemos, no tiene fecha de caducidad. Debe informar toda actividad humana que implique confrontación, desde una guerra hasta un partido de rugby y por eso los ingleses fueron maestros en el *fair play*.

Durante la transición española a la democracia—un momento político nada perfecto pero mejor que todo lo que vino después— los que llevaban la voz cantante (Adolfo Suárez y su UCD, pero también el PSOE), optaron por un sistema electoral que los favoreciese y perpetuase en el poder, alternándose ambos partidos con la práctica exclusión de los demás partidos del poder. El sistema era y es favorable al partido ganador, algo menos favorable al segundo y muy duro con los pequeños. Cuando en 1982 la UCD perdió estrepitosamente las elecciones y se convirtió en un pequeño partido, el sistema electoral que ella había querido no la hizo pasar del gobierno a la oposición. Al darle 11 diputados (antes tenía 168) la hizo pasar del gobierno a la desaparición.

Estamos ante una actitud que está en la cultura occidental y en el núcleo del constitucionalismo liberal (recordemos *parcere subiectis*, como escribe Virgilio en la *Eneida*: *not to press one's advantage, give everybody a fair chance*, la misma denominación *HM Loyal Opposition* que procede de 1826). Todas las constituciones tienen disposiciones en esa línea, pero “hecha la ley, hecha la trampa”: no todo el mundo jurídico consiste en leyes de cumplimiento seguro, y el mundo jurídico-constitucional, menos. En el campo de las normas constitucionales positivas, aunque todas las constituciones proclaman la división de poderes y la alternancia en el poder, ya veíamos que la española no la garantiza suficientemente; la europea, menos, y en algunos presidencialismos los presidentes tienen poderes como para reformar la Constitución casi por sí mismos.

TERCERO: UNA CONSTITUCIÓN PARA EL DESACUERDO FUNDAMENTAL

A primera vista puede resultar extraño y hasta agorero plantear que una Constitución esté pensada para el desacuerdo profundo cuando en Chile se acaba de aprobar un “Acuerdo por Chile” que no lo hubo en España en 1978, ni –menos aún– en Portugal en 1976, ni en la mayoría de los países que han redactado constituciones recientemente. La explicación es sencilla: ese muy estimable “Acuerdo” es de naturaleza jurídica y política; el *agreement on fundamentals* es de naturaleza cultural, ética y social. Veamos.

Dicho “Acuerdo por Chile” no es perfecto, pero tampoco lo era el *We hold these truths to be self-evident...* de 1776. Con la perspectiva de quien lo ve desde fuera es un ejemplo casi de libro de acuerdo procedimental y fundamental, que envidiará más de un país que se vea en una situación semejante. Cabe hacerle objeciones en ambos terrenos, el procedimental y el fundamental, pero en una valoración de conjunto, como necesariamente son las de este género, suministra una base sobre la que se podría edificar una satisfactoria Constitución razonablemente democrático-liberal-social para el siglo XXI. Pero, como es lógico, no puede remediar el problema del desacuerdo profundo en materia social, ética y cultural. Llega solo hasta donde llega (y no es poco). La razón de fondo es que el Derecho, la política y la Constitución llegan hasta donde llegan. Pueden ayudar al acuerdo fundamental, pueden fomentarlo, pero no pueden sustituirlo ni crearlo *ex novo* allí donde no lo hay. Para bien o para mal, a nadie se le oculta que la sociedad chilena, hoy, no es la de hace unos decenios.

Chesterton en 1905 alertó de que algún día se desenvainarían las espadas para probar que las hojas son verdes. Bernard Crick, ilustre socialista, decía en los años 80 que el acuerdo fundamental sobra, pues ¿qué va a decir: que un hombre es un hombre y una rosa es una rosa? Pasaron los años y Sir Bernard se equivocó: aquellas obviedades desgarran hoy las sociedades, cualquiera que sea su Constitución. No sé si la sociedad chilena está tan desgarrada como otras occidentales –posiblemente, no tanto–, pero los tiempos del antiguo *agreement on fundamentals* parecen haber pasado.

La destrucción del acuerdo fundamental, ahora aparatosamente precipitada pero con viejas raíces, ha sido –reconozcámoslo– lamentable. No trajo libertad y pluralismo sino más poder, pensamiento único, legisladores insensatos, jueces desatados, delirio de reescribir las sociedades como páginas en blanco... El radical desacuerdo que explotó en 2019-2021 golpeó duramente a las democracias viejas, como Inglaterra y Estados Unidos, porque presuponían mucho acuerdo fundamental; y no digamos a las jóvenes. En nuestras “tierras baldías” (Eliot) hasta *the ties that bind*, hasta las instituciones más básicas –el médico, el maes-

tro— han sido erosionados. Perder la base común occidental ha sido un pésimo negocio; ahí están los hechos. Destruída la visión social compartida que tantos siglos tardó en formarse, a corto plazo será imposible sustituirla. El *agreement on fundamentals* es como el folklore: ninguna ley ni Constitución puede crearlo pero todas pueden erosionarlo. Chile es (o era) el país hispanoparlante con más acuerdo fundamental y el haber llegado al “Acuerdo por Chile” es una sabia medida conforme con esa tradición. España perdió su acuerdo fundamental hace 200 años y aún no generó otro. Al hacer la Constitución actual (1978) se alcanzaron estimables acuerdos pero lógicamente no iban al fondo ético-social. Además, el pluralismo consagrado en nuestro artículo 1.1, una vez descarrilado, resultó negativo. La realidad de hoy en España es que todo el sistema político está desprestigiado y la Constitución nunca significó menos. Al mismo tiempo nos estamos quedando sin sociedad. Por algo las grandes guerras de los últimos decenios son culturales y antropológicas, más que económicas y políticas. Antes se atacaba una línea política acusándola de clasista; hoy se le ataca por homófoba o machista.

¿Qué haremos, entonces, desde el Derecho Constitucional? La solución más modesta es también la más realista: haremos lo que podamos. Hace decenios, a falta de acuerdo fundamental muchos autores sugirieron confiar en las leyes, en las constituciones y —para garantizarles contenido material— en los valores constitucionales. Y en realidad hemos puesto nuestra confianza en los intérpretes y los señores de las leyes, las constituciones y los valores.

Descartada esa solución, tratemos de redactar una Constitución que pueda desenvolverse en una sociedad con escaso acuerdo fundamental. Lo más prudente es que sea breve y clara y que evite los detalles excesivos así como todo lo que pueda resultar divisivo y perecedero. Que se centre en el núcleo duro del constitucionalismo y en los rasgos más indiscutibles de la identidad constitucional chilena y deje el resto a los legisladores, políticos y jueces (nos guste o no, ellos van a ser quienes tengan la vida real de la Constitución en sus manos). Otra medida prudencial no reñida con el “Acuerdo por Chile” sería evitar la excesiva concentración de poder en ninguna persona ni institución; habría que evitar que la Constitución pueda ser reformada por una sola persona o institución. En la misma línea, deberían evitarse los monopolios. Algo de esto ya sucede en Chile: existe una Corte Suprema y un Tribunal Constitucional, ninguno de los cuales es propiamente el superior jerárquico del otro y el segundo no monopoliza la protección de los derechos constitucionales. Otra sugerencia sería dotar a algunas instituciones de capacidad de veto aunque no de gobierno ni de gasto, según el espíritu de la Constitución norteamericana. Tal vez ello pudiera dar lugar a algún bloqueo, lo que va contra la eficiencia, pero las constituciones son para la democracia y no para la eficacia; en muchos países tenemos cada vez más eficacia y control y cada vez menos

democracia y libertad. Debe haber instituciones públicas respetadas y escuchadas pero que no actúen: que reflexionen, discutan y aconsejen pero no decidan. Esto se ve claro en la vida reciente de las instituciones internacionales: hoy han perdido su antigua respetabilidad y *auctoritas* porque cuando descubrieron que tenían poder se volvieron activistas y parciales, pasando a ser un actor más en las luchas de poder. ¿Quién considera hoy que la OMS, la UNESCO, la Unión Europea o la ONU están altruísticamente situadas más allá del bien y del mal?

No ignoramos que últimamente en Chile bastante gente ve la Constitución no solo como un freno al poder sino como una oportunidad de afirmar sus identidades y conseguir más derechos –algunos de carácter muy personal–, incluso frente a otras personas y grupos sociales, aunque eso apodere al Estado y enfrente a los ciudadanos entre ellos. Sin embargo, una Constitución de consenso debe limitarse a las relaciones verticales entre la gente y el poder y no decir nada, o poco, sobre las relaciones interpersonales, las identidades y los terrenos de las decisiones estrictamente personales. El terreno del derecho constitucional es lo público. Según algunos planteamientos actuales la gran batalla constitucional es una cuestión de relaciones horizontales entre una persona y otra, entre el padre y el hijo, entre los que van a un baño o al otro. Aparte del juicio moral, esa discusión no frena al poder sino que le da fuerza para intervenir en favor de los que se consideran ofendidos (y hoy hay muchos ofendidos permanentes). Así sucede en el caso de los niños: ahora, es como si los niños dependieran directamente del juez y el gobierno y menos de sus padres, a los que pueden enfrentarse con toda facilidad. Se produce, entonces, un fenómeno que se acentuó en España con el Covid: que los ciudadanos nos distanciamos entre nosotros. El entramado social más o menos espontáneo que articula una sociedad se debilita. En cambio, crecen nuestras relaciones con el gobierno, las cuales –no nos engañemos– tenderán a ser de dependencia y sumisión, especialmente si se siente legitimado por una parte de la sociedad que quiere imponerse a otra. Un constitucionalismo cuyo efecto, buscado o no, fuera debilitar a la sociedad, no tiene sentido, especialmente si, como estamos diciendo, nos preocupa el acuerdo social. A base de múltiples expresividades individuales en cuestiones identitarias, sexuales y similares nunca se construirá una *polis* sólida. Por su propia lógica los derechos pueden dividir y separar y por eso los oponemos al poder pero la lógica que debe inspirar nuestras relaciones con la familia, los vecinos o los amigos, no es esa.

El acuerdo procedimental siempre implica un mínimo acuerdo sustancial y por lo que se ve, en Chile aún no está muerto (a diferencia de otros países) aunque su sociedad hoy muestre fracturas y desgarramientos que antes no tenía. Comencemos por tomar en serio –esto es, deportivamente– el acuerdo procedimental y fundamental del 12 de diciembre, como

un campo de juego y unas reglas, y con el tiempo iremos generando más acuerdo fundamental.

CUARTO: UNA MAGNA CARTA PARA UN CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL

La Constitución que se redacte en Chile en 2023 tendrá que nadar en las aguas de un mundo constitucional considerablemente internacionalizado.

Cierto que tras unos decenios de globalización progresiva y poco discutida, podría ahora darse una marcha atrás también en el mundo del Derecho, pues la globalización parece haber pasado su cenit. Pero, sea ello como sea, es improbable que los Estados se conviertan en entidades totalmente autárquicas, pues ya no lo eran antes del frenesí globalizador de esos tres últimos decenios.

Hablando en general, pocas son hoy las organizaciones internacionales realmente comprometidas con la libertad y la participación de la gente ni respetuosas con la soberanía de los Estados miembros. Aunque hay mucha diferencia entre unas y otras, en general son contrarias al estatismo, al que dicen superar, pero en la realidad de su funcionamiento tienden a reproducir rasgos de los Estados como la concepción piramidal, la verticalidad, la jerarquía, el monopolio y la competencia sobre las competencias. Es frecuente que más que representar a todos sus Estados miembros, protegiendo a los más débiles del excesivo poder de los más grandes, se aplican a gobernarlos a todos según las directrices de las elites mundiales, de las cuales forman parte los altos funcionarios internacionales. Esto es particularmente visible en los comités de la ONU, para no mencionar otras instancias, oficiales o no, como el Foro Económico Mundial.

Mi impresión personal, quizá equivocada, es que en las actuales discusiones constitucionales chilenas, en cuanto a las relaciones con el nivel supranacional –la CIDH, por ejemplo– hasta ahora no parece haber habido muchas novedades ni grandes discusiones y tomas de postura que hayan atraído mucho la opinión pública. El “Acuerdo por Chile”, en su base número 3, sobriamente dice: “La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes...”. La Constitución que se redacte debería, probablemente, añadir alguna precaución más ante posibles modificaciones constitucionales indebidas procedentes de instancias supranacionales, como hace la Constitución alemana (arts. 1, 20, 23.1, 79.3; sentencias *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993), *Lisboa*, 2009).

Pero antes de continuar mostremos nuestras cartas en este tema. Escribo desde España, abierta a todo lo global y gozosamente inmersa en una integración continental; tan inmersa que ya casi es “un protectorado alemán

loco por hablar inglés". Por tanto, seguramente tengo la correspondiente cuota de deformación pero espero que ello no invalide el fondo de los puntos que vienen a continuación.

- 1º El poder abusa. Cuanto más global, mayor será la dimensión del abuso. Cualquier probo funcionario internacional de hoy puede hacer más daño que cincuenta Herodes juntos; basta que yerre con buena intención.
- 2º. Cuanto menos se someta el poder a un Derecho exterior, superior o anterior a él, menos *rule of law* (imperio del Derecho) habrá. Cuanto más elevada esté la instancia de poder, menos controlable resultará, como los altos tribunales internacionales: sin nada sobre ellos por arriba y sin legitimación democrática por abajo.
- 3º. Cuanto más piramidal la estructura de poder o, como en este caso, de jurisdicción internacional, y cuanto más verticales las relaciones, peor.
- 4º. Cuanto más general su competencia (caso extremo: competencia sobre las competencias, como pretende la Corte Interamericana de Derechos Humanos), peor. Dicha Corte parece considerarse legitimada para ir expandiendo sus competencias sin previa reforma de las constituciones nacionales ni del instrumento internacional que le da vida (notemos que no es el único ente supranacional que hace así).
- 5º. La modificación de una Constitución compete solo al pueblo de ese Estado o a los órganos constitucionales que proceda. Aunque ninguna organización internacional reforma formalmente las constituciones nacionales, a efectos prácticos el mayor agente de mutaciones constitucionales en España, con notable diferencia, es la Unión Europea. Chile tiene la experiencia de haber tenido que reformar su Constitución por una decisión judicial en el asunto de una película famosa (en mi modesta opinión, debería haberse negado, pero eso es agua pasada). El control de convencionalidad, especialmente a medida que va haciéndose más ambicioso, implica una mutación de la Constitución nacional. Los defensores de ese control lo conciben como perfeccionar y dotar de un contenido material (los derechos fundamentales) al estado de Derecho nacional; como si no hubiera un salto cualitativo. Dan un escalón más a la pirámide normativa y jurisdiccional como si fuera tan inocente como dar un piso más a un edificio: así como existe control de la legalidad de la acción administrativa y control de la constitucionalidad de las leyes, de ahora en adelante existirá control de la convencionalidad, como lo más natural. Ignoran que, en los escalones de la susodicha pirámide, de la Constitución para arriba no hay *demos*, *polis*, Constitución ni ordenamiento jurídico autoconsistente. En estos temas hay notables diferencias entre la integración europea y las demás pero ahora no podemos pararnos a estudiarlas.

Si lo anterior es correcto, la decisión de entregar a los organismos supranacionales mucha, ninguna o poca soberanía compete exclusivamente a los chilenos. En el siglo XXI toda nueva Constitución debería dejarlo claro: “Nosotros, el pueblo”, entregamos esto o lo otro. Solamente el pueblo puede decidirlo. O, visto desde la otra cara de la moneda: los Estados no son provincias o demarcaciones de una supuesta *polis* europea o americana ni de una *civitas mundi*. Dejemos ahora que si tal cosa existiese nunca sería democrática. No son productos de la descentralización de una instancia gubernativa o judicial mundial ni continental.

Si cada vez se concentrase la decisión más arriba solo quedaría un nivel judicial autoconsistente: el que decida en última instancia. Los académicos y jueces supranacionales que consideran a los jueces nacionales como las manos y los pies, o los meros ejecutores, de Estrasburgo o de San José, terminarían por reducir el paisaje a un solo nivel sustancial de jurisdicción, el más alto; el resto, escalones de una pirámide con mayor o menor papel, según los casos, las ramas del Derecho y los países. Pero la realidad es que los jueces nacionales no se deben a los tratados internacionales firmados por los gobiernos sino a la Constitución y las leyes orgánicas a las que deben su existencia, sus funciones y hasta su salario. Así, la Unión Europea tiene sus propios jueces que harán bien en preferir el Derecho europeo al nacional pero el juez nacional solo debe hacerlo así si en su Constitución (no en un tratado, que nunca son sometidos al pueblo) hay una inequívoca y deliberada entrega de competencia en esa materia. Hoy, como siempre, para impedir la acumulación de poder necesitamos “frenos y contrapesos”, no correas de transmisión. El juez nacional no es una derivación, correa de transmisión ni tentáculo del CEDH o la CIDH; es una creación de la Constitución, de la historia y de la legislación nacionales.

Al amparo de una Constitución se aprobarán luego diversos tratados, ordinariamente poco democráticos y carentes de legitimidad para reformar las constituciones nacionales. Incluso en el supuesto más internacionalista, el juez nacional solo estará obligado por el tratado mientras no vaya contra su Constitución, que es la norma originaria, y *rebus sic stantibus*, esto es, como se entendió al firmarse. Así como el criterio de interpretación de una convención por el juez convencional ha de ser el consagrado en la misma, el criterio de interpretación último de un tratado por un juez nacional debe ser el suministrado por su ordenamiento jurídico, no por el tratado, y menos por lo que con el tiempo decida autónomamente un *treaty interpreter* que no ha sido elegido por nadie ni responde ante nadie.

La Constitución de la Unión Europea (que existe y es real aunque *sui generis*) o la incipiente cuasiconstitucionalidad convencional latinoamericana son superiores a las constituciones nacionales solo en un sentido literal, casi físico: están más altas en la escala de niveles. Por lo demás, están por debajo: la constitucionalidad nacional es la anterior y

la supranacional la posterior; la internacional no es la originaria sino la derivada, no es la fundante sino la fundada; no es la más democrática sino la más elitista, no es la más legítima sino la menos y no es la competente universalmente sino la especializada.

QUINTO: SOBRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL, LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EN EL CASO CHILENO

Detengámonos brevemente en la identidad constitucional, los principios constitucionales y la Constitución material.

1. Los países con constituciones más que “semánticas” (en el sentido de Loewenstein), mínimamente duraderas y mínimamente vivas (vivas en la jurisprudencia y la legislación) desarrollan una manera de ser desde el punto de vista constitucional, una identidad constitucional. También pueden desarrollarla aunque las constituciones cambien, siempre que las grandes instituciones y los grandes principios cambien poco en la historia, como es el caso de la Constitución histórica chilena, que indudablemente existe y es bien visible. No se trata de un concepto realmente autónomo sino de un aspecto de la identidad nacional, discernible desde que hay naciones sobre la faz de la tierra y ahora reconocida por el famoso artículo 2 del TUE (Tratado de la Unión Europea). Entre nosotros, se debe sobre todo a la jurisprudencia constitucional alemana en sus esfuerzos por reconducir los avances de la integración europea y casarla con los aspectos intocables de la Ley Fundamental germana (sentencia de Lisboa, 2009; preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, párr. tercero). Huelga decir que Inglaterra y Estados Unidos tienen claras y viejas identidades constitucionales, pero también la tiene Alemania aunque su *curriculum vitae* constitucional antes de 1949 no sea muy edificante. España no la tiene, o no muy fuerte, aunque desde 1812 puedan discernirse algunos rasgos. Ni la forma de gobierno ni la de Estado son antiguas ni pueden sentirse pacíficamente consolidadas; ninguna institución, incluyendo la monarquía, tiene gran prestigio ni parece tener una solidez a prueba de terremotos; el Tribunal Supremo demanda menos respeto, quizá, que nunca en su existencia, y el constitucional, creado por la actual Constitución, tiene notablemente menos prestigio que, pongamos, en los años 1990.

Partiendo de la obviedad de que Chile tiene identidad constitucional en camino a los dos siglos, el espacio disponible aquí nos impide desgranar sus diversos aspectos aunque algunos son muy claros (republicanismo, presidencialismo, Estado unitario excepto las efímeras Leyes Federales de 1826). Me remito a la edición histórica de la Constitución Política de la

República publicada por Arancibia en 2020, en la que se comprueba lo poco que ha cambiado el constitucionalismo chileno desde 1833 hasta hoy y se rastrea el origen y trazabilidad de las disposiciones constitucionales importantes. Huelga señalar que el poder constituyente chileno, como todos los poderes constituyentes, es libre de apartarse, si lo desea, de su propia identidad constitucional pero sería poco sensato desprenderse de tal patrimonio histórico. Por el momento, la lectura de las bases contenidas en el “Acuerdo por Chile” permite esperar que tal cosa no suceda.

2. Es innecesario decir que la identidad constitucional está emparentada con los núcleos duros (límites “inmanentes” a las posibles reformas, diría Loewenstein) que toda Constitución tiene, incluyendo las que no los proclaman. También tiene relación con los principios constitucionales. De estos, algunos se destilarán, en todo o en parte, de toda esa continuidad histórica mientras que otros habrán sido generados recientemente. Que una Constitución nueva enumere formalmente unos principios constitucionales está bien pero no es esencial. Está bien que enumere aquellos que son generalmente aceptados y observados y si lo desea puede proclamar algunos nuevos, pero, siendo los principios como son (no son leyes ni sentencias judiciales) esa proclamación no les garantiza la observancia, ni siquiera garantiza que efectivamente “informen” (arts. 52.3 de la Constitución española y 52.5 de la mencionada Carta Europea) las tareas de legisladores y jueces. Así, los principios del artículo 9.3 de la Constitución española son principios generales muy reconocidos. Enumerados o no, los principios constitucionales más importantes son los que una magna carta va generando con vida constitucional real y desde este punto de vista Chile ya parte de una buena base.

Aunque los principios son más claros que los valores debe tenerse en cuenta que hay varias maneras de entenderlos. Unos, los de tradición romanística, son *regulae iuris*, breves aforismos que desbloquean un nudo jurídico ayudando al intérprete a decidir. Otros, en cambio, son guías para la acción política (principio de subsidiariedad, principios rectores de la política social y económica, arts. 39-52 de la Constitución española) y otros, en fin, son criterios de organización política e institucional, a los que parecen ser particularmente dados los alemanes (principio de estado de derecho, principio de canciller). Lo importante es notar que la nueva Constitución chilena se instalará sobre un lecho de principios constitucionales ya existentes, lo que no sucede cuando se hace una Constitución para un país con un constitucionalismo solo “semántico” o, peor, con una dictadura. El constituyente español no trabajó sobre unos principios específicamente constitucionales porque antes no había Constitución (sí se encontró con un buen *corpus* de principios generales, incluyendo algunos de derecho administrativo).

3. Respecto de la Constitución material, llamamos así al gran conjunto informal y desestructurado de leyes y sentencias que tratan de asuntos que son constitucionales *ratione materiae*. No por casualidad, esto nos acerca al tipo de Constitución inglesa. En el caso español, el más conocido para este firmante, el conjunto de la constitucionalidad material española sería una masa asistemática de normas y sentencias, dispuestas sin un plan, como en una serie de círculos irregulares y excéntricos comparables a una mancha de aceite en un papel absorbente. La “densidad” constitucional es desigualmente decreciente, como el aceite en el papel, hasta incluso desaparecer en algunas partes de esos textos. En el círculo central estaría la Constitución y en los sucesivos estarían los principales estatutos de autonomía, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en parte), la del poder judicial (en parte), la legislación electoral, otras normas sobre derechos, las grandes leyes administrativas y procesales en lo que tienen de constitucional, otros –no pocos– textos jurídicos diversos imposibles de detallar ahora y, penetrándolo todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en menor medida, del Supremo. Todo ese desigual paquete de normas y jurisprudencia informalmente constitucionales –aunque no todos constitucionales en toda su extensión ni igual de constitucionales en su intensidad– formaría la Constitución material española. La desigualdad en intensidad implica que –por así decirlo– no todas las partes de la Constitución material son igualmente constitucionales, fenómeno nada raro que sucede incluso en toda Constitución formal que no sea extraordinariamente breve (hasta en la norteamericana).

Al aprobarse la Constitución chilena de 2023 la que va a ser cambiado es el círculo más central pero seguramente no el resto, o no todo el resto de golpe (habrá que estar a la cláusula derogatoria de la nueva magna carta). Bien mirado, es muy bueno que la nueva Constitución no tenga que partir de cero, a diferencia de las constituciones portuguesa y española. En España había un considerable acervo de Derecho público no constitucional, un Estado de justicia administrativa y una administración pública más que razonable y engrasada pero no existía esa masa de constitucionalidad material que suaviza las transiciones políticas y garantiza un mínimo de continuidad inicial, a menos que el nuevo círculo central se proponga acabar con los círculos concéntricos, lo que, vistas las bases del “Acuerdo por Chile”, parece improbable.

CONCLUSIÓN

Solo nos queda desear al poder constituyente chileno un buen proceso de *constitution making*, como los *Framers* americanos, así como suerte y sentido común político, como Locke, Reid o Burke. Deseamos más sentido común que suerte porque en el mundo real en que vivimos difícilmente

podría tener más: Chile ya parte de unas bases históricas e institucionales que no tuvieron la suerte de tener quienes hicieron las constituciones italiana (1947), alemana (1949), portuguesa, española y otras.

Visto que Chile está en una razonable posición en los diversos apartados que hemos revisado, la pregunta brota inmediatamente: ¿será realmente necesario dotarse de una nueva magna carta? Pero eso es una cuestión política que ha sido decidida por la *potestas* chilena y no compete a la *auctoritas*, particularmente, si procede de *terra aliena*.

LOS DEBERES LEGALES DE DERECHO PÚBLICO: NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS

*Jaime Arancibia Mattar**

SUMARIO: I. Introducción. II. Noción. III. Características. IV. Distinciones básicas. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Llama la atención, valga la redundancia, la escasa atención prestada por la doctrina iuspublicista a los deberes *ex lege* como tales, como si se tratara de una ciencia arcana o propia del derecho civil. El derecho público se construye, en gran medida, sobre la base de deberes avaluables patrimonialmente, tanto o más que el derecho civil, solo que las prestaciones son de origen legal, unilateral, destinadas a satisfacer el interés de un acreedor público o privado por razones de bien común.

En perspectiva histórica, la dificultad de asociar la idea de “obligación” con la de “ley” trasciende el plano de los deberes legales de derecho público y forma parte del arduo camino del legislador para ser reconocido como fuente de deberes. Según Betti, esto se debe a que la idea misma de obligación fue concebida en Roma como efecto jurídico de una conducta voluntaria y lícita, lo que produjo una suerte de sesgo o supresión mental que impedía identificar fuentes basadas en conductas ilícitas o en imposiciones de terceros¹. Esto explica, además, que la ley solo fue considerada como fuente de las obligaciones al final del período clásico.

Una segunda dificultad, más dogmática, tiene que ver con la consideración de la ley como fuente última de toda obligación, que relativiza el posicionamiento autónomo de las obligaciones puramente legales (*ex lege stricto sensu*).

A lo anterior se suma el sólido posicionamiento o robustez teórica del contrato como fuente eminente de deberes jurídicos preexistentes, al punto que la institución de la responsabilidad patrimonial es clasificada

*Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes.

¹Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Fonti e vicende dell' obbligazione, Milán, 1954, 41.

únicamente en torno a él: contractual, cuasicontractual y extracontractual. Este influjo contractualista no solo impide complementar aquella clasificación con las nociones de responsabilidad legal y extralegal, sino que lleva calificar de “contractuales” las obligaciones de naturaleza exclusivamente legal, como aquellas de los contratistas administrativos o la de los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo.

De esta forma, varios de los problemas e incertidumbres que enfrenta la dogmática del derecho público obedecen al descuido de la naturaleza patrimonial y legal de los deberes entre el Estado y los particulares. Esto ha llevado, por ejemplo, a la “extracontractualización”, “contractualización” y “punitivización” de la relación jurídica pública, que desvirtúan el régimen jurídico aplicable.

Este trabajo tiene por finalidad contribuir al conocimiento de la noción, características y principales distinciones en materia de deberes legales de derecho público. Para tal efecto, este texto estará dividido en tres secciones. La primera abordará una noción básica de deber legal. La segunda procurará identificar sus principales características, entre las que destacan su unilateralidad, posicionalidad, patrimonialidad y legalidad. La sección tercera abordará algunas distinciones entre las especies de deberes legales, y entre estas con otras figuras de apariencia similar.

II. NOCIÓN

Los deberes legales o *ex lege* consisten en un dar, hacer, no hacer o tolerar impuesto por ley a un sujeto de derecho por razones de bien común relativas a la satisfacción concreta de un derecho privado o de un interés público determinado. Pueden ser de derecho público o privado. Los primeros consisten en gravámenes impuestos a la comunidad, representada por el Estado, en beneficio de uno de sus integrantes o viceversa, y los segundos se refieren a deberes impuestos a un particular en beneficio de otro particular.

Una primera noción de deber legal, en particular, de la especie obligacional, aparece en el *Digesto*. Específicamente, Paulo sostuvo que “[s]i por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley”². Además, Modestino señaló que “[n]os obligamos por la ley, cuando atemperándonos a las leyes hacemos algo según el precepto de la ley, o al contrario”³.

²Paulo, *Digesto*, Libro 13, Título 2, 1, en *Cuerpo de Derecho Civil Romano* (Ildefonso García del Corral, traductor), Barcelona, Krieger, Hermann y Osenbrüggen editores, 1897, tomo I, 516.

³Modestino, *Digesto*, Libro 14, Título 7, 52, 5. *Ibid.*, 726.

Sin embargo, a juzgar por los comentarios de los romanistas, estas referencias no correspondían a obligaciones legales puras o propiamente tales, objeto de este estudio, sino a aquellas de fuente diversa (v.gr. contractual, cuasicontractual o aquiliana), simplemente reconocidas o recopiladas en la ley para efectos de igualdad o certeza jurídica⁴. Según Giuffrè⁵, esta sería la razón por la que Justiniano definió la obligación en términos generales como “un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad (*secundum nostrae civitatis iura*)”⁶.

El reconocimiento de la ley como fuente *ex nihilo* de una obligación legal parece consolidarse más bien en el derecho continental moderno, fruto del fenómeno codificador. Es así como el Código de Napoleón se refiere a “ciertos compromisos que se forman sin que intervenga alguna convención... resultan de la sola autoridad de la ley”⁷. Asimismo, el jurista Jean Dominique Tarrible señaló en su discurso pronunciado ante el Tribunado redactor del Código, que “la autoridad de la ley no puede ser contrariada por aquellos a los que se dirige su mandato; así se someten, incluso en contra de su voluntad, a las obligaciones que se forman por su sola influencia”⁸. Entre los ejemplos mencionados por Tarrible, están los deberes legales de vecindad.

El Código Civil chileno, por su parte, se refiere a las obligaciones legales, particularmente, en los siguientes preceptos: en cuanto a su definición, declara que son aquellas que nacen “por disposición de la ley” (art. 1437), “se expresan en ella [ley]”, y “se contraen sin convención” (art. 2284). En lo que respecta a su contenido, el Código establece que son aquellos “derechos personales o créditos que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por ... la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas” (art. 578).

III. CARACTERÍSTICAS

En cuanto a sus características esenciales, estos deberes son unilaterales, posicionales, patrimoniales y legales.

⁴Betti, *ob. cit.*, pp. 42 y 47. Ver también, Giuffrè, Vincenzo, *Le obbligazioni tra volontaria assunzione ed imposizione 'ex lege' Cunabula iuris*, Editorial Grifo (Cavallina), 2018, 29-35.

⁵Giuffrè, *ob. cit.*, p. 51.

⁶Justiniano, *Instituta*, Libro III, Título XIII (XIV), párrafo 1, *ibid.*, 101.

⁷Art. 1370 del Código de Napoleón de 1804. La traducción es nuestra.

⁸Rapporté in Code civil des Français, t. 5, à Paris chez F. Didot, lib. 1804, 268. La traducción es nuestra.

1. UNILATERALIDAD

Los deberes legales son unilaterales porque son impuestos a un sujeto de derecho sin necesidad de contar con su consentimiento. El fundamento de la unilateralidad o heteronomía del deber es la necesidad estatal de asegurar que la participación o contribución de cada persona en el bien común sea, al menos, justa. Por tanto, la unilateralidad surge del carácter vertical de la relación jurídica pública en cuanto a la preeminencia del bien común por sobre el interés privado o público⁹.

La unilateralidad del deber legal opera incluso en el caso de relaciones jurídicas estatales que exigen la aceptación del obligado. Esta aceptación solo constituye una condición de eficacia de una relación jurídica que ha nacido de modo unilateral mediante un acto administrativo de nombramiento o adjudicación del que derivan obligaciones estatutarias unilaterales¹⁰.

El carácter unilateral del deber determina su sometimiento a la justicia distributiva y a sus principios de legalidad, esencia de los derechos, certeza, igualdad, debido proceso y proporcionalidad, entre otros. En este sentido, la obligación legal puede ser *iuxta, praeter o contra ius publicum* o *ius privatum*, con las consecuencias de obligatoriedad o invalidez que ello conlleva.

2. POSICIONALIDAD

Puesto que contiene una imposición unilateral, a diferencia de las obligaciones que surgen de una convención o del hecho voluntario del sujeto, la obligación legal es “posicional” o “situacional”, esto es, exigible “por” y “a” todo sujeto que se haya puesto en “posición”, “situación”, “calidad” o “estado” de ser alcanzado por la norma, con prescindencia de su naturaleza –estatal o privada– o voluntariedad¹¹.

En este sentido, la norma legal es de naturaleza *constitutiva*, pues produce una alteración en la situación jurídica del sujeto mediante el ingreso de un débito de dar, hacer, no hacer o tolerar.

⁹Arancibia Mattar, Jaime, “La relación jurídica pública: íter conceptual, atributos y criterios”, en *El derecho administrativo y la protección de las personas*, Soto Kloss, Eduardo, ed., Ediciones UC, 2017, 11.

¹⁰Arancibia Mattar, Jaime, “Naturaleza y justicia de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, julio-diciembre, 2019, 27-53.

¹¹Del Guayo Castiella, Iñigo, *Regulación*, Marcial Pons, 2017, 73: “Las empresas o individuos cuya actividad está regulada, quedan en una determinada *situación* regulatoria. Se trata de una *situación* porque viene determinada por el imperio de la norma pública. No tiene su origen en la autonomía de la voluntad, en cuyo caso sería una *relación* regulatoria: el Derecho privado es un derecho de relaciones y el Derecho público es un derecho de situaciones”.

La *mutabilidad* del deudor o del acreedor en algunas relaciones jurídicas públicas, debido a la posición contingente de un sujeto respecto de la situación o acción que da origen a un deber, no altera la naturaleza obligacional de la prestación porque el sujeto activo o pasivo de la misma continúa siendo determinado. Como explica Giorgianni, en este tipo de obligaciones, conocidas también como *ambulatorias* o de *sucesión* de posición activa o pasiva, “el sujeto es rigurosamente determinado en base a los elementos que la ley establece para su individuación... siendo hecha la individuación de este *per relationem*”¹².

La persona del deudor o del acreedor podría ser incluso desconocida para su contraparte y ser todavía determinada para efectos obligacionales¹³. Ahora bien, puede ser que, “en un momento singular de la vida de la relación, falte la individuación del sujeto porque ninguno se encuentre en la posición requerida... pero en tal caso, más que estar indeterminado, falta totalmente, y la obligación por ello desaparece o, mejor dicho, se encuentra en una situación que podría calificarse de ‘reposo’ (*quiescenza*)”¹⁴.

Pensamos que este elemento de posicionalidad, identificado con precisión por Giordanni, permite desvirtuar con mayor claridad la tesis de que las leyes no imponen deberes legales a los ciudadanos, sino que solo a los órganos sancionadores del Estado, impulsada por autores como Binder¹⁵ en el siglo pasado. Si bien esta había sido criticada porque no es posible sancionar un hecho no debido, lo cierto es que el carácter abstracto de la norma, que hacía improbable su imperatividad a un sujeto concreto, desaparece con su aplicación en términos posicionales. En este sentido, Giorgianni sostiene también que incluso “los deberes más generales y más genéricos, aún dirigiéndose a una categoría indeterminada de sujetos, se deben considerar dirigidos a cada uno de estos y precisamente a todos aquellos que vendrán a encontrarse en la situación prevista por la norma que impone el deber”¹⁶.

3. PATRIMONIALIDAD

La prestación de los deberes legales de derecho público es evaluable patrimonialmente. Pese a que su fuente no es contractual, estos deberes se rigen igualmente por el *ius obligationis* o, si se quiere, por la normativa de las obligaciones establecida en el Libro Cuarto del Código Civil, que por esta razón ha sido intitulado “De las obligaciones en general...”. De hecho, esta generalidad y unidad del instituto jurídico obligacional ha

¹²Giorgianni, Michele, *La obligación*, Biblioteca de Derecho Privado, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018, 55 y 56.

¹³*Ibid.*, 39.

¹⁴*Ibid.*, 36 a 37.

¹⁵Binder, J., *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1912, 45.

¹⁶Giorgianni, *ob. cit.*, 45.

llevado a codificaciones más modernas, como la alemana y la suiza, a desistirse de enumerar las fuentes de las obligaciones¹⁷.

En este sentido, las causas contencioso-administrativas, referidas al incumplimiento de deberes legales de derecho público, son “civiles” no solo en oposición a “criminales”, sino también porque la infracción es evaluable patrimonialmente. De ahí que se entienden comprendidas en la expresión “causas civiles” a las que alude el artículo 76 de la Constitución en materia jurisdiccional.

Consecuencia de lo anterior es que cualquier incumplimiento culposo de un deber legal da origen, *inter alia*, a una responsabilidad de naturaleza patrimonial. Dependiendo de si el órgano que hace efectiva esta responsabilidad es administrativo o judicial, podemos distinguir entre responsabilidad administrativa o civil.

El que la prestación sea susceptible de evaluación pecuniaria no significa, necesariamente, que su objeto o que el interés del acreedor revista ese carácter. Puede surgir responsabilidad patrimonial incluso por incumplimiento de deberes de servicio extrapatrimonial (v.gr. salud, alimentación, educación, cultura, seguridad) o preventivos de daños extrapatrimoniales (v.gr. vida, integridad física y psíquica), respecto de los cuales el interés del acreedor puede ser también extrapatrimonial.

Además, la responsabilidad que se deriva de un incumplimiento obligacional no es solo patrimonial, pues podría ser también penal. La novedad en este tema viene dada por la extensión de la responsabilidad punitiva incluso ante el mero incumplimiento de obligaciones regulatorias de prevención de riesgos, es decir, en ausencia de daños subjetivos. En materia económica, este es el objeto del derecho penal económico, desarrollado en los últimos cincuenta años a partir de los trabajos de autores alemanes¹⁸. El desafío dogmático en esta disciplina ha consistido en justificar la formulación de un reproche ético social y la aplicación de un castigo penal por conductas que infringen la legalidad objetiva sin necesidad de daño a derechos o intereses subjetivos.

4. LEGALIDAD

En la tradición jurídica europeo-continental, en general, y en el derecho chileno, en particular, la ley es la única fuente que puede constituir deberes de modo unilateral.

Ni la Constitución (art. 19 N° 21, N° 26, 63 N° 20, entre otros) ni el Código Civil (art. 1437) reconocen a los actos judiciales o administrativos como fuente de las obligaciones. En efecto, si un juez o autoridad admi-

¹⁷Di Majo, Adolfo, “Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)”, *Europa e diritto privato*, 1998, N° 1, 223 ss. La traducción es nuestra.

¹⁸Cfr. Tiedemann, Klaus, *Derecho Penal Económico*, Grijley, 2009.

nistrativa estableciera deberes unilaterales *ex nihilo*, fuera de las hipótesis de delegación legislativa previstas en la Constitución¹⁹, su actuación sería nula por actuar fuera de su competencia (art. 7 de la Constitución), por ejercer una función exclusiva del Parlamento²⁰.

La costumbre jurídica tampoco podría ser fuente de obligaciones unilaterales, a menos que la ley se remita a ella (art. 2 del Código Civil). Por lo mismo, la declaración del Tribunal Constitucional de que un funcionario público podría ser sancionado administrativamente por *trasgresión de prácticas administrativas generalmente conocidas y aceptadas como obligatorias*²¹, solo podría ser interpretada conforme a derecho bajo el supuesto de que tales prácticas obedecen al contenido de deberes legales.

La Constitución por ley de los deberes unilaterales se ordena a satisfacer el interés de la comunidad jurídicamente organizada, representada por el Estado, incluso cuando el obligado y el beneficiario directo del deber son sujetos privados. En este sentido, la relación legal queda trabada verdaderamente entre la comunidad soberana, que la constituye, declara, precisa y vela por su cumplimiento, y los particulares beneficiados o gravados por ella. En estricto rigor, no podría hablarse de una relación legal entre una institución estatal específica y un particular, porque el Estado actúa a través de sus organismos a nombre de la comunidad, verdadera titular del interés público en la Constitución y cumplimiento de la relación legal.

Un ejemplo de lo anterior es el deber legal de proteger el medio ambiente por parte de empresas contaminantes. ¿Quién lo impone? El legislador, en la Ley N° 19.300 ¿Quién lo declara y precisa respecto de una empresa en concreto? El Servicio de Evaluación Ambiental mediante una resolución de calificación ambiental ¿Quién sanciona el incumplimiento del deber? La Superintendencia del Medio Ambiente. En consecuencia, la relación legal no queda trabada verdaderamente con ninguno de estos tres organismos, sino con la comunidad jurídicamente organizada, representada por el Estado, que actúa a través de sus instituciones.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a la función que podría corresponder a los órganos judiciales o administrativos en la precisión e interpretación

¹⁹Art. 64.

²⁰Cfr. STC Rol N° 1.234 de 2009 y dictámenes de la CGR N° 45.522 de 1998, N° 2.965 de 1998, 38.949 de 2006, 35.205 de 2008, N° 36.737 de 2008. Probablemente, la única excepción de este postulado es el poder regulatorio del Presidente de la República en materias que no sean propias del dominio legal (art. 32 N° 6 de la Constitución), conocido también como potestad reglamentaria "autónoma". Sin embargo, compartimos la conclusión de Cordero Quinzácar de que dicho poder es de escasa aplicación en Chile debido al régimen de dominio máximo legal, a la propensión legislativa por abordar aspectos reglamentarios, y al "congelamiento" del rango legal respecto de materias reglamentarias abordadas por leyes pretéritas. Cordero Quinzácar, Eduardo, "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009), 426-427.

²¹STC Rol N° 747-2007, c. 41°.

de deberes legales, o en la declaración de los sujetos obligados o beneficiados por estos.

A. *Precisión e interpretación infralegal de deberes legales*

Dado que algunos deberes legales han sido impuestos en términos vagos o abstractos, su contenido podría ser objeto de interpretaciones o precisiones de efectos generales o particulares, administrativas o judiciales, según el caso, por razones de eficacia²² o certeza jurídica²³.

En materia de interpretaciones o precisiones legales de efectos generales, el Presidente de la República, que tiene a su cargo la Administración Pública (art. 24 de la Constitución), tiene potestad para “dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes” (art. 32 N° 6 de la Constitución). Así lo reconoce, por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema²⁴ y del Tribunal Constitucional²⁵. En particular, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Presidente de la República debe ejercer esta labor “... nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes”²⁶.

Estas precisiones o alcances generales, que también podrían estar a cargo de otros órganos expresamente habilitados al efecto²⁷, suelen recibir

²²Cfr. STC Rol N° 2.264-2012, c. 13°: “... las órdenes dadas por la Superintendencia ejecutan un mandato legal, que es imposible que pueda tener mayores niveles de precisión o densidad, dada la complejidad, dinamicidad y aspectos técnicos involucrados en estos asuntos. De ahí que la ley convoque a la complementación de la Administración, facultándola para impartir órdenes que concreten deberes legales”.

²³Cfr. SCS Rol N° 10.572.2022, c. 8°, que declaró que las guías en materia ambiental tenían por finalidad “... transparentar los lineamientos y principios que el referido órgano tiene como propósito, al momento de ejercer su poder represivo, habiéndose establecido mediante éstas un estándar de actuación”.

²⁴En materia de concesiones de obra pública, por ejemplo, el máximo tribunal ha declarado que “para fijar el contenido de la obligación de seguridad que contempla el artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas es necesario acudir a normas reglamentarias”. SCS Rol N° 216-2011, c. 23°. Con respecto a la potestad reglamentaria como mecanismo de actualización de los preceptos legales, el máximo tribunal ha declarado que “constituye un instrumento necesario para evitar la petrificación de la ley y la dificultad de su modificación frente al carácter cambiante y dinámico de las actividades reguladas por el Estado”. SCS Rol N° 50.544-2020, c. 8°. Ver también, sentencias de la Corte Suprema, roles N° 7.117 de 2008 (c. 11°), 1.205 de 2009 (c. 13°), 5.779 de 2009 (c. 5°), 8.568 de 2009 (c. 9°), 2.968 de 2010 (c. 19°), 822 de 2012 (c. 28°), 7.397 de 2012 (c. 14°), y 30.779 de 2014.

²⁵Cfr. SCT Rol N° 325-2001; STC Rol N° 370-2003; STC Rol N° 479-2006, c. 13; STC Rol N° 480-2006, c. 20°.

²⁶STC Rol N° 370-2003, c. 23°.

²⁷STC Rol N° 2.324-2012.

la denominación de reglamentos²⁸, normativas²⁹, estándares, protocolos³⁰, orientaciones, normas técnicas³¹ o generalmente aceptadas³², manuales de procedimiento, oficios, reglamentos, instrucciones, dictámenes, ordenanzas, circulares³³, pliegos de condiciones, guías³⁴, *lex artis*, auto-regulaciones, bases, etcétera.

La integración de estas interpretaciones o precisiones en el contenido del deber legal obligan tanto al sujeto gravado como al beneficiado por esta, público o privado. En el caso de potestades de gravamen, por ejemplo, la magistratura suprema ha declarado que la autoridad administrativa queda vinculada por las guías que emita, ...*esto es, constituyen orientaciones generales que condicionan el ejercicio de una determinada potestad discrecional*³⁵.

Asimismo, algunos tribunales gozan de poderes normativos generales para efectos de precisar o dotar de mayor contenido los deberes impuestos por el legislador. El ejercicio de estas potestades suele expresarse en autoacordados³⁶, reglamentos, actas, instrucciones³⁷ o acuerdos³⁸. En relación con los autoacordados, por ejemplo, la historia de la legislación procesal indica que, en virtud de esta potestad, “[e]l poder judicial superior, reunido por acuerdo extraordinario, dicta reglas generales para el cumplimiento de las leyes”³⁹.

²⁸Cfr. arts. 56 inciso 2° y 107 de la Constitución.

²⁹Cfr. arts. 109 inciso final, 113 y 119 de la Constitución.

³⁰Por ejemplo, protocolo para el traslado de pacientes. SCS Rol N° 5.417-2012.

³¹Cfr. STC Rol N° 9.253, c. 37°. Cfr. SCS Rol N° 125.657-2020 y SCS Rol N° 12.759-2022, sobre normativa técnica en materia eléctrica.

³²Cfr. SCS Rol N° 79.288-2020, en materia de normas de auditoría financiera.

³³Cfr. SCS Rol N° 5.537-2022, relativa a aplicación de tratamiento antirrábico.

³⁴Cfr. SCS Rol N° 21.019-2015 y SCS Rol N° 97.628-2016, sobre guías clínicas. Ver también SCS Rol N° 9.269-2017 y SCS Rol N° 10.572-2022 (sentencia de reemplazo), sobre guías ambientales.

³⁵SCS Rol N° 10.572.2022, c. 8°.

³⁶Cfr. art. 93, inciso 1°, N° 2 de la Constitución; arts. 66 inciso 7°, 96 N° 4 e inciso final, 95 y 590 del Código Orgánico de Tribunales; arts. 29 y 43 inciso 3° de la Ley N° 17.997; art. 12 de la Ley N° 18.460; art. 34 de la Ley N° 18.593; art. 61 de la Ley N° 18.603; art. 118 inciso 2° de la Ley N° 19.968; art. 3 inciso 3° de la Ley N° 20.322 y arts. 6 y 18 N° 6 del D.L. N° 211 de 1973. Para una buena recopilación de posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de los autoacordados, véase Ansaldo Baltazar, Octavio, *Autos acordados y su ámbito regulatorio*, Librotecnia, 2014.

³⁷Cfr. art. 18 N° 3 del D.L. N° 211 de 1973.

³⁸Cfr. Vivanco Martínez, Ángela, “La integración de la Ley de Partidos Políticos por el Tribunal Calificador de Elecciones”, en Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, 505-506.

³⁹Intervención del señor Fabres en la Sesión de la Cámara de Diputados de 26 de julio de 1877 a propósito de la discusión del proyecto de ley sobre defensores públicos publicada el 28 de septiembre de 1877 en el Diario Oficial, N° 169.

Ahora bien, estos actos normativos y de exégesis deben ser tangenciales o accesorios⁴⁰, es decir, no pueden ser *ultra, extra* o *contra legem*, pues su finalidad es brindar eficacia o certeza jurídica y no servir de pretexto para reducir o ampliar el mandato legal⁴¹. De lo contrario, serían antijurídicos y carentes de valor.

En materia de infracciones administrativas, por ejemplo, la precisión de la conducta sancionada no puede extenderse a *los elementos esenciales o su núcleo fundamental, constituidos por aquellos que detallan las características de la acción, la descripción de sus elementos típicos y la precisión de la conducta ilícita*⁴². Asimismo, como lo ha declarado la jurisprudencia administrativa, una norma infralegal no puede establecer sanciones administrativas que no han sido previstas por el legislador⁴³ o que son distintas a las establecidas por este⁴⁴.

Bajo la misma lógica, desde antiguo se ha sostenido que un autoacordado “en ningún caso podría acordar reglamentos o decretos, que invadiesen las facultades de los otros poderes constitucionales”⁴⁵. Así lo declara también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁶.

En todo caso, la omisión de precisiones por parte del órgano con potestades interpretativas generales no inhibe la exigibilidad del deber

⁴⁰SCS Rol N° 50.544-2020, c. 8°.

⁴¹STC Rol N° 480-06.

⁴²SCS Rol N° 50.544-2020, c. 8°.

⁴³Cfr. Dictámenes N° 17.044 de 1993, N° 34.494 de 2013, N° 41.979 de 2016 y N° 26.029 de 2018.

⁴⁴Cfr. Dictámenes N°s. 12.060 de 2014 y N° 26.488 de 2015.

⁴⁵Ballesteros Ríos, Manuel Egidio, *La lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile: antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones*, Santiago, Imprenta Nacional, 1890, 539. En igual sentido, ver Pereira Anabalón Hugo, *Curso de Derecho Procesal, Tomo I, Derecho Procesal Orgánico*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 51; Zúñiga Urbina, Francisco, “Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (autos acordados)”, *Revista Ius et Praxis*, 4 (1998)1, 232; Moraga Klenner, Claudio, “Autoacordado como fuente del derecho público (¿es la CPR nuestra única y verdadera Constitución?)”, en *XXXVII Jornadas de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007, 4-5; Silva Gallinato, María Pía, “Control de constitucionalidad de los auto acordados”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas actuales de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2009, 321-323; Aldunate Lizana, Eduardo, *Jurisprudencia constitucional 2006-2008. Estudio selectivo*, Legal Publishing, 2009, 71; Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Autos acordados, control de constitucionalidad y procedimiento”, en *Temas de derecho procesal constitucional: reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional* (Humberto Nogueira, director), Librotecnia, 2010, 66-67; Vásquez Márquez, José Ignacio, “El control de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Público*, N° 72, 2010, 206 y ss; y Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 656 y ss.

⁴⁶STC Rol N° 63-88, c. 6°, STC Rol N° 376-03, c. 37°, STC Rol N° 783-07, c. 25° y 29°, STC Rol N° 1557-09, c. 14°, STC Rol N° 1812, 1816,1817, de 2010, c. 6° y STC Rol N° 2.243-12, c. 5°.

legal. Por ejemplo, en materia de contratos administrativos, el silencio de las bases de licitación con respecto a una obligación legal del contrato no afecta su imperatividad, dice la Corte Suprema, ... *porque como se ha advertido la obligación legal es permanente*⁴⁷.

Por su parte, la precisión o interpretación de deberes legales de efectos particulares es natural a las decisiones administrativas y judiciales. Un ejemplo típico es la resolución de calificación ambiental, cuyas “condiciones, normas y medidas” conforme a la ley obligan como tal⁴⁸. En materia de interpretación, cabe señalar, como explica Gadamer, que “la ley [...] necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica y esto significa, a la inversa, que toda aplicación práctica lleva ya implícita la interpretación”⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, algunas decisiones particulares pueden tener efectos generales por disposición del legislador o debido al objeto de la decisión. Por ejemplo, pese a sus efectos singulares, los dictámenes de la Contraloría General de la República constituyen precedentes obligatorios para actuaciones futuras de órganos administrativos en circunstancias similares⁵⁰. Asimismo, las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional en casos concretos pueden producir un efecto reflejo *erga omnes* cuando lo precisado es el sentido o alcance de una norma legal o reglamentaria de efectos generales.

Adicionalmente, incluso en ausencia formal de un modelo de *stare decisis* o de respeto de los precedentes administrativos o judiciales pasados, el conjunto de decisiones administrativas o judiciales que interpretan un deber legal determinado constituyen jurisprudencia que genera confianza legítima y derecho a un trato igualitario por parte de los sujetos sometidos a este⁵¹.

B. Constitución y declaración de deberes legales

Si bien, como vimos, solo la ley puede constituir deberes unilaterales por razones de bien común, existen situaciones en que la posición del sujeto gravado o beneficiario de estos o su *quantum* concreto deben ser declarados por un tribunal o por una autoridad administrativa conforme a los hechos que los sustentan. Puesto que el deber en estos casos suele ser exigible a partir del pronunciamiento del órgano, existe el riesgo conceptual de

⁴⁷SCS Rol N° 216-2011, c. 25°.

⁴⁸SCS Rol N° 66.086-2021, c. 7°.

⁴⁹Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método II*, (Manuel Olasagasti trad.), Ediciones Sígueme, Salamanca, 2010, 333.

⁵⁰Arts. 6 y 19 de la Ley N° 10.336.

⁵¹Cfr. Phillips, Jaime, *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

atribuir su constitución o nacimiento al acto declarativo del órgano y no a la voluntad del legislador.

En nuestra opinión, semejante atribución sería apropiada solo en un sentido figurado o connotativo, mas no literal o denotativo, dado que el pronunciamiento judicial o administrativo solo puede reconocer o imputar a un sujeto una calidad, estado o posición de la que nacen deberes o créditos *ope legis, ex lege o ipso legis*, vale decir, por el solo ministerio de la ley. Por tanto, el momento en que estos deberes o créditos nacen o son constituidos por ley con respecto a un sujeto determinado no es el de dictación del acto declarativo, sino el de ocurrencia del hecho posicional que este tiene por objeto⁵². En este sentido, aquel acto no es propiamente constitutivo sino de “efectos” constitutivos o “comprobación”⁵³ constitutiva, pues la relación legal nace antes de la declaración que la constata.

Pensemos, por ejemplo, en los deberes de una relación legal de beneficio público. Por regla general, el sujeto adquiere la calidad de beneficiario y el Estado la de obligado a otorgarle el bien desde que se produce el hecho posicional contemplado en la ley. Lo anterior es sin perjuicio de que, en algunos casos, la exigibilidad de ese deber –no así su existencia, nacimiento o constitución concreta– esté condicionada a la dictación de un acto declarativo del derecho al beneficio (v.gr. autorización, concesión)⁵⁴.

Lo mismo ocurre en las relaciones legales de gravamen (v.gr. tributo, sanción, expropiación, limitación). El sujeto adquiere el estado o calidad de sujeto gravado desde el momento mismo en que incurre o es sujeto de un hecho posicional previsto en la ley. Sin embargo, el gravamen constituido, nacido o existente a partir de ese momento, solo será exigible una vez que el acto administrativo o judicial que así lo declare con respecto a un sujeto y por un *quantum* determinado produzca efectos.

Si lo diferido en estos casos es la exigibilidad y no el nacimiento o constitución del deber legal a partir del hecho posicional, el acto declarativo que pretenda eximir al sujeto gravado de algunas consecuencias jurídicas para evitar una supuesta retroactividad *in peius* sería erróneo e ilegal. Erróneo, porque no existe verdadera retroactividad cuando la declaración subsume el hecho en una norma anterior a su ocurrencia, como es el caso; e ilegal, porque la función declarativa no comprende la de alteración de estatutos legales.

Ejemplo de lo anterior es la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema acerca de funcionarios públicos a honorarios sometidos a un trato de subordinación y dependencia. Por aplicación del principio de primacía

⁵²Cfr. Giannini, Massimo, “L'accertamento dell'imposta”, en *Rivista italiana di Diritto Finanziario*, 1942, 69.

⁵³*Accertamento*. Expresión utilizada por Zanobini, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, tomo IV, Milán, 1958, 284.

⁵⁴Cfr. Arancibia Mattar, Jaime, “Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, julio-diciembre 2020, 5-36.

de la realidad, la Corte ha declarado que las partes quedan sometidas al estatuto del Código del Trabajo desde el momento en que esa realidad se concreta, con excepción del término de la relación laboral (art. 162). Específicamente, la sanción de nulidad del despido sería improcedente cuando la existencia de la relación laboral ha sido declarada en la sentencia⁵⁵. En nuestra opinión, esta alteración judicial de los términos de un estatuto legal sería antijurídica por razones de competencia, razón por la cual no compartimos la jurisprudencia que la avala.

En todo caso, esta solución es inapropiada, sobre todo, porque el principio de primacía de la realidad no resulta aplicable a las relaciones legales en los términos utilizados.

Por último, las consideraciones anteriores permiten apartarnos también de la doctrina francesa⁵⁶ e italiana⁵⁷ que distingue entre deberes constituidos directamente por ley y aquellos establecidos por actos administrativos o judiciales luego de verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones para su existencia. Insistimos que estos últimos revisten una naturaleza meramente declarativa de una posición jurídica de la que surgen deberes estatutarios o constituidos única y exclusivamente por el legislador.

IV. DISTINCIONES BÁSICAS

1. *DISTINCIÓN ENTRE DEBER, OBLIGACIÓN, CARGA, MODO, SUJECIÓN Y SOLICITUD NO VINCULANTE LEGAL*

Los deberes legales admiten distintas denominaciones o especies dependiendo de su correlato, objeto o finalidad. Entre estas destacan las obligaciones, cargas, modos y sujeciones legales. Sin perjuicio de que estas expresiones han sido utilizadas como sinónimos, conviene distinguirlas para efectos de precisión técnica.

Siguiendo a Giorgianni, las *obligaciones* son aquellos deberes legales evaluables patrimonialmente que tienen su correlato en la facultad o poder de un acreedor interesado de exigir su cumplimiento de modo coactivo⁵⁸. Se diferencian así de las *cargas*, que son deberes impuestos a quien desea obtener un beneficio y cuyo incumplimiento solo causa perjuicio propio,

⁵⁵Cfr. SCS Rol N° 41.500-2017, por todos.

⁵⁶Ghestin, J., Billiau, M., y Loiseau, G., "Le régime des créances et des dettes", *Traité de droit civil*, Paris, 2005, 41: "el poder de un tribunal o de una autoridad administrativa para crear una obligación civil debe resultar de una disposición legal expresa". La traducción es nuestra.

⁵⁷Cfr. Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Bolonia, caso Emilia-Romaña Tramo Bolonia I, Sentencia de 1 de octubre de 2012, n. 8 Administración Pública. Ver también la sentencia de casación de 22 julio de 2002, n. 10689, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2003, 247 ss. con nota de Mercati, Livia, "Le obbligazioni pubbliche tra legge e provvedimento".

⁵⁸Giorgianni, *ob. cit.*, 51.

razón por la cual no existe un tercero acreedor que pueda hacerla exigible (v.gr. cargas procesales). Brunetti ha calificado estos deberes como “libres”, precisamente, porque imponen al sujeto un comportamiento carente de beneficio a un tercero⁵⁹.

Sin embargo, cuando la expresión carga viene sucedida de la expresión “pública” (v.gr. art. 19 N° 20 de la Constitución), cabe entender que ese deber es necesario para realizar una actividad en interés propio u obtener un beneficio que está al servicio de un interés público, razón por la cual coincide con el concepto de deber regulatorio, en cuanto a su contenido, y al de obligación en favor de un acreedor, en cuanto a su exigibilidad. Confirma esta proposición el hecho de que el proyecto de reforma y modernización del derecho de las obligaciones en el Código Civil francés de 2005 menciona expresamente a las cargas públicas (*charges publiques*) como ejemplo de obligaciones legales⁶⁰.

Por su parte, el *modo* consiste en un deber siempre positivo que obliga a quien ejerce un derecho o poder para satisfacer el interés de un tercero. Si bien la figura modal ha estado históricamente asociada al beneficiario de una liberalidad (v.gr. testamento, donación), pensamos que no existen impedimentos para aplicarlo en iguales términos al titular de una potestad o derecho propio cuyo ejercicio produce externalidades negativas de interés público⁶¹.

La *sujeción* o dependencia, a su vez, consiste en una situación jurídica en virtud de la cual un sujeto debe sufrir o tolerar (*ad patiendum*) las consecuencias del ejercicio de un derecho⁶² o poder por parte de otro sujeto. Como explica Peñailillo, se diferencian de las obligaciones de “no hacer” en cuanto a que su objeto no consiste en una abstención del deudor sino en una inmisión o intromisión en su esfera jurídica que no debe repeler⁶³. La subordinación del sujeto pasivo de la acción ajena no puede ser calificada de obligación en sentido estricto porque no existe una prestación de su parte, ni siquiera de “no hacer”. Por lo mismo, a diferencia de las obligaciones, las sujeciones no admiten posibilidad de infracción y sanción.

⁵⁹Giovanni Brunetti, “Il Diritto del Creditore”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1916, vol. XIV, parte prima, 282 y ss.

⁶⁰Propuesta de borrador del art. 1101. Ministre de la Justice, Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, 22 Septembre 2005, 65.

⁶¹Sobre modos que tienen su fuente en la ley, véase Aedo Barrena, Cristián, “La ley como fuente de las obligaciones modales”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1er semestre 2020, 67 a 94.

⁶²Giorgianni, *ob. cit.*, p. 24.

⁶³Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones, La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2021, 192.

Cuando la sujeción opera en favor del interés público existe, por así decirlo, un *droit a nuire* de la comunidad política con respecto al sujeto gravado. Estas suelen tener una finalidad regulatoria o de contribución.

Ejemplo de las primeras son las medidas de clausura de establecimiento, suspensión de faena, destrucción de agente tóxico, revocación de licencia y cancelación o disolución de persona jurídica.

Ejemplo de las segundas son las expropiaciones, requisiciones o limitaciones por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador. Podríamos mencionar también la ejecución forzosa de los bienes del deudor ante su incumplimiento del deber de cumplir o resarcir el daño.

Finalmente, la *solicitud no vinculante* consiste en una petición respecto de la cual el destinatario goza de libertad para acceder o no a ella. No debe ser confundida con las solicitudes dirigidas por particulares a una autoridad que goza de discrecionalidad para acceder o no a lo solicitado, pues semejante decisión carece de verdadera libertad; antes bien, está sujeta a parámetros de juridicidad controlables. Nos referimos, específicamente, a las solicitudes legales formuladas por una autoridad a un particular que goza de entera libertad para acceder o no a ella. Por ejemplo, si bien las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados pueden “recabar el testimonio de particulares o requerirles los antecedentes que se estimen pertinentes y necesarios para el cumplimiento del cometido de la comisión especial investigadora”, “[e]l testimonio de los particulares y la proporción de los antecedentes solicitados, serán voluntarios” (art. 56 de la Ley N° 18.918).

Una misma relación legal puede dar origen a deberes de distinta naturaleza. Por ejemplo, la relación procesal da origen a “obligaciones” de interés público o de la contraparte y a “cargas” en interés propio. Esta aclaración es relevante para comprender que no todos los derechos o poderes que surgen de una relación legal tienen como correlato una obligación. De ahí que la coexistencia de deberes de distinta naturaleza en una misma relación jurídica da origen a una relación de concomitancia y no de correspondencia o correlación entre ellos.

2. *DISTINCIÓN ENTRE DEBER LEGAL POSITIVO Y NEGATIVO*

El deber legal puede corresponder a una prestación positiva o negativa. Dejando de lado las obligaciones de dar, cuyo carácter positivo es evidente, la duda surge entre las obligaciones de “hacer” y “no hacer”, pues un mismo deber puede consistir en un “hacer” o en un “no hacer” dependiendo del punto de vista. Como ilustra Diez-Picazo, “la obligación de no clausurar un establecimiento mercantil es también la obligación de

mantenerlo abierto y de continuar el ejercicio de la industria”⁶⁴. Pensemos también en el cruce de un semáforo con luz roja ¿Infringe el deber positivo de frenar o el negativo de no pasar? O en el clásico letrero inglés de *keep off the grass*, ¿impone el deber positivo de mantenerse fuera del pasto o el negativo de no pisarlo? En fin, la sanción por pérdida o inutilización de los libros de contabilidad (art. 97 N° 16 del Código Tributario) ¿corresponde a la infracción del deber positivo de mantener tales libros o del negativo de no perderlos o destruirlos?

Podríamos relegar estas dudas a un plano meramente teórico o bizantino si no fuera porque producen consecuencias prácticas en un plano probatorio y exculpatorio. Por regla general, el incumplimiento de deberes negativos exige al acreedor probar no solo la existencia del deber sino también el hecho que lo incumple. Además, salvo norma en contrario, la debida diligencia no rige como causal de exculpación ante dicho incumplimiento. Por lo mismo, es probable que un mismo deber sea fraseado por el acreedor en términos positivos y por el deudor en términos negativos para asegurarse un estatuto probatorio o de culpa afín a sus pretensiones.

Para evitar estas manipulaciones del lenguaje, parece necesario considerar que, más allá del tenor literal con que sea formulado, un deber positivo consiste en realizar una actividad, mientras que un deber negativo consiste en no realizar la actividad del todo. Por eso que autores como Díez-Picazo distinguen la prestación positiva de la negativa según si exigen o no alterar el estado de la situación, realidad o cosas existentes al momento de constituirse la obligación⁶⁵. En igual sentido, Erbetta explica que “...en las obligaciones negativas el núcleo de la transgresión lo constituye la infracción de una prohibición”⁶⁶ y, por lo mismo, Baraona sostiene que en ellas no hay incumplimiento por mora⁶⁷.

Estos criterios de distinción nos permiten calificar como positivos los deberes de realizar una actividad. Por tanto, en el caso puesto por Díez-Picazo, el deber consiste verdaderamente en uno positivo de continuar operando. Además, el deber de “no clausurar” es inexistente desde un punto de vista técnico, porque el objeto de una prohibición nunca puede ser un “no hacer” sino un “hacer”.

Los deberes positivos pueden ser principales o modales. Los primeros consisten en actividades que gozan de existencia propia o independiente, mientras que los segundos corresponden a obligaciones accesorias o con-

⁶⁴Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Madrid: Editorial Aranzadi, 2008, 272.

⁶⁵*Ibid.*

⁶⁶Erbetta Mattig, Andrés, *La carga de la prueba del incumplimiento contractual en el Código Civil Chileno*, tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, dirigida por el doctor Jorge Baraona González, 319-320.

⁶⁷Baraona González, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid: Dykinson, 1998, 517.

dicionantes de la juridicidad de una actividad principal para satisfacer un interés ajeno. Ejemplos de deberes principales son aquellos de servicio asumidos por el Estado, sus contratistas o funcionarios. Las obligaciones modales, por su parte, son impuestas al ejercicio de ciertos derechos o poderes, como pedir autorización previa, pagar tributos, informar, o –en el caso del Estado– actuar dentro de la competencia.

El incumplimiento de deberes modales compromete a tal punto la legalidad de la actividad principal, que podrían ser confundidos con prohibiciones. Por ejemplo, la infracción del deber positivo de actuar con autorización podría ser interpretada como incumplimiento del deber negativo de no actuar sin ella. Asimismo, el deber positivo de actuar dentro de la competencia podría ser estructurado como una prohibición de actuar fuera de la competencia. La obligación del contribuyente de mantener los libros de contabilidad admite la lectura negativa de “no destruirlos ni perderlos”. Sin embargo, en nuestra opinión, estas hipótesis corresponden únicamente a deberes positivos porque la norma exige directamente una modalidad de acción y no de inactividad. Que de la imposición de un modo de hacer específico se derive la prohibición de las demás formas de actuación no transforma al deber en negativo.

Los deberes negativos, en cambio, consisten en prohibiciones absolutas de una actividad, cualquiera sea su modalidad. Por así decirlo, lo proscrito es un “hacer” que no puede ser realizado siquiera con autorización, como cruzar un semáforo en rojo, coludirse para formar un cartel duro o construir a una altura mayor a la permitida. Pesa sobre el sujeto un deber directo de “no hacer”. Lo mismo podría decirse del deber de no botar desechos en lugar no habilitado.

¿Y el deber de ceder el paso? Pese a su formulación en términos positivos, este deber es negativo porque envuelve un “no hacer” consistente en no avanzar ante el avance de otro vehículo. Lo mismo podría decirse del deber que comunica un disco “Pare”. Ambos envuelven un “no hacer”. Podría contraargumentarse, sin embargo, que estos deberes admiten una formulación positiva o de “hacer” consistente en detenerse. Sin embargo, la respuesta a esta observación sería que lo relevante en las prohibiciones no son las acciones que se llevan a cabo para cumplirlas sino aquella que se quiere evitar.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos en que una misma situación puede estar regulada por deberes positivos y negativos. Por ejemplo, el deber de actuar revestido de una determinada calidad, como la independencia, imparcialidad, habilidad o compatibilidad de un director de empresa o de un servidor público. Estas figuras suelen involucrar dos tipos de deberes: uno positivo, de informar la calidad o impedimento, y otro negativo de abstenerse de actuar careciendo de la calidad o estando afectado por el impedimento.

3. *DISTINCIÓN ENTRE DEBER LEGAL DE INTERÉS PÚBLICO Y PRIVADO*

Todos los deberes legales son de interés público en sentido lato. El legislador no podría ser fuente de obligaciones sino estuvieran fundadas en un propósito de bien común, pues la unilateralidad de su imposición solo encuentra justificación en dicho fin.

Sin embargo, el que sean de interés público no significa que el acreedor de la prestación impuesta sea siempre la comunidad en su conjunto representada por el Estado. El fin no debe ser confundido con el instrumento, el interés público también puede ser alcanzado mediante la satisfacción directa de intereses privados. Esto nos permite distinguir entre deberes legales de interés público y privado en un sentido estricto de acreencia.

Conforme a este criterio específico, los deberes legales de interés público son aquellos cuyo acreedor es la comunidad en su conjunto representada por el Estado. Nos referimos, específicamente, a las obligaciones legales regulatorias, correlativas de bienes públicos, de contribución al Estado, de sujeción, y de aseguramiento o garantía del mismo interés. El correlato de esta obligación no es un derecho subjetivo de la comunidad sino el interés público de la que esta es titular. La exigencia de cumplimiento no se realiza mediante el derecho de acción ante los tribunales sino en virtud de poderes administrativos o de actuación judicial.

Conviene enfatizar que el titular del deber legal de interés público es la comunidad jurídicamente representada por el Estado y no el Estado mismo. En consecuencia, cuando un organismo estatal incumple un imperativo de interés público, no está afectando un interés propio sino uno ajeno que solo le corresponde representar. En esto consiste, precisamente, una de las diferencias esenciales entre derecho subjetivo y potestad. Esta última es siempre ejercida en resguardo de un interés ajeno. Por tanto, a diferencia de lo que sostiene Santi Romano⁶⁸, cuando el legislador incumple deberes negativos o positivos en ejercicio de su función, el sujeto afectado no es el cuerpo legislativo, sino la comunidad como sujeto del interés por el cual existe ese deber.

Por lo mismo, la ausencia de entidades con poder para hacer efectiva la responsabilidad por este incumplimiento no significa la inexistencia de un acreedor lesionado, en este caso la comunidad, sino únicamente la imposibilidad de demandar el cumplimiento forzado o la responsabilidad respectiva por falta de representante de dicho legitimado activo. Sirve aquí el ejemplo del emperador Juliano (siglo IV), el cual, frente a la infracción

⁶⁸Romano, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, 61.

de un deber legal competencial, decidió autoimponerse una multa de diez libras de oro a falta de autoridad competente para exigírsela⁶⁹.

Los deberes legales de interés privado, en cambio, tienen por objeto prestaciones exigibles únicamente por sujetos privados.

En derecho público, estos deberes corresponden a la prestación de servicios directos, a la compensación de cargas públicas desiguales⁷⁰, y a la facilitación de la contribución privada al Estado. El correlato de esta obligación es un derecho legal del particular exigible mediante peticiones administrativas o de acciones jurisdiccionales.

En derecho privado, estos deberes están agrupados en torno al concepto de normas de orden público “constitutivas” o puramente legales (v.gr. alimentos, tutelas y curatelas), para diferenciarlas de aquellas de naturaleza contractual “reconocidas” por ley por la misma razón, según veremos a continuación.

Con respecto a esto último, surge la interrogación acerca de la naturaleza de la relación jurídica de la comunidad con los particulares que resultan gravados y beneficiados por el deber legal impuesto, así como la de estos entre sí. ¿Cuántos acreedores tiene esta obligación legal: uno o dos? En nuestra opinión solo uno, el particular beneficiario, a menos que la ley prevea también la posibilidad de sancionar administrativamente su incumplimiento por razones de interés público.

Pero si la ley no contempla esta sanción, ¿cuál sería la naturaleza de la relación jurídica entre la comunidad y el deudor de una obligación legal en favor de un tercero? A nuestro entender, la comunidad no sería acreedora sino “estipuladora” legal, unilateral y vinculante en favor de un tercero acreedor en los términos del Código Civil (art. 1449), solo que los derechos conferidos en favor de este último serían irrevocables por la sola voluntad pública sin mediar una debida expropiación.

4. *DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN LEGAL Y OBLIGACIÓN RECONOCIDA POR LEY*

El carácter “posicional”, “constitutivo”, y de “precisión o interpretación administrativa” de las obligaciones legales entre el Estado y los particulares permite distinguirlas de aquellas simplemente *reconocidas* por ley. Estas no son impuestas sino simplemente declaradas por el legislador como efecto del actuar de sujetos privados. Su fuente, por tanto, continúa siendo voluntaria y no legal.

⁶⁹Ammianus Marcellinus, *Roman History*, Loeb Classical Library, 1940, Book XXII, 209

⁷⁰Cfr. Arancibia Mattar, Jaime, “El deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, España, Nº 115, septiembre-diciembre, 2022, 289-310.

Esta distinción es de antigua data, pues corresponde a la distinción entre obligaciones nativas y dativas en el derecho medieval⁷¹, entre obligaciones de fuente legal inmediata y mediata en la pandectística alemana⁷², y entre obligaciones legales de fuente legal inmediata o directa y primaria o principal, en autores franceses posteriores a la codificación⁷³. Además, los civilistas franceses precisaron que la obligación propiamente legal “...significa que la ley está sola en cuanto no va acompañada ni de un contrato, ni de un cuasicontrato, ni de un delito, ni de un cuasidelito; pero siempre hay circunstancias que determinan su intervención por la formación de un compromiso de razón y equidad natural”⁷⁴; “la obligación es imposición de la ley cuando el obligado no se la ha impuesto a sí mismo”⁷⁵.

Conviene tener presente esta distinción para evitar confusiones, sobre todo en aquellos casos en que ambos tipos de obligaciones coinciden en un mismo texto legal⁷⁶.

Ciertamente, el reconocimiento legal de obligaciones que nacen de otras fuentes está motivado por un interés público, el de asegurar la justicia conmutativa o asignativa en las relaciones afectadas por incertezas jurídicas o asimetrías negociales, pero este interés se agota en el reconocimiento y no en la constitución de la obligación. En otras palabras, existe un acto legal “distributivo” de reconocimiento *in abstractum* de un deber y de un derecho correlativo “de orden público” surgidos en virtud de conductas voluntarias lícitas e ilícitas. Estas conductas, según el Código Civil, pueden consistir en el “concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones”, en “un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos”, o en “un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos” (art. 1437).

⁷¹Ieronimus de Monte (Brixienensis), *De finibus regundis nel Tractatus Universi iuris*, Venecia, 1562, Vol. III, p. II, 341: *Sed proprie et stricte posse etiam dici nativa quando factum partis principaliter consideratur, ut in contractu, et erit dativa quando dabitur a lege ex aequitate et aliqua iusta causa propter iuris communis regular, vel quando in ea plurimum operaretur legis dispositivo quae illam immediate dare videtur.*

⁷²Lauterbachii, Wolfangi A., *Collegium Pandectarum VI*, Tubinga, 1784, Vol. III, 609 *ad lib.* D. 44.7

⁷³Cfr. Flour, Jacques, *Les obligations*, éd Armand Colin, Coll. U, 1975, n. 56, 56.

⁷⁴Cfr. Marcadé, Víctor-Napoleón, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. IV, éd. Delamotte, 1873, 248. La traducción es nuestra. Ver también Larombière, Léobon, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Liv. III du code civil*, T. VII, éd Durand Pédone 1885, n.2, 391.

⁷⁵Scialoja, Antonio, “Le fonti delle obbligazioni”, en *Rivista del diritto commerciale*, 1904, Vol. II, 528.

⁷⁶Cfr. Arancibia Mattar, Jaime, “Los deberes legales regulatorios y contractuales en servicios privados de interés público: una distinción necesaria”, en *Actas de las XVI Jornadas de Derecho Administrativo, El servicio público*, Tirant lo Blanch, 2021, 207 y ss.

La comunidad solo podría ser acreedora pero no deudora de estas obligaciones puesto que, dada su existencia legal, sus poderes-deberes son siempre *constituidos* por el legislador. Ni siquiera los hechos injuriosos o dañosos del Estado surgen de la infracción de un deber genérico *extra legem*, como sucede en la responsabilidad extracontractual, dado que tales hechos obedecen siempre al incumplimiento de un deber legal preexistente, al menos el de actuar dentro de la competencia. Por tanto, la responsabilidad en estos casos, sea simplemente legal, cuasidelictual o delictual, siempre surgirá de la infracción de un deber impuesto por ley.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de las consideraciones precedentes, las conclusiones principales de este trabajo son las siguientes:

1. Los deberes legales o *ex lege* consisten en un dar, hacer, no hacer o tolerar impuesto por ley a un sujeto de derecho por razones de bien común relativas a la satisfacción concreta de un derecho privado o de un interés público determinado. Pueden ser de derecho público o privado. Los primeros consisten en gravámenes impuestos a la comunidad, representada por el Estado, en beneficio de uno de sus integrantes o viceversa, y los segundos se refieren a deberes impuestos a un particular en beneficio de otro particular.
2. Los deberes legales son unilaterales porque son impuestos a un sujeto de derecho sin necesidad de contar con su consentimiento. El fundamento de la unilateralidad o heteronomía del deber es la necesidad estatal de asegurar que la participación o contribución de cada persona en el bien común sea al menos justa. Por tanto, la unilateralidad surge del carácter vertical de la relación jurídica pública en cuanto a la preeminencia del bien común por sobre el interés privado o público.
3. Puesto que se trata de una imposición unilateral, a diferencia de las obligaciones que surgen de una convención o del hecho voluntario del sujeto, la obligación legal es “posicional” o “situacional”, esto es, exigible “por” y “a” todo sujeto que se haya puesto en “posición”, “situación”, “calidad” o “estado” de ser alcanzado por la norma, con prescindencia de su naturaleza –estatal o privada– o voluntariedad.
4. La prestación de los deberes legales de derecho público es avaluable patrimonialmente. Pese a que su fuente no es contractual, estos deberes se rigen igualmente por el *ius obligationis* o, si se quiere, por la normativa de las obligaciones establecidas en el Libro Cuarto del Código Civil, que por esta razón ha sido intitulado “De las obligaciones en general...”.

5. En la tradición jurídica europeo-continental, en general, y en el derecho chileno, en particular, la ley es la única fuente que puede constituir deberes de modo unilateral. Ni la Constitución ni el Código Civil reconocen a los actos judiciales o administrativos como fuente de las obligaciones.
6. Dado que algunos deberes legales han sido impuestos en términos vagos o abstractos, su contenido podría ser objeto de interpretaciones o precisiones de efectos generales o particulares, administrativas o judiciales, según el caso, por razones de eficacia o certeza jurídica.
7. Los deberes legales admiten distintas denominaciones o especies dependiendo de su correlato, objeto o finalidad. Entre estas destacan las obligaciones, cargas, modos y sujeciones legales. Sin perjuicio de que estas expresiones han sido utilizadas como sinónimos, conviene distinguir las para efectos de precisión técnica.
8. El carácter “posicional”, “constitutivo”, y de “precisión o interpretación administrativa” de las obligaciones legales entre el Estado y los particulares permite distinguir las de aquellas simplemente *reconocidas* por ley. Estas no son impuestas sino simplemente declaradas por el legislador como efecto del actuar de sujetos privados. Su fuente, por tanto, continúa siendo voluntaria y no legal.

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO, UNA SÍNTESIS DEL ÚLTIMO SEXENIO DE LA JURISPRUDENCIA SUPREMA: PUNTOS PARA LA REFLEXIÓN

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Un recuento jurisprudencial. 2. Una síntesis y aspectos para la reflexión.

INTRODUCCIÓN

El tema de la nulidad de derecho público (NDP en adelante) es uno de los que más me ha atraído desde que comencé a escribir sobre nuestra disciplina¹ y sobre el cual he tenido la ocasión de ir profundizando en su origen, en su existir y en su aplicación por los tribunales de justicia hasta ahora, y en el que en un arco de tiempo de más de 45 años me permite

*Abogado. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile y Universidad Santo Tomás. Director de *Ius Publicum*. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

Debo agradecer a doña Paulina Pastene N., abogada y magíster en Derecho UC, nuestra Ayudante de los cursos de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, su eficaz colaboración en la actualización de la jurisprudencia que estudiamos en este trabajo.

¹Vid. nuestros, "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista de Derecho Público* 21-22/1977, 233-249; "La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Univ. Católica de Valparaíso) XV/1992-1993, 333-358; "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Público* 47-48/1990, 11-25; "La nulidad de derecho público referida a los actos administrativos", en *Revista de Derecho* (Univ. Católica de Valparaíso) XIV/1991-1992, 109-115; "Las llamadas validaciones legislativas y administrativas, una práctica inconstitucional", en *Temas de Derecho* (Univ. Gabriela Mistral) 9 N°2/1994, 135-144; "La nulidad de derecho público, su actualidad", en *Revista de Derecho* XVIII/1997, 147.155; "La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno", en *Ius Publicum* 4/2000, 55-62; "La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente" (primera parte), en *Ius Publicum* 30/2013, 107-123, segunda parte en *Ius Publicum* 31/2013, 97-117, tercera parte en *Ius Publicum* 31/2014, 73-96; "La nulidad de derecho público en la jurisprudencia de la Corte Suprema: de su tergiversación a su destrucción", en *Ius Publicum* 34/2015, 73-92; y "La recia vitalidad de la acción constitucionalidad de nulidad de derecho público", en *Ius Publicum* 42/2019, 149-165.

señalar su estado actual y formular algunos aspectos que deberían tenerse en cuenta si se quiere que rija efectivamente el Derecho en la actividad del Estado/Administración y no la arbitrariedad del gobernante o del burócrata de turno.

Para arribar al día de hoy –mediados de diciembre 2022– me ha parecido útil revisar el último sexenio de la jurisprudencia suprema (2017-2022) en lo que a mi juicio aparece como más relevante, teniendo en cuenta lo que ha ocurrido también en una evolución/involución que se ha ido virviendo un tanto actualmente gracias a la composición de la tercera sala (constitucional) suprema.

1. UN RECUENTO JURISPRUDENCIAL

Durante este último sexenio y a pesar de la devaluación y casi destrucción de la energía tutelar de esta acción constitucional en defensa de los derechos de las personas y de la integridad del ordenamiento fundamental de la Nación, es posible mencionar algunos fallos (no siempre señalados por algunos que escriben sobre el tema solo para decir que esta acción o no existe o es irrelevante) que han mostrado la gran fuerza defensiva de los derechos fundamentales frente a la ilegalidad/arbitrariedad de actos de la Administración estatal.

1. Entre ellos podemos recordar *Huenchún Pichulman c/Corporación Nacional y Desarrollo Indígena* (Corte Suprema 14.8.2017, rol 97.731, Ministros S. Muñoz G., R. Egnem S. y C. Aránguiz M. y abog. int. A. Quintanilla P. y J. Lagos G., publicado en *Gaceta Jurídica* 446/agosto 2017, 69-72), que plantea la nulidad de una resolución de la demandada que le afectaba y que no le fuera notificada, como lo reconocía la propia autoridad demandada y en cuya virtud procedió a invalidarla; la actora plantea que en dicho procedimiento invalidatorio tampoco hubo audiencia en que debía ser escuchada. Tal argumentación convenció al tribunal del grado que acogió la demanda (y además, la pretensión indemnizatoria por el daño que le habría producido el hecho, tema que no viene a cuento en esta ocasión que analizamos). En alzada, fue confirmado el fallo referido, por lo que la autoridad estatal recurre de casación de fondo argumentando lo contradictorio de ambos fallos, por lo siguiente: si el acto recurrido no fue notificado a la actora significa que no existe (art. 45 L 19.880, sobre la función que tiene la notificación de los actos administrativos, solo se pueden aplicar una vez notificados), y si no existe mal puede ser invalidado, por lo cual tampoco se puede admitir que haya ilegalidad en la carencia del trámite de audiencia previa, porque tal invalidación carece de objeto. (a ello se agrega la carencia de consideraciones sobre la falta de servicio en que habría incurrido la demandada). A ello se agrega (aunque no hay

mayor referencia) que la propia autoridad comprobó que la actora al presentarse para obtener un subsidio para la adquisición de un inmueble omitió en su declaración el hecho fundamental de ser dueña ya de otro inmueble, omisión que produjo que obtuviera un puntaje mucho mayor del que le correspondía en perjuicio de “una serie de postulantes”, que cumplieran el requisito de no ser propietarios de tierras (consid. 13º). La Corte Suprema advirtiendo las fallas de la sentencia recurrida de nulidad sustancial, la anula de oficio.

2. En el año 2018 han primado los fallos que rechazan esta acción constitucional no habiendo encontrado alguna que la acogiera. No debe olvidarse que suele haber sido más bien una constante en el periodo anterior aceptar la Corte Suprema que la NDP sería una acción “subsidiaria”, aplicable solo en la medida que no exista ninguna acción de nulidad de origen legal para interponer la nulidad de un acto administrativo, por cuanto sería una acción “general” e “inespecífica”, lo que la haría “supletoria”, como también que “no toda ilegalidad en que se incurra conduce a la nulidad del acto” sino que los “vicios de que adolezca deben ser graves y recaer en un requisito esencial” y, además, el vicio ha de ser “manifiesto”; buen ejemplo de ello, entre otros varios, es *Ramírez Fuentes c/Municipalidad de Coyhaique* (Corte Suprema 21,3,2019, rol 29.535, Ministros C. Aránguiz Z., M. E. Sandoval G., A. Chevesich R. y abog. int.. L. Etcheberry C. y P. Pierry A.), en que frente a un acto administrativo de una Municipalidad no procede la NDP puesto que existe para ello la acción legal prevista en el art. 151 de la ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades.

Así, en estas condiciones ha sido difícil encontrar alguna acción anulatoria de derecho público que haya sido acogida. Sin embargo, de entre las rechazadas hay algunas que presentan interés en cuanto al tema discutido, como *v. gr. Gallardo Silva y otros c/Fisco (Contraloría General de la República)* (Corte Suprema 26.11.2018, rol 8863-2018, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Prado P. y abog. integr. J. P. Matus A./redactor y P. Pierry A.), caso que tenía por objeto impetrar la acción constitucional referida en contra de la CGR la cual habría procedido a derogar por medio del Dictamen 8.466, de 22.11.2008, (también el D 50.142, del 2009) un dictamen anterior que permitía a los municipios pagar a sus funcionarios un incremento otorgado por el DL 3501, de 1980, sobre el total de sus remuneraciones; este nuevo Dictamen ordenaba a los municipios requerir a los funcionarios devolver los montos mal percibidos por cuanto no correspondía haber efectuado esos pagos, debiendo, además, corregir el cálculo de tales remuneraciones (también demandaban los actores la responsabilidad del Estado, pero ello no es tema aquí).

La demanda fue rechazada en primera instancia y esta fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que llevó a los actores (267 funcionarios municipales) a deducir recurso de casación en el fondo en

su contra. Este recurso sostenía la vulneración por el fallo recurrido de los arts. 87/98 y 73/76 de la Constitución, 5º y 6º de la ley 10.336, orgánica constitucional de la CGR, 2º de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado y 53 y 61 de la ley 19.880, sobre Procedimientos administrativos.

Los actores sostenían que CGR había invalidado un dictamen sin haberse atendido a las exigencias de la ley 19.880, art. 53, que requiere para proceder a la invalidación de un acto administrativo, el inicio de un procedimiento de invalidación notificado a los afectados, un trámite de audiencia de estos y que tal acto invalidatorio debe ser dictado dentro de los dos años siguientes a haber sido notificado el acto que se invalida; nada de ello se ha producido en los hechos. Pero el punto central radicaba en que los pagos efectuados por los municipios habían “ingresado legítimamente” en el patrimonio de los actores –en virtud del Dictamen contralor origen de los referidos pagos y, por lo tanto, era incluso improcedente la revocación del art. 61 de la ley 19.880 (inciso 2º letra a). Además, sostenían los actores que la actuación de CGR invadía la competencia de la reserva judicial de los tribunales de justicia, puesto que se trataba de un asunto referido a derechos, por tanto, de “naturaleza litigiosa”, lo que hacía incompetente a la CGR para entrar a conocer del tema, por expresa disposición de su propia ley orgánica (art. 5º y 6º ley 10.336).

El tema posee una importancia fundamental para la debida comprensión de lo que es CGR y su competencia dictaminante, porque ella sostiene que dentro de sus atribuciones se incluye también el “modificar” sus dictámenes (“reconsideración”) y sin que se le exija ningún procedimiento administrativo de invalidación o revocación (ley 19.880), ni audiencia de los afectados y que, además, se aplique la modificación *ex tunc*, o sea con efecto retroactivo. En otros términos, la “modificación” que efectúa se debe entender que sería un “esclarecimiento”, pero no una modificación. *Ello contraría de modo expreso* la Constitución y la ley, porque significa una “diferencia arbitraria” y un “privilegio”, situaciones ambas que violan el derecho fundamental de la “igualdad ante la ley” (art.19 N° 2, tanto su inciso 1º como el 2º) y *viola la ley 19.880* en cuanto la tan mentada “reconsideración” usualmente es una modificación de un dictamen anterior, y como tal solo podría tener efecto *ex nunc* pero no retroactivo, y como modificación lo invalida y, por tanto, debe atenerse al art. 53 de la ley 19.880 y sus exigencias, que están previstas como “derechos” de los afectados.

Es una lástima que la Corte Suprema no haya entrado en el tema de los “derechos adquiridos” en juego, especialmente que los dictámenes posteriores, que “esclarecían” o “aclaraban” el anterior, ordenaban a los municipios requerir a los actores la devolución de las sumas que “habrían” percibido ilegalmente, sin ni siquiera indagar si había habido mala fe de ellos en el pago efectuado por sus municipios. Digo una lástima pero

agrego de inmediato que muy comprensible porque su labor no es la del profesor que trata de explicar racionalmente un tema conforme al Derecho vigente y a sus últimos fundamentos, sino su labor es la de juez, o sea, decidir si ha habido infracción de ley en el fallo recurrido y ello ha influido en lo dispositivo de él. Y aquí hay que reconocer que lo actuado por los municipios al pagar el incremento tantas veces citado había infringido las disposiciones del DL 3501/1980, ya que su art. 2º, inc. 2º, disponía expresamente: "...increméntense las remuneraciones de estos trabajadores, en la parte afecta a imposiciones al 28 de febrero de 1981....", y estos municipios, basados en el Dictamen contralor –posteriormente esclarecido por la CGR–, habían efectuado los pagos controvertidos incluso en fechas posteriores, lo que la propia ley había excluido. Ciertamente que suponiendo la buena fe tanto de los órganos municipales como de los funcionarios que recibieron esos dineros, estos no tendrían por qué soportar la actitud municipal –de entender de un modo el dictamen contralor impugnado– que ahora les obliga a devolverlos; si bien la ley 10.336 otorga al Contralor General la atribución de condonar las deudas que los funcionarios puedan tener frente al Estado/Municipalidades, cuando existan circunstancias de justicia que lo merezcan (como sería este caso).

Por último, igualmente rechazada la acción de NDP, contiene interés *Aravena Obreque c/Fisco* (Gendarmería de Chile) (Corte Suprema, 22.10.2019, rol 20.551-2018, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G. y A. Vivanco M, y abog. int. J. Lagos G. y A. Barra R./redactor). Es llamado a retiro temporal el actor en el año 2009, habiendo ingresado al Servicio de Gendarmería el 31.1.1997, y siendo Vigilante 2º en funciones en el centro penal de La Serena, habiendo sido desde el 2002 calificado cada año en lista 1, y careciendo de anotaciones en su hoja de vida. Ha sido llamado a retiro temporal sin expresión de causa por Resolución 1.226, de 8.9.2009.

El actor ha solicitado varias veces su reincorporación sin éxito pero habiendo cambiado el Gobierno (Bachelet 1) la nueva autoridad de Gobierno (Piñera 1) le respondió por Oficio 824, de 26.4.2011, expresándole que habiendo solicitado información sobre el asunto se le había informado que su retiro temporal se había debido a "hechos reñidos con la conducta esperada de un servidor público y, especialmente, de un funcionario de Gendarmería de Chile", circunstancia que no hacía posible su reincorporación, por lo cual se mantenía su retiro temporal.

La situación descrita lleva al actor a demandar la nulidad de derecho público de la Resolución 1.226/2009, referida, por su evidente ilegalidad, cual es *carecer de fundamento* (arts. 4.11.16 y 41 L 19.880) y, además, sabiéndose dos años después el motivo que la fundamentara, la imputación de algún hecho pretendidamente ilícito, sin haber dispuesto el correspondiente sumario administrativo en donde él hubiera podido presentar sus defensas (art. 19 N° 3 inc.6º de la Constitución/debido proceso). El tribunal

de primera instancia acogió la demanda por carecer de fundamento el acto recurrido, hecho comprobado debidamente en el proceso, y teniendo en consideración que la medida adoptada es un “sanción” disciplinaria grave que implica la pérdida del trabajo que desarrollaba el demandante, y tiene presente que el hecho de ser jerarquizado el Servicio demandado no lo habilita para actuar sin motivar sus decisiones y restringir incluso el debido proceso y otros derechos fundamentales de sus funcionarios. No obstante lo rotundo del fallo, basado en los hechos del proceso, la Corte de Apelaciones de La Serena lo revocó basándose en el hecho de ser la potestad ejercida por el demandado una “potestad privativa y discrecional”, no divisándose que hubiera habido una “desviación de poder”, ya que la motivación no sería necesaria tratándose de una potestad como la descrita. Salta a la vista por poco que se sepa de Derecho Administrativo los gruesos errores del fallo de alzada: toda potestad es “privativa”, es decir propia del órgano al que le ha sido atribuida por la ley (como muy bien lo conceptúa el art. 43/41 de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración) e incluso en el caso de atribuciones/“competencias concurrentes” (v. gr. Municipalidades y órganos de la Administración Central), ambos órganos “concurren” en la adopción de decisiones pero cada una con sus atribuciones privativas, que no son las mismas (vid. nuestro *Derecho Administrativo*, tomo 1/2022, 557-559), y el hecho de ejercerse una potestad con “elementos” discrecionales (una potestad enteramente discrecional, en todos sus elementos, es imposible estructuralmente, y no existe, porque sería “poder bruto”(fuerza física) y no “poder jurídico”, de suyo “vinculado a”) (vid. *ob. cit.* tomo 1, 498-513), no habilita en Chile a ningún órgano de la Administración para emitir actos administrativos sin expresar su fundamentación.

De allí que el actor recurriera de casación en el fondo en contra del fallo de alzada indicado, sosteniendo su nulidad por haberse incurrido en violación de ley que influye en lo dispositivo del fallo; al respecto señala la violación de los arts. 6, 7, 8 y 19 N° 3 de la Constitución, 4, 10, 11 y 16 de la ley 19.880, y 13 de la ley 18.575.

La Corte Suprema no puede menos que comprobar que “siendo pacífico que la Res. 1.226 carece de todo fundamento de hecho que justifique la baja temporal” del actor, “tal circunstancia, podría, en principio, ser considerada como una causal de ilegalidad en cuanto a los motivos que conlleva a su nulidad” (consid. 4°). Nótese el uso de la forma verbal condicional “podría”, lo que lleva de inmediato a pensar que la Corte a pesar de ser la resolución impugnada de nulidad, abierta y de evidencia contraria a Derecho, no está impulsada a reconocerla como tal... Y así es en efecto, porque jugando con las normas aplicables al caso rechazará la casación deducida, porque advierte lo siguiente en su consid. 5°: señala que el art. 1° de la ley 19.195, de Gendarmería, remite en la aplicación a su personal en lo que se refiere al régimen previsional y de término de

carrera, al aplicable a Carabineros de Chile (con excepción del desahucio); pues bien, la ley 18.961, orgánica constitucional de Carabineros de Chile, en su art. 43 letra h) dispone que el retiro absoluto de las filas se produce “Por haber permanecido tres años en retiro temporal”, norma que se repite en el art. 115 letra e) del DFL/Int. N° 2, de 1968, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. Habiendo presentado el actor la demanda de nulidad del acto que lo llamó a retiro temporal en Gendarmería el 25.7.2013, concluye la Corte que “que el retiro temporal del actor habría devenido en absoluto, impidiendo su reincorporación”. Y agrega a mayor abundamiento que aún “si se compartieran las conclusiones de recurrente, ha de concluirse que su pretensión no podría prosperar al existir ley expresa que obsta a su reincorporación” (consid. 6º), dado que no cabe reincorporar al Servicio a los acogidos a retiro absoluto (Decreto/Int. 5.193, de 1959, art. 131 letra h), Reglamento de Selección y Ascensos, de Carabineros de Chile).

Se diría un acucioso estudio del tema y una acertada aplicación de normas que lo regulan, unido a un dejo de lamento del Tribunal que impide acoger la demanda y anular un acto administrativo a todas luces contrario a Derecho, y comprobado fehacientemente en el expediente, por carecer de motivación o fundamento y reconocido ello de modo expreso por la propia Corte Suprema.

¿Puede quedar satisfecho quien entiende el Derecho como “lo justo” –*to dikaion, ius sive iustum*– y no como un mero juego de normas aunque lleve a una solución inicua? Ciertamente que no. *E pur si muove!* Porque ¿cómo admitir que produzca efectos jurídicos un acto administrativo rotundamente ilegal, contrario a Derecho? ¿Cómo si es *nulo ipso iure* y, por tanto, *inexistente* como acto jurídico en el ordenamiento, por expresa disposición constitucional (art. 7º)? Y no se trata de un vicio baladí, menor, como suelen señalar algunos fallos supremos –fallando contra texto constitucional expreso (art. 7º cit. incs. 1º, 2º y 3º)– puesto que se trata de un requisito de validez esencialísimo como es la “ausencia de fundamento”, esto es carecer de una justificación racional, tanto en los hechos como en el Derecho (arts. 8º de la Constitución y 4, 11, 16 y 41 L 19.880). ¿Cómo admitir que produzca efectos jurídicos un pretendido acto (porque siendo contrario a Derecho no es ni siquiera acto jurídico sino una mera “vía de hecho”) que obedece a la sola voluntad del jerarca sin que tenga una razón/fundamento que pueda expresarse? Por cuanto si no se expresa es porque no existe en los hechos, y entonces obedece simplemente al capricho o mera voluntad irracional del jefe de turno. Decisión inmotivada que afecta la carrera funcionaria de una persona que, además, ha estado por años calificada en lista 1. Debe reconocerse que el llamado a retiro temporal del actor, carente de fundamentación, fue dictado por Resolución de 2009, (Gobierno Bachelet 1) y dos años después, en 2011 (Gobierno Piñera 1), a raíz de solicitudes de reincorporación que él presentara a la autoridad

de Gendarmería, la nueva autoridad recabó los antecedentes para poder responder con fundamento, lo que hizo el propio Director Nacional del Servicio por Oficio 824, de 26.4.201, indicándole que su retiro tenía por motivación “hechos reñidos con la conducta de un funcionario público...” (ya citado). Lo que indica una violación aún mayor de los derechos del actor, por cuanto tal fundamentación merecía haber dispuesto un procedimiento disciplinario en el cual el imputado de un ilícito pudiera ser oído y presentado las defensas correspondientes, y luego la autoridad sopesar todo lo reunido en el expediente y decidir fundadamente según los hechos y el Derecho aplicable. Nada de eso se hizo sino que se impuso potestativamente una decisión arbitraria en cuanto ni siquiera se consideró la necesidad de expresarle los fundamentos al funcionario afectado. Pero hay más aún, esas leyes invocadas por la Corte Suprema para emitir su fallo suponen necesariamente un acto administrativo conforme a Derecho y jamás actos que lo violen de modo tan ostensible, como en *Aravena Obreque*, hecho que lo reconoce expresamente el mismo Tribunal. Este caso me hace recordar –*mutatis mutandis*– uno de esos fallos notable que uno encuentra en las décadas 80 al 2000, esta vez en materia de la acción constitucional de amparo general o recurso de protección, como es *Rosas Díaz c/ Director de la Policía de Investigaciones*, el caso de los 17 detectives exonerados (C. Suprema 6.5.1991, redactor prof. Fueyo Laneri, en *RDJ* t.88/1991, 2.5, 123-127, comentario nuestro en 131-134), recurrentes funcionarios de carrera llamados a retiro en ejercicio de una atribución presidencial –aplicable a personal de confianza/que no lo eran– pretendidamente discrecional y sin expresar fundamentación alguna, retiro que fuera declarado “ilegal y arbitrario”, dejándolo sin efecto y ordenando su reincorporación al Servicio con todos sus derechos. Su consid. 7º es magistral: “en un Estado de Derecho no hay margen –por principio– para el poder puramente personal”, “lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”.

3. En 2019 la situación ha cambiado no poco, pues varios fallos supremos han acogido esta acción constitucional; entre ellos merecen mencionarse, *Torres Vera c/Municipalidad de Huechuraba* (Corte Suprema 25.3.2019, rol 45.525-2017, Ministros S. Muñoz G., J. E. Fuentes y A. Vivanco, y abog.int. A. Quintanilla P./redactor y J. P. Matus A.), controversia sobre un concurso público para proveer un cargo directivo municipal (Jefe de la Unidad de Control). El tema incide en el “concurso” (valga la paradoja) de dos normas del ordenamiento municipal que el actor sostiene su compatibilidad y complementariedad y la demandada entiende que no pueden aplicarse juntamente. Se trata de los arts. 19 de la ley 18.883, Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales y 29 de la ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, referido a la Unidad de Control de dichos organismos. Este es un caso de real interés puesto que se ve en

juego cómo una parte, la demandada, se escuda *–pro domo sui–* en la pretendida incompatibilidad o contrariedad de ambas normas (lo que le favorecía, como se verá) mientras el actor pretende que ambas normas son aplicables por cuanto resguardan tanto el interés de la Municipalidad como los derechos del concursante ganador. Presentada la terna elaborada por el Alcalde al Concejo Municipal para su aprobación, la autoridad edilicia en lugar de proponer al concursante que había obtenido el primer lugar de la terna (actor en estos autos), por su más alto puntaje en el concurso llevado al efecto, propuso el nombre del segundo de ellos, lo que fue rechazado por el Concejo, conforme a los antecedentes. Ante tal rechazo el Alcalde no estimó nada mejor que declarar concluido el concurso por Decreto alcaldicio (996/2015) y acto seguido dictó un segundo Decreto llamando a un segundo concurso para proveer dicho cargo. El actor deduce, entonces, la acción constitucional NDP en contra de los dos decretos referidos atendida la violación de las normas antes mencionadas.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, con costas, por entender que el art. 29 de la ley 18.695 desplazaba al art. 19 de la ley 18.883, en atención a que aquella es norma especial por cuanto de lo contrario se entregaría la decisión del nombramiento del personal municipal al Concejo. Apelado el fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago (5.10.2017) lo confirma, ante lo cual el actor deduce casación en el fondo en su contra por la infracción a dichas normas y a los arts. 15 de la ley 18.575 y 41 inc. 1º de la ley 18.695, en razón del error de derecho en que ha incurrido al considerarlas contradictorias o considerar que hay superposición de ellas.

La Corte Suprema, muy acertadamente, analiza el tema en profundidad (consids. 10º y 11º) del fallo de reemplazo) y concluye que no hay tal antinomia o contradicción normativa puesto que son enteramente conciliables y ambas aplicables al caso de tal modo que no era procedente que el Alcalde declarara concluido un concurso para proveer un cargo *–que la propia ley señala que no cabe tenerlo vacante por más de seis años–* cuando el Concejo Municipal rechaza la proposición alcaldicia, puesto que en tal caso debe el Alcalde proponer otro nombre de los que integran la terna, dado que todos ellos son idóneos para desempeñar el cargo que se provee. De allí que es igualmente ilegal el decreto alcaldicio que llama a un nuevo concurso, por lo cual se acoge la casación deducida y se anula el fallo impugnado, que se reemplaza por el que se dicta a continuación, que revoca la sentencia casada y declara nulos de derecho público los decretos alcaldicios referidos.

Además del interés que presente este fallo *Torres Vera* en cuanto no repite los manidos errores sobre la nulidad de derecho público sino que entra derechamente a conocer de la acción deducida debe señalarse la armónica aplicación de las normas en juego y no concebir como contradictorias o antinomias normativas donde no las hay, pretexto que induce a

pensar que ello ha sido un artificio para dar razón al organismo municipal y no un acertado estudio del conjunto normativo que aplicar.

Por último, presenta interés el considerando 9º del fallo supremo de reemplazo, que advierte con precisión que en este tema de concursos para proveer cargos públicos concurren “aspectos reglados y discrecionales, debiendo entenderse que la discrecionalidad del Alcalde en la selección se limita a la elección del candidato idóneo que propondrá al Concejo, ejercicio que debe ceñirse a la forma prescrita por la ley”.

Un segundo caso nos parece de interés por el tema en que incide y es *Ramírez Angeli c/Fisco* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 29.11.2019, rol 1197-2019, Ministro M. Gómez Montoya/redactor, Fiscal Judicial M. González A, y abog. integr. F. Elorriaga D.), en que la acción de NDP se interpone en contra de un “Dictamen” de la Contraloría General de la República (Nº 12.490/31.7.2017), que ha interpretado disposiciones legales apartándose de su claro tenor e imponiendo requisitos que no están previstos en la ley negando, así, derechos que la propia ley ha conferido a determinadas personas/funcionarios públicos. El tema controvertido se refería a la aplicación de la ley 19.882/2003, sobre nueva política de personal para los funcionarios públicos (Título II, art. 7º) en cuanto esta concede una bonificación por retiro a funcionarios de carrera o a contrata que presentan voluntariamente su renuncia y están en condiciones de jubilar, según el régimen del DL 3500/81, a lo que se agregará una bonificación adicional conferida por la ley 20.948/2016. El organismo contralor exigía para la aplicación de la ley 20.948 que el funcionario estuviese por lo menos dos años ejerciendo el cargo a contrata, requisito que no aparece en modo alguno en el texto legal ya que esos dos años a que se refiere dicha ley están previstos para tener en cuenta en el cálculo del monto de la bonificación complementaria que establece. La Corte señala (consd. Undécimo) que la interpretación contralora es *contraria* al sentido claro de las leyes en aplicación y, por tanto, ha violado una muy clara y antigua regla de interpretación de las normas legales como es aquella que recuerda el Código Civil en su art. 19, que establece que no cabe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, tanto más que la ley ha regulado “una nueva política de personal para los funcionarios públicos”.

Concluye el fallo revocando la sentencia del tribunal a quo (26.3.2019) que había rechazado la demanda, y se acoge esta, sin costas, *declarando nulo* el dictamen contralor impugnado “debiéndose proseguir la tramitación administrativa para que la actora perciba, por reunir los requisitos, y previos los cálculos respectivos, los beneficios establecidos en las leyes 19.882 y 20.948”.

No sé si interpreto bien al tribunal de alzada pero me parece muy acertada la introducción que hace al tema litigioso que conoce en apelación, en su considerando 1º citando un autor que afirma que “la Contraloría

resuelve controversias entre la Administración y particulares ejerciendo una jurisdicción imperfecta que se enmarca en la actividad administrativa”. Y digo “acertada” porque la cita contiene un error, que nos parece evidente, al hablar de “jurisdicción imperfecta” que resuelve controversias entre la Administración y particulares, al realizarse la actividad administrativa. Error que el fallo de la Corte rebate muy bien, de manera bien diplomática pero firme, al sostener que ni la emisión de un dictamen ni en la toma de razón “hay un procedimiento preestablecido que ofrezca las garantías mínimas con acceso permanente al expediente”, y tampoco los actos contralores poseen el efecto de cosa juzgada, y sin decir más *deja así expresa constancia que esos actos son plenamente susceptibles de ser conocidos en su conformidad a Derecho por los tribunales de justicia*. Y es que ello se enmarca en un principio fundamental que es base de la institucionalidad de la República –y desde la época indiana, hay que reiterarlo– como es la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (arts. 4ª y 73/76 de la Constitución). Por lo demás, ello está expresamente establecido en la propia ley orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado 18.575 (art. 10º).

Y no solo, valga recordarlo, los “dictámenes” contralores son recurribles ante los tribunales de justicia sino incluso las “resoluciones” que dicte el Contralor General, como quedó muy en claro cuando el actual Contralor General pretendió destituir a la Subcontralora, pidiéndole la renuncia, la que no fue presentada (porque no correspondía) ante lo cual declaró vacante el cargo y procedió a nombrar a otra persona en su reemplazo; recurrido ello de protección por la afectada, tanto la Corte de Apelaciones de Santiago (primera instancia) como la Corte Suprema que confirma (segunda instancia) declararon ilegal tal decisión por carecer de competencia aquel, ya que siendo el Subcontralor “un juez de la República” (primera instancia del juicio de cuentas) solo puede ser removido de acuerdo con lo previsto por el art. 4º de la ley 10336, orgánica constitucional de la CGR, luego de un juicio de amovilidad y por decreto supremo presidencial (*vid.* este caso interesantísimo, Corte Suprema 30.11.2018, en *Ius Publicum* 42/2019, comentario nuestro en 295-300)².

²Nunca es suficiente insistir en que la Contraloría General de la República *no es una jurisdicción* en nuestro país y carece de atribuciones jurisdiccionales en su función de controlar la legalidad de los actos de la Administración (arts. 77-78/98-99 Constitución). El hecho que el “Tribunal de Cuentas”, que es una jurisdicción propiamente tal, aparezca insertada en la ley 10.336, orgánica constitucional de la CGR (Título VII, arts. 107-130), no significa que sea la CGR una jurisdicción, puesto que quien juzga las cuentas reparadas de los funcionarios obligados a rendirlas, es un “tribunal (especial) de la República”, tanto en primera como en segunda instancia, y el hecho que quien ejerce la función de juez de primera instancia, sea el subcontralor, y miembro del tribunal colegiado de segunda instancia sea el contralor general, *no convierte al organismo CGR en jurisdicción*. Esta situación se debe a una circunstancia puramente histórica chilena, que valga recordar aquí: ya en 1820, Chile es república independiente/1818, el Director Supremo, don Bernardo O’Higgins Riquelme crea, después de

También presenta interés *Guajardo Miranda y otros c/fisco* (Corte Suprema 30.5.2019, rol 6551, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Vivanco M. y A. Prado P./redactor y abog. int. P. Pierry A.), que presenta una acción de NDP en contra de un Decreto Exento de la Subsecretaría de Bienes Nacionales N° 453/2009, que derogara un Decreto exento anterior de la misma autoridad, de 1998, que había dispuesto la transferencia en venta directa de un inmueble fiscal a la madre de los actores, todos de la etnia atacameña y había vivido en el inmueble por más de cuarenta años. Habiendo ella pagado al contado el 30% del precio de venta y rendido la garantía prevista en el contrato, falleció antes de poder firmar el contrato de compraventa. Uno de los actores sigue viviendo en el predio como arrendatario de dicho inmueble fiscal en virtud de otro Decreto exento de dicha Subsecretaría del año 2013.

Pues bien, los actores plantean la acción constitucional referida fundados en el hecho de haberse dictado el acto administrativo derogatorio Decreto ex 453/2009, sin que jamás hubiera sido notificado a los interesados ni hubieran tenido conocimiento de ello, lo que para los sucesores de la madre fallecida, doña Alejandra de Mercedes Miranda, habría habido un acto invalidatorio, que aparece evidentemente ilegal, por cuanto se habría violado en todos sus extremos el art. 53 de la ley 19.880, es decir no hubo notificación del inicio del procedimiento de invalidación, no hubo audiencia previa y tampoco hubo notificación del acto invalidatorio. En otros términos, carecería de “competencia” la autoridad ministerial para haber actuado como lo hizo (art. 7° de la Constitución y art. 3° incisos 2° y 5° de la ley 18.575).

La autoridad se excepciona aduciendo que no ha habido un acto invalidatorio sino propiamente un acto “revocatorio” porque al año 2009 las circunstancias habían cambiado y la referida venta que no había

ser aprobado su proyecto por el Senado Consulto, el Tribunal Mayor de Cuentas, por Decreto Supremo de 8.6.1820, el que será reformulado por Decreto/Ordenanza de 18.5.1839, emitido en Valparaíso, en su Título III; este Tribunal constituiría la segunda instancia “en los pleitos de cuentas”. Esta misma Ordenanza crea la Contaduría Mayor (*vid. R. Anguita, Leyes promulgadas en Chile 1810-1912* (3 vols.). Imprenta Barcelona. Santiago de Chile. 1912, t.1, 72-74 y 321-362). Debe recordarse que por ley de 22.12.1875, se reorganizó la administración de Hacienda, estableciéndose 6 Oficinas, a saber la Corte de Cuentas, las Direcciones de Contabilidad Jeneral, del Tesoro y de Amonedamiento, de Impuestos y Crédito Público, y de Aduanas, y además Tesorerías provinciales y departamentales (art. 1°); la referencia a la Corte de Cuentas en arts. 2° al 5° (*vid. Anguita cit. t. 2, 304*). De allí que cuando se crea la CGR por DFL N° 400 bis de 1927 (D. Oficial 12.5.1927) ella viene a ser la reunión de varias de las Oficinas existentes a esa época que desarrollaban funciones contables y de fiscalización en materia financiera del Estado y por ello es que aparece entre esas entidades el Tribunal de Cuentas, con una configuración de tribunal de doble instancia, conociendo en primera instancia el Subcontralor y en segunda instancia el Contralor General, instancia de apelación hoy de conocimiento de un tribunal colegiado, presidido por este órgano superior (*vid. una breve síntesis en nuestro Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 792).

podido ser perfeccionada ya no era conveniente y procedía seguir un procedimiento diferente para lograr esa transferencia del mencionado inmueble y, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 53 citado sino aplicación del artículo 61 de la misma ley, que prevé la revocación de los actos administrativos.

La Corte Suprema, al conocer la casación en el fondo, comprueba que es un “hecho indiscutido” de la causa que el demandado (Fisco/ Ministerio de Bienes Nacionales) ha reconocido a los actores, en cuanto integrantes de la sucesión de la extinta, ya mencionada, como “interesados” en el procedimiento de transferencia de dominio como, asimismo, ha reconocido que no hubo notificación alguna a ellos del acto derogatorio indicado, por lo cual aparece que ha habido una clara *violación del art. 45 de la ley 19.880*, lo que hace innecesario referirse a los demás capítulos del recurso, dado que al producirse esa omisión “se ha incurrido en un yerro jurídico” “que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo atacado, puesto que de haberse aplicado tal regla, el laudo de primer grado hubiere sido revocado” (consid. 10º). En tal virtud *se declara nula la sentencia recurrida* (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15.3.2018) que se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Esta sentencia de reemplazo presenta varios aspectos interesantes, dignas de destacar, como son el carácter objetivo y declarativo de esta acción de derecho público, el carácter que poseen las notificaciones de los actos administrativos, la improcedencia de la revocación de los actos administrativos, y el tema de la prescripción de la acción constitucional de NDP. Respecto del primer punto anotado es digno de alabarse lo que expresa su consid. 6º, que de modo muy claro expresa que el efecto de esta nulidad “viene de la propia Constitución Política de la República cuando en su artículo séptimo inciso final *prescribe imperativamente tal efecto*, siendo labor del órgano jurisdiccional, constatar este hecho retrotrayendo todos los efectos del acto nulo al estado anterior a su ocurrencia. Por ello, ha de entenderse que *se trata de una nulidad ab initio que puede y debe ser declarada de oficio por un tribunal*” (cursivas nuestras). En cuanto a la notificación, la ley 19.880 adopta un criterio muy claro y que es obvio, “sin notificación un acto administrativo no produce efectos jurídicos”, así de simple, y, por tanto, no puede ser ejecutado o aplicado, ya que si se aplicara deviene en una mera “vía de hecho”, que no jurídica. Ahora bien, como también la ley ha previsto la llamada “notificación tácita”, que al efecto describe (art. 47), ella debe ser probada debidamente, lo que al no haber ocurrido, queda firme el hecho de no haber habido notificación alguna del acto derogatorio aludido. En relación con este punto la Corte analiza el tema de la prescripción de la acción de NDP que el demandado dedujo como excepción y que el fallo de primer grado rechazara porque no existiendo prueba de haber habido una notificación tácita, no ha sido posible determinar el inicio del plazo para interponerla (consid. 5º): “la

ausencia de notificación expresa del acto cuestionado y la incertidumbre respecto a su notificación tácita impide indefectiblemente el cómputo del plazo de inactividad que ha sido invocada por la demandada, circunstancia que obsta al éxito de esta defensa". Y, por último, es importante lo que establece muy claramente la Corte respecto a la "revocación" alegada por el fisco: hemos analizado este tema en otra ocasión³ y advertido las inconsecuencias de este mecanismo de extinción de los actos administrativos, que permitiría, por razones de "inconveniencia u oportunidad", dejarlos sin efecto *ex tunc* (para el futuro), pero que según el texto del art. 61 de la ley 19.880 en la práctica sería de imposible aplicación, dadas las excepciones que establece para su aplicación. Es precisamente, lo que comprueba la Corte muy bien, al señalar que el Decreto exento de la Subsecretaría de Bienes Nacionales de 1998 que autoriza la transferencia de un inmueble fiscal a la madre de los actores y habiendo concurrido el pago de un 30% de su precio y la garantía prevista en el contrato, ello demuestra que la compradora, y ahora sus sucesores –actores de este litigio– tienen un "derecho adquirido" a la suscripción del contrato, "derecho personal de evidente contenido patrimonial y, por tanto, transmisible, al no existir norma alguna que excepcionalmente ordene su intransmisibilidad" (consid. 8º), atendido que con precisión dicho art. 61 expresa que no procede la revocación de existir derechos legítimamente adquiridos (inc. 2º letra a). Que es lo que ocurre en este caso concreto y por lo cual la Corte, comprobando que la autoridad ha actuado "contra prohibición expresa establecida en una norma que, como se ha dicho, delimita la esfera de competencia de todo órgano administrativo", la ha hecho incurrir "en un motivo de ilegalidad" "que determina su nulidad" (consid. 9º). Por ello, termina la Corte revocando la sentencia impugnada y "se declara que se acoge la demanda intentada en lo principal de fojas 1, *declarándose nulo de derecho público el Decreto Exento N° 453, dictado por el Ministerio de Bienes Nacionales, el uno de julio de dos mil nueve*".

4. Ya en el año 2020 es posible encontrar algunos casos de real interés, como *Namoncura Godoy c/ Superintendencia de Seguridad Social* (Corte Suprema 13.4.2020, rol 37.172-2019, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Vivanco M, y L. Llanos S./redactor y abog, int. J. Pallavicini M.; el fallo y comentario nuestro en Anexo). El actor plantea la nulidad de derecho público de un Oficio Ordinario de la demandada que le denegara el otorgamiento de pensión de este caso concreto, invalidez y, por lo tanto, de las peticiones anexas derivadas de aceptarse la pretensión anulatoria. El tribunal de la instancia, confundiendo la petición deducida, declaró la

³Vid. parágrafo *La revocación*, de nuestro Derecho Administrativo, tomo 2, El acto administrativo, Thomson Reuters. Santiago de Chile, en prensa, también *La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 46/2021, 85.110).

prescripción del derecho a esas prestaciones (ley 16.744) sin atender a que lo que se pedía era la anulación del acto administrativo denegatorio y, por tanto, la ley referida era ajena al litigio. En otros términos, el fallo decidió un asunto que no decía relación con lo pedido por el actor a través de una acción específica, aplicando una legislación que no era la que correspondía a la acción deducida. Al confirmar el tribunal de alzada (Corte de Apelaciones de Santiago, 10.10.2019) dicho fallo, el actor dedujo casación en el fondo. El error de derecho era evidente e influía en lo sustantivo de la sentencia recurrida por lo cual la casación fue acogida por la Corte Suprema declarándola nula dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo. Lo extraño del caso es que siendo clarísima la solución que debía darse al asunto debatido, se rechazó la prescripción opuesta por la Superintendencia demandada pero por una mayoría de tres jueces se decidió que fuera un juez no inhabilitado quien se pronunciara sobre el fondo.

Varios puntos de interés presenta *Namoncura Godoy*, como por ejemplo, *la plena procedencia* de esta acción constitucional, refutando una tendencia que pretende que sea una acción subsidiaria y procedente solo en la medida que no hubiera otra acción por la cual recurrir de nulidad en contra de un acto administrativo; además, que *esta acción tiene fines y naturaleza propios*; que *se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo* (cons. 8º). En este último aspecto, este considerando me parece que, sin decirlo expresamente, afirma de modo un tanto críptico que la nulidad de derecho público es *imprescriptible* y digo esto porque señala que el fallo recurrido de casación en el fondo “ha desconocido la naturaleza propia de la acción entablada, esto es la de nulidad de derecho público, que se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo”. “Normas distintas” de la de cinco años que aplicó el fallo de primera instancia (art. 79 de la ley 16.744); se suele afirmar por quienes sostienen que esta acción constitucional es prescriptible que dicho plazo es el de cinco años previsto en el Código Civil (art. 2515) y entendiendo que esta acción es una acción “ordinaria”. Si la prescripción de la nulidad de derecho público se rige por “normas distintas” ¿qué normas se aplicarían? Tanto más se estaría afirmando su “imprescriptibilidad” si se tiene en cuenta que el fallo de reemplazo en su consid. 3º decide que “no verificándose en la especie los supuestos de la prescripción extintiva opuesta” se concluye revocando la sentencia impugnada y “se declara que se rechaza la excepción de prescripción opuesta por el demandado”.

También, *Ciudad Viva y Junta de Vecinos N° 33 Bellavista c/ Municipalidad de Recoleta* (Corte Suprema 15.4.2020, rol 8.324-2019, Ministras M.E-Sandoval G., A. Vivanco M., y M. A. Repetto G., y abog. int. A. Quintanilla y D. Munita), que presenta la interposición de la acción constitucional de nulidad de derecho público dirigida a obtener la nulidad de un permiso

de construcción y su modificación. El fallo de primera instancia rechaza la pretensión el cual es confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, dado que las actoras carecen de legitimación activa; es impugnada esta sentencia de alzada por las demandantes tanto por casación de forma como de fondo, recursos ambos rechazados. Presenta interés este fallo en cuanto a que la Corte Suprema entiende que no bastaría pretender estar legitimado para recurrir poseyendo un mero “interés legítimo” por los actores sino un derecho subjetivo efectivamente lesionado (consid. 2º), situación que el fallo de alzada argumentaba que carecían de ello ambas demandantes, pues ni siquiera en lo atinente a la Junta de Vecinos correspondía al vecindario del edificio cuyo permiso de construcción se impugnaba. Ha de recordarse, en este punto, que el planteamiento del “interés legítimo” aparece en la jurisprudencia y doctrina italiana en razón de circunstancias propias del sistema jurisdiccional de ese país y a comienzos aproximadamente del siglo XX, en cuanto si se invocaba un “interés legítimo” para la anulación de un acto administrativo la competencia para su conocimiento estaba radicada en el Consejo de Estado, en cambio cuando se invocaba un “derecho” afectado la competencia estaba radicada en los tribunales de justicia/justicia ordinaria. Este planteamiento italiano estaba fundamentado en que habrían situaciones jurídicas subjetivas más amplias que darían cabida a “intereses” no precisamente patrimoniales sino indirectos que permitirían iniciar un control, especialmente respecto a actos administrativos en que intervenían elementos discrecionales (o *merito*, como le llaman los italianos). Cabe agregar que desde hace bastante tiempo afirmar que el mérito/discrecionalidad no es susceptible de control judicial ya no es aceptable jurídicamente, puesto que es también parte de la juridicidad del acto, como la Corte Suprema lo ha sostenido y afirmado a través de la jurisprudencia en materia del recurso de protección casi desde el inicio mismo de la aplicación de esta acción constitucional de amparo general (*vid.* esta obra, tomo 1/2022, 471-520, espec. 498 ss. y este t. 2 párrafo sobre impugnación de los actos administrativos).

En igual sentido, exigiéndose “derechos lesionados” en el actor para deducir esta acción constitucional se ha pronunciado la Corte Suprema en *Hermann Pacheco c/Municipalidad de Recoleta* (15.4.2020, rol 29.002-2019, Ministras M. E. Sandoval G., A. Vivanco M. y M.A. Repetto G. y abog. int. D. Munita y A. Quintanilla), caso que planteaba la nulidad de derecho público de un permiso de construcción y su modificación⁴.

⁴Este caso, al igual que al precedente *Ciudad Viva* cit., es el bullado asunto judicial –aún pendiente– de la conocida edificación del Conjunto Armónico Bellavista, que estando terminado un edificio, con departamentos vendidos, no ha podido ser habilitado para vivienda por resistirse la Municipalidad (alcalde) a otorgar la recepción final por cuanto sostiene que el permiso fue dado con violación de la ley, no obstante que no hay nulidad judicialmente declarada de los permisos respectivos.

Este caso presenta una curiosidad bien especial como es que la Municipalidad demandada “se allana” a la demanda, pretensión que es rechazada tanto en primera como en segunda instancia; pero veamos primero el tema de la legitimación activa y pasiva que es el de mayor interés ahora.

Como era de esperar el actor recurre de casación de forma y fondo en contra del fallo de alzada de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sostiene el recurrente que el tema de la legitimación no ha sido objeto de controversia en el litigio y, por tanto, no ha sido materia sometida a su conocimiento, alegando, además, que la demandada se allanó expresamente a la demanda y por ello no opuso excepciones que controvirtiesen la calidad de legítimo contradictor del actor⁵. Es el cons. 9º del fallo de casación fondo el que analiza el tema, explayándose sobre la legitimación activa y pasiva; reconoce el tribunal de casación que ellas constituyen un “presupuesto” de la acción que el tribunal –al conocer de la demanda– *debe examinar* y que se refiere al litigio mismo no pudiendo confundirse con la sola capacidad procesal ya que coincide con la *legitimatío ad causam*, es decir, la legitimación es requisito para la “admisión” en la sentencia de la pretensión ejercida, y que el tribunal debe analizar aún de oficio. Lo interesante en este caso es que la mera presentación de un “allanamiento” por la Municipalidad demandada no basta –al igual que en *Ciudad Viva cit.*– dado que *es el tribunal quien debe decidir si es o no procedente*. Y aquí es digno de relevancia la decisión del tribunal el cual con debido acierto señala que el examen que ha de realizar el tribunal es en relación con aspectos sustanciales que se debaten en el litigio específico, y en este caso de esta acción constitucional tal allanamiento no puede recaer en derechos indisponibles, irrenunciables y en materias de orden público (consid. 10º). De “orden público” por cuanto recae en materia de urbanismo que incide, precisamente, en ello y, además, no cabe allanamiento cuando hay derechos de terceros como es el titular de los permisos de edificación cuya nulidad pretende el actor y que no solo no ha sido llamado al proceso sino que incluso se le denegó su comparecencia en primera instancia. Habiendo, pues, un interés público comprometido no se trata de derechos disponibles para las partes, por lo cual dicho allanamiento es jurídicamente improcedente.

También rechaza la casación deducida confirmando el hecho comprobado ya desde el fallo de primer grado, que el actor carece de la “legitimación activa” para demandar puesto que, por una parte, no ha acreditado la existencia de la Fundación por la cual demanda como tampoco ha acreditado que es su representante legal o director, y como si fuera poco tampoco ha acreditado que pueda tener “interés” en el tema desde

⁵No hay que ser muy sutil ni muy “avisado” para advertir que ha de haber habido una convivencia entre actor y demandado..., como también en el caso *Ciudad Viva cit.* precedente.

que su domicilio ni siquiera se encuentra en la comuna de Recoleta, en donde está la edificación cuyo permiso de edificación pretende sea anulado y, por tanto, carece de un interés personal y directo; por otra parte, el fallo sostiene que la Municipalidad demandada carece de “legitimación pasiva” desde que no ha producido ningún agravio.

5. Ya en 2021 nos parece de interés mostrar *Inversiones e Inmobiliaria Mos Ltda. c/Municipalidad de Coronel* (Corte Suprema 13.9.2021, rol 11.681-2021, Ministros S. Muñoz G., M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A./redactora y abog. int. R. Águila Y.), que presenta una acción constitucional de nulidad de derecho público dirigida a obtener la nulidad de un certificado del secretario municipal de la demandada, recaído sobre una deuda de patentes municipales.

La acción se presenta ante el juez civil en procedimiento de juicio ordinario, como corresponde, la cual es rechazada por entender que no hay vicio alguno en tal certificado y por lo tanto no adolece de ilegalidad como se pretende por el actor (consid. 13). Ha de señalarse que la Municipalidad demandada no ha opuesto excepción dilatoria alguna ni otra defensa procesal y tampoco ha indicado que esta no sería la vía idónea para impugnar dicho acto administrativo, habiendo quedado debidamente fijados tanto el tribunal competente como la cuestión debatida. Recurrido el fallo ante la Corte de Apelaciones de Concepción esta confirmó el fallo pero extendiéndose a cuestiones no objeto de la controversia, por lo cual el actor deduce recursos de casación de forma y fondo en su contra ante la Corte Suprema.

Nos interesa la casación de forma por cuanto incide en nuestro tema directamente. En efecto, el recurrente sostiene que el fallo de alzada ha excedido sus facultades al pronunciarse sobre algo que no fue sometido a su conocimiento por las partes, cayendo, en consecuencia, en el vicio de *ultra petita*, además de incurrir en contrariedades puesto que declara por una parte la incompetencia del tribunal de primer grado y, por otra, que la vía de la acción constitucional referida no es la vía idónea para impugnar un acto administrativo municipal, desde que en la propia ley de municipalidades (18.695) existe la acción específica de reclamación de ilegalidad municipal que consagra su artículo 151. La Corte Suprema desecha la alegación de existir *ultra petita* (consids. 5° y 6°) y que el fallo recurrido se haya extendido a puntos no alegados por las partes (consid. 11° del fallo de alzada). Curiosamente, el máximo tribunal señala que en el tribunal de primer grado “ninguna excepción de incompetencia tenía que oponerse” como para que los sentenciadores de alzada efectuaran este examen sobre la vía idónea y la incompetencia (consid. 6°).

Pareciera olvidarse que ninguna ley y menos la Constitución contiene, establece o dispone, que existiendo en el ordenamiento jurídico varias acciones que permiten amparar los derechos de las personas, y derechos

fundamentales (como ocurre muy frecuentemente; recuérdese que es posible encontrar acciones de origen constitucional y de origen legal, tanto de amparo, declarativas y hasta de condena), no puedan estas escoger, precisamente, en virtud de su derecho natural de acceso a la justicia y derecho a la acción (art. 19 N° 3 inc.1°) la acción que mejor convenga a la defensa, protección o amparo de un derecho que le ha sido amenazado, perturbado o cercenado por medio de un acto administrativo emitido en contravención a Derecho (art. 7°).

Una vez más debemos insistir que esto de la supletoriedad o carácter subsidiario que tendría la acción constitucional de nulidad de derecho público es una “invención” más del espíritu “creativo/legislador” *contra legem* que ha invadido a la Corte Suprema como una epidemia intelectual desde hará una decena de años y que, por desgracia, suele no pocas veces ir en menoscabo y desmedro de los derechos de las personas. Ha de recordarse que ni bajo la Constitución de 1833 ni bajo la de 1980 y sus innumerables reformas, ha tenido cabida al menos hasta 2008 aproximadamente, este planteamiento de que una acción constitucional tenga el carácter de subsidiaria. No puede omitirse que esta idea es claramente estatista, pro Estado, pro administración y en perjuicio de las personas afectadas por una actuación antijurídica de ellos. Ciertamente es que se suele hablar del “principio de especialidad” pero ello puede ser posible aplicarlo en una relación entre particulares en donde las relaciones son de igualdad de equivalencia (conmutativas) pero no cuando se trata de amparar, proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado; cómo prescindir del hecho real que es en razón de ello que el ordenamiento jurídico –e incluso al más alto nivel, es decir constitucional– ha previsto numerosas defensas jurídicas para asegurar tal amparo, precisamente, como esta acción constitucional de nulidad de derecho público. Valga recordar que así lo ha entendido la mismísima Corte Suprema desde el 1° de marzo de 1973, a través del discurso de la inauguración de dicho Año Judicial, por su presidente (Enrique Urrutia Manzano) (*vid.* RDJ t.70/1973, Primera Parte, V-XXV).

Resumiendo, este fallo supremo incide en varios errores, ya señalados en otros pronunciamientos, como, *v. gr.*, (a) que es una “sanción de ineficacia” (consid. 10°), (b) que no toda violación de la ley produce como efecto jurídico la nulidad del acto administrativo en que concurre un vicio (consid. 12°), lo que revela un total desprecio de norma expresa de la Constitución (art. 7° inc. 3°) que es, además, “base de la institucionalidad” y “fundamento del principio de juridicidad”, que permite asegurar la “supremacía constitucional”, mecanismo esencial para afirmar un Estado de Derecho y (c) que la Constitución no consagra una determinada acción procesal de nulidad (consid. 13°) y que de admitir su existencia sería una acción meramente subsidiaria o supletoria para llenar un vacío normativo a nivel legal (consid. 14°). Para salvar lo horrendo de esta última afirmación del

fallo, debe señalarse que el Ministro Muñoz Gajardo plantea su prevención expresando que no está de acuerdo con este considerando 14°. Estos mismos planteamientos que desconocen enteramente la jurisprudencia anterior (años 1973 a 2007/8 aproximadamente) es repetida días después en *Empresa Nacional de Energía Enx c/Consejo de Defensa del Estado* (Corte Suprema 24.9.2021, rol 112.403-2020, Ministros S. Muñoz G./redactor, M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A. y abog. int. J. Lagos G.), y también meses después en *Aracena Muñoz c/Fisco* (Corte Suprema 28.6.2022, rol 14.444-2021, Ministros A. Vivanco M., A. Ravanales A. y M. Carroza E. y abog. int. D. Munita L./redactor y E. Alcalde R.) casos ambos sobre la impugnación anulatoria (art. 7° de la Constitución) de resoluciones de Seremis Bienes Nacionales, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, y contra título de propiedad inscrito. Valga señalar que el tribunal de primera instancia (2° Juzgado de Letras de Talca) en este segundo caso citado, si bien rechaza la demanda por no encontrar vicios en el acto administrativo impugnado, para rechazar la excepción de prescripción de la acción opuesta por el demandado establece que la acción de nulidad de derecho público es “imprescriptible”, desde que no existe norma alguna al respecto siendo inaplicable la regulación del Código Civil, salvo en lo que se refiere a los aspectos patrimoniales de admitirse la pretensión anulatoria, lo que sería revocado por el fallo de alzada, que acogió la excepción opuesta por el fisco.

6. Ya en este año 2022 y en los que van corridos ya once meses, hay varios casos de pronunciamientos supremos sobre esta acción constitucional de nulidad de derecho público, si bien no hemos encontrado ninguno en el cual haya sido acogida; algunos por falta de fundamentos, otros por carecer de legitimación activa, y alguno por no ser la vía idónea (ya que incide en una controversia entre particulares). De interés para analizar nos parece *Soluciones Informáticas PC Kapital Ltda. c/Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (Corte Suprema 22.8.2022, rol 91.766, Ministros S. Muñoz G., M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A., y abog. int. C. Coppo D./redactora), en el que la actora recurre de nulidad de derecho público en contra de una Resolución exenta de la Junta referida que adjudicara la licitación de un Convenio Marco para la adquisición de computadoras, *software*, productos y servicios asociados, a otra oferente. En síntesis, la recurrente sostuvo que la adjudicación era contraria a Derecho por cuanto alterando las Bases de la licitación habría exigido que los computadores fueran de un solo color.

En cuanto al tema que analizamos aquí ha de advertirse que en este caso los tribunales de la instancia rechazan la pretensión anulatoria por estimar que no existe infracción a las normas que regulan la contratación administrativa y, por lo tanto, no habría vulneración a los arts. 6° y 7° de la Constitución ni a las normas específicas de las leyes 18.575, arts. 9° y 19.886, art. 10°. Concluye la Corte Suprema, al conocer la casación de

fondo, que no ha existido la infracción alegada por el actor especialmente en cuanto a que no ha habido alteración de las Bases; pero en lo que nos interesa, ha de señalarse que la Corte *entra sin obstáculo alguno a conocer del tema* sin sostener –como hemos visto en fallos precedentes– que esta acción constitucional es subsidiaria o supletoria, y que, por tanto, se rechaza la pretensión anulatoria por no ser la vía idónea, es decir que el actor habría errado la acción intentada para defender sus derechos. Sin duda, este fallo, en este aspecto, resulta auspicioso...

Un caso de interés, si bien más en el aspecto procesal de esta acción constitucional, es *Pronova Technologies S.A. c/Claro Servicios Empresariales S. A y otro* (el Fisco de Chile) (Corte Suprema 27.9.2022, rol 5099-2021, Ministros S. Muñoz G., A. Vivanco M., M. Carroza E./redactor, A. Ravanales A. y abog. int. E. Alcalde R.), en el cual se plantea la nulidad constitucional respecto de una Resolución ex. de la Subsecretaría de Redes Asistenciales N° 203/5.3.2019, que adjudicando una licitación rechaza por inadmisibles la oferta de la actora. Se trataba de una Gran Compra Convenio Marco, contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en modalidad de *software* como servicio. Conociendo un tribunal civil de Santiago los demandados dedujeron incompetencia del tribunal, que fue rechazada, lo cual fue objeto de apelación, la que fue acogida por el tribunal de alzada, fallo que fue recurrido de casación de forma y fondo. La Corte Suprema advierte que ambos recursos son inadmisibles dado que la resolución recurrida incide en procedimientos regidos por leyes especiales (aquí la ley de compras públicas/ 19.886), y que no resuelve el asunto controvertido, ni pone término al juicio o hace imposible su continuación, por lo cual actúa de oficio (art. 84 Cód. Proced. Civil) ya que comprueba que se ha incurrido en un error de procedimiento, que explica en nueve considerandos. La explicación es simple: la ley 19.886 da competencia al Tribunal de Compras Públicas para conocer de las reclamaciones que especifica al efecto, entre las cuales no se encuentra lo que es demandado por la actora, que no solo pide la nulidad de determinados actos administrativos en el procedimiento de licitación sino que, además, solicita la indemnización de perjuicios que le ha significado el acto que pretende se anule, lo que es ajeno a la previsión de la referida ley 19.886. De allí que anula la resolución del tribunal de alzada y declara que el tribunal civil ante el cual se dedujo la acción de nulidad de derecho público es competente, debiendo continuar con la prosecución del litigio.

Ya de relevancia en cuanto se refiere a una acción constitucional de derecho público es *Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 18.302022, rol 792-2021, Ministros P. Droppelmann C. y Leonardo Aravena R. (s) y abog. int. G. Góngora E./redactor), *acogida en alzada*, deducida en contra de un acto administrativo de sanción disciplinaria de un funcionario municipal, sancionado dos

veces por los mismos hechos. La Corte conoce de la apelación del fallo del tribunal a quo –Juzgado de Letras de Casablanca– que rechazara la pretensión anulatoria, y lo revoca fundamentando su decisión en la propia Constitución (arts. 6º y 7º y 19 N° 2 igualdad en y ante el Derecho) puesto que se trata de una acción constitucional y ha habido una evidente violación de la Carta Fundamental cual era que el Alcalde recurrido dejó sin efecto un decreto alcaldicio que le había impuesto al actor la medida disciplinaria de multa y que había sido aplicada, esto es debidamente cumplida, y luego por intervención de la Contraloría Regional de Valparaíso, a donde había recurrido un tercero reclamando por la baja sanción referida, el Alcalde dictó un segundo decreto destituyéndolo. Tal desaguisado municipal violaba de modo demasiado grosero no solo la debida igualdad ante la ley (sufrir una diferencia arbitraria evidente) sino principios elementales del derecho punitivo, aplicable también al derecho administrativo, como es el principio del *non bis in idem*. El acto administrativo que se deja sin efecto habría producido todos sus efectos jurídicos, por lo cual además de ser inamovible había producido el “desasimiento” total de la autoridad municipal, puesto que ya había agotado su competencia sobre el asunto. La Corte, en consecuencia, revoca el fallo apelado, deja sin efecto el decreto alcaldicio de destitución impugnado y ordena a la demandada reincorporar al actor en su cargo y, además, debiendo pagársele todas las remuneraciones, emolumentos y cotizaciones que correspondan por el tiempo que ha dejado de percibir las desde que se hizo efectiva la sanción de destitución. Recurrido esta sentencia ante la Corte Suprema esta llama a conciliación llegando las partes a avenimiento, que es aprobado por el supremo tribunal.

2. UNA SÍNTEISIS Y ASPECTOS PARA LA REFLEXIÓN

Si pudiéramos sintetizar en algunos puntos lo que nos depara hoy la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la acción constitucional de nulidad de derecho público, podría, con cierta aproximación, decirse lo siguiente:

1. Un claro e indiscutible reconocimiento de la *existencia de esta acción* en nuestro ordenamiento jurídico, la cual era indiscutida a partir del discurso inaugural de la apertura del año judicial 1973 (marzo) del presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, y casos posteriores de ese mismo año y siguientes, y hasta aproximadamente el primer sexenio del siglo XXI. Este reconocimiento fue plasmado incluso a nivel legal con el DFL/H N° 3, de 1997, artículo 3º, estatuto orgánico del Consejo de Defensa del Estado, al incluirla entre las acciones deducidas en juicios que debe intervenir dicho organismo y confirmado este reconocimiento en los casos en los cuales el propio

Consejo deduce esta acción como actor para demandar la nulidad de un determinado acto administrativo (como en casos citados). Es decir, como ya se reconocía desde 1833, existía esta acción constitucional y se encontraba en el mismo texto de la Constitución de 1833 (art. 160), y lo reconocía y aplicaba la jurisdicción sin obstáculos, será recogido en la Constitución de 1925 (art. 4º) y en la Constitución de 1980 (art. 7º), textos que expresan de modo muy claro que *todo acto emitido en contravención a la Constitución es nulo*.

2. Una no controvertida afirmación de ser esta acción constitucional *una vía procesal idónea para obtener* ante los tribunales de justicia *la nulidad de los actos administrativos*; y decimos esto por cuanto respecto de los actos procesales de un litigio de competencia de un juez su nulidad está prevista en la propia ley procesal que lo regula, del mismo modo que la nulidad de los preceptos de una ley está regulada constitucionalmente por la vía de la llamada “acción de inaplicabilidad” en un caso concreto de litigio pendiente y cuyo conocimiento está entregado al Tribunal Constitucional (art. 93 N°s. 6 y 7).
3. La reconocida necesidad, desde el inicio de esta acción (art. 160 CP 1833), que para impetrarla se requiere en el actor *contar con un interés personal y directo* agraviado por un acto administrativo. Habría que precisar que mientras en la acción constitucional de amparo general como es el llamado recurso de protección (art. 20 CP) se requiere que el actor debe poseer un “derecho” “agraviado en su legítimo ejercicio” (sea amenaza, perturbación o privación), en la acción de nulidad de derecho público se suele exigir, ahora último, más bien un “interés”, vale decir un grado menor en su situación jurídica agraviada, pero ello no es un planteamiento unánime, porque el mismo concepto de “interés” carece de un contenido objetivo, y suele quedar entregado al criterio del tribunal, con un margen muy notorio de discrecionalidad, lo que perturba de suyo a formar una jurisprudencia.
4. De allí que sea más propia afirmar que para impetrar esta acción *el actor debe sufrir un agravio en un derecho que posea*, esto es algo que le pertenece como suyo, sea un derecho adquirido, por alguna fuente jurídica específica (v. gr., acto administrativo, contrato administrativo, etc.), o bien sea un derecho natural, fundamental, sea o no reconocido por la Constitución de modo expreso (como el llamado “derecho a la imagen”, que ha sido reconocido por la jurisprudencia como comprendido en el derecho a la honra, art. 19 N° 4). No obstante lo dicho, fallos hay –como los hemos citado– que sostienen que también posee legitimación activa quien solamente posee un “interés” (“legítimo”, suele agregarse, rememorando su origen italiano).
5. También debe reconocerse –y esto, asimismo, ha ocurrido desde su origen en la CP 1833 (art. 160), no obstante algunos fallos en el último tiempo– que la nulidad de derecho público produce sus efectos *ipso*

iure, es decir se produce tal efecto desde el mismísimo instante en que se emite, *dado el carácter impeditivo y autosuficiente* como ha sido construida esta acción constitucional, como una salvaguarda de la integridad del ordenamiento fundamental.

6. Debe afirmarse, igualmente, a pesar de algunos fallos que lo contradicen, que, en conformidad al texto mismo del artículo 7º inciso 3º de la Constitución, cuya claridad impide toda interpretación especiosa, no cabe jurídicamente sostener en nuestro ordenamiento fundamental que solo la violación “grave”, o “esencial” de la Constitución produciría esta nulidad de derecho público, por lo que una “violación” de requisitos no esenciales, o prescindibles, o inocuos no haría procedente la nulidad de un acto administrativo. Ya hemos referido la inconsistencia de esta argumentación que se fundamenta en el art. 13 de la ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, norma que es más que evidente que resulta incompatible con la Constitución desde que el referido art. 7º cit. expresa de manera perentoria y rotunda que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo”, y este artículo es el que, precisamente, establece los requisitos de validez de los actos de los órganos del Estado, y entre estos, obviamente, los actos administrativos. Dicha norma legal y, además, supletoria, es abiertamente inconstitucional, por lo que llama la atención su invocación por la suprema magistratura judicial.
7. También debe agregarse que *no procede que la Administración demandada* a través de esta acción *se allane* a la demanda de nulidad de un determinado acto administrativo que ha emitido y que acepte sin más en la contestación que está de acuerdo en que ha dictado una decisión contraria a derecho, es decir *nula*, y no oponga excepción alguna. La Corte Suprema en fallos emitidos en 2020 cit. ha declarado que es el tribunal quien debe decidir sobre la procedencia de tal allanamiento y la presentación de ese escrito no produce ningún efecto mientras el tribunal no se pronuncie expresamente al respecto. Y de importancia es recalcar, como lo señala el máximo tribunal, que en un acto administrativo si no siempre hay afectación de derechos de terceros, siempre hay materias de “orden público”, que no son disponibles por la mera voluntad del organismo estatal involucrado, y ello tanto más si hay derechos de terceros que, tal vez, ni siquiera han sido emplazados al litigio. Y es que, aunque no lo dicen los fallos expresamente, en toda emisión de un acto administrativo hay un tema de “bien común” que es indisponible renunciar a él por parte de la autoridad, puesto que es su finalidad propia y la razón misma de la existencia misma del organismo de que se trata.
8. Aun cuando los fallos suelen repetir de modo incesante, en el último tiempo, que la nulidad de derecho público origina la *ineficacia* del acto administrativo emitido en contravención a Derecho y autores lo

repite, me permito insistir, una vez más, que ello no es así. No es que el pretendido acto nulo sea “ineficaz”, o sea no produzca efectos (que eso significa ineficaz), que ello es quedarse en la consecuencia de una causa que le precede, y que es el origen de tal pretendida ineficacia, como es que dicho pretendido acto es “inexistente” como acto administrativo (desde que es nulo), ya que ni siquiera ha entrado ordenamiento jurídico al impedírsele esa valla insalvable que es el artículo 7º inciso 3º de la Constitución, que es un valladar impeditivo y autosuficiente para resguardar incólume la supremacía constitucional, como ya lo afirmaba expresamente la Corte Suprema en 1998 (vid. *Sánchez Michea c/Fisco*).

9. Como consecuencia de lo anterior debe insistirse, también, a pesar de ser tan repetido por los fallos en el último tiempo (diez años por lo menos) que la nulidad de derecho público no es una “sanción” (de ineficacia) –pareciera que aquí rige aún el fatídico *copy paste*– y no lo puede ser ni lógica ni técnicamente ya que no cabe “sancionar”, o sea reprimir o castigar, algo que no existe. Nulo es “nada” y la nada es la carencia de ser y, por ende, no cabe reprimirla, castigarla o sancionarla; decir que es una “sanción” me aparece más como un mero artificio retórico pero falso conceptualmente. Recuérdese el texto mismo del art. 7º referido, el que luego de disponer de modo perentorio que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo” agrega que “originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”; si la nulidad de que se habla fuera una “sanción” no se explica que, además, reciba otras sanciones, o sea una especie de “superfetación” de sanciones... (y caer, curiosamente, en la violación del *non bis in idem*). Los autores de la Constitución de 1980 eran juristas de reconocido prestigio como constitucionalistas, y de reconocida trayectoria académica y la revisión de cada disposición tomó no poco tiempo a fin de asegurar su claridad y, por tanto, su correcta aplicación.
10. Por último, un aspecto que llama la atención es el hecho, ya advertidos en *Namoncura Godoy* y también *Sotomayor Castillo*, de esquivar la Corte Suprema el pronunciamiento de declarar derechamente la nulidad de un determinado acto administrativo evidentemente contrario a Derecho, como en el primer caso reenviar el litigio al tribunal de primera instancia para que se pronuncie sobre el tema después de conocer la casación deducida en contra del fallo de la Corte de Apelaciones y anularla de oficio, habiendo podido perfectamente declarar dicha nulidad de acuerdo con los propios hechos asentados en el proceso, alargando indebidamente un litigio que ya duraba más de un sexenio; y en el segundo caso, llamar a conciliación no obstante que era patente la arbitrariedad del decreto municipal impugnado, que violaba de manera grosera el principio fundamental del *non bis in idem*.

NOTAS SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN CHILE

*José Luis Lara Arroyo**, *Carolina Anguita Lizana***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿A quiénes aplica el Proyecto de Ley? 3. Sobre qué materias aplica el Proyecto de Ley. 4. Nuevo mecanismo de contratación. 5. Reforma al Tribunal de Contratación Pública. 6. Atribuciones a ChileCompra-Colisión rol Contraloría. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Contratación Administrativa, y en particular el contrato de suministro y prestación de servicios¹, constituye la esfera de intervención de la Administración del Estado donde se manifiesta quizá con mayor intensidad la interacción público-privada, tan propia de la subsidiariedad del Estado prevista en nuestra Carta Fundamental.

Efectivamente, a partir del 2003 –con la irrupción de la Ley N° 19886 de bases sobre contrato administrativo de suministro y de prestación de Servicios (Ley de Compras o “19.886”)– se comienza a delinear un modelo de interacción público-privado que tiene como eje estructurante una dirección de compras y contratación pública (ChileCompra) que coordina un modelo basado en la plataforma electrónica mercadopublico.cl, donde

*Doctor en Derecho y Magíster en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile y Profesor de Contratación Administrativa y Compras Públicas LLM UC. Socio Derecho Público Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

**Diplomada en Contratación Administrativa y Compras Públicas Universidad Católica de Chile, Ayudante de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile. Abogada Coordinadora Gestión del Conocimiento Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

¹Sobre este punto y desde una perspectiva tanto nacional como comparada, *vid.*, recientemente, Magide Herrero, Mariano y Lara Arroyo, José Luis (codirectores), en *“Procedimiento administrativo y Contratación Pública en Iberoamérica. España, Portugal, Chile, Colombia y Perú”*, Tirant Lo Blanch, 2020.

confluyen oferentes (privados) y demandantes (órganos de la Administración del Estado) de bienes y servicios, que transcurridos ya casi dos décadas ha demostrado redundar en un tráfico de más de 12 mil millones de dólares anuales, promoviendo oportunidades de negocios para la micro, pequeña y mediana empresa e importantes eficiencias para los órganos de la Administración del Estado, encargados de satisfacer necesidades públicas concretas con miras al bien común.

Es por ello que el presente trabajo realiza un análisis al Proyecto de Ley de Compras Públicas en actual tramitación ante el H. Congreso Nacional (Boletín 14137-05), ya desde el 29 de marzo de 2021. Con tal propósito, revisaremos distintos ámbitos considerando el texto original e indicaciones presentadas en segundo trámite constitucional, en aspectos tales como: a quiénes aplica dicho proyecto, sobre qué materia, mecanismos de contratación, entre otros. Por otra parte, pretende modificar y modernizar el actual sistema de compras para que sea un sistema más transparente, ágil, efectivo y dar mayores oportunidades a las PYMES.

La actual Ley N° 19.886, contempla un conjunto de procedimientos de compras públicas y el nuevo proyecto viene a incorporar e implementar –siguiendo modelos comparados de la Unión Europea– otros nuevos procedimientos de compras, procurando innovar y hacer más eficiente el uso de los recursos públicos en este tipo de transacciones. Si desglosamos aquellos, son los siguientes: el *Acuerdo Dinámico de Compras*, *Contratos para la Innovación*, el *Diálogo Competitivo* y la *Subasta Electrónica*. Cabe tener presente eso sí, que la Licitación Pública continúa siendo el procedimiento general de adjudicación (contemplado además en la LOC 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, mientras que la Licitación Privada, Trato Directo y nuevos procedimientos que se crean serán la excepción debiendo autorizarse mediante resolución fundada).

Si ahondamos aún más, el boletín N° 14137-05 presenta como objetivo los siguientes aspectos:

(a) *Mejorar la probidad y la transparencia en los procedimientos de compras públicas:*

Tiene por fin evitar posibles fraudes al fisco y evitar una serie de situaciones que se han llevado a cabo a lo largo de los años respecto de malversación de caudales públicos, evitando la compra para beneficio propio. De esta forma, procede a:

- (i) *Ampliar el ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas:* Busca incorporar a todos los organismos del Estado con el objetivo de que se sometan a estándares de mayor exigencia y probidad; además de mejorar la eficiencia en todas las compras que se realicen respecto de bienes y servicios con recursos estatales.
- (ii) *Mejorar la información existente en el Registro de Proveedores, y hacerlo obligatorio para contratar con el Estado:* Procura que se sepa

con quién realmente se está contratando. Busca mejorar el nivel de información que tiene el Estado respecto de sus proveedores, en el que se busca, además, tener información sobre los socios, accionistas y beneficiarios finales de los proveedores. Incluso se propone la obligatoriedad en el Registro de Proveedores, evitando posibles fraudes.

- (iii) *Hacer pública la información sobre gestión de contratos:* El presente mecanismo busca que sea de público conocimiento cómo se están llevando a cabo los contratos con los proveedores y el Estado, con miras a transparentar los procesos y gestiones contractuales y evitar posibles nuevas contrataciones que no son de suyo adecuadas. Lo anterior, considera que es necesario que si se lleva a cabo este punto, los distintos organismos puedan ejecutar sus contratos con información a su alcance y pública.
 - (iv) *Establecer estándares mínimos de probidad y transparencia en las compras que se realicen con recursos fiscales.* El Proyecto de Ley considera como mínimo y comunes principios de probidad y transparencia aplicables a todos quienes realicen compras con recursos públicos.
- (b) *Mejorar la eficiencia e incorporar innovación en las compras públicas:* Se busca modificar y adecuar los procedimientos de compras públicas a la naturaleza propia de los bienes, permitiendo satisfacer las necesidades de los distintos organismos estatales. Asimismo, el Proyecto señala que se debe incorporar una mayor innovación en la satisfacción de necesidades públicas, es decir, se debe incluir a los proveedores en el desarrollo de las soluciones adecuadas a los problemas públicos, mediante la implementación de la tecnología en los servicios a través de terceros. Por último, se busca que en determinadas compras públicas que se realizan vía electrónica los distintos organismos estatales puedan pagar a los proveedores antes de la recepción del producto o prestación del servicio, tal como se realiza con las compras privadas en el día a día, evitando la caución.
- (c) *Establecer el análisis de necesidad como el primer paso de un procedimiento de adquisición de bienes y servicios:* Contempla como necesario que todo procedimiento de contratación deberá determinar qué necesidad tiene el organismo público en la contratación de un servicio, para luego evaluar las distintas alternativas para satisfacerlas, tales como la adquisición de un nuevo bien, bienes en desuso a otro organismo o la reutilización. Con lo anterior, se evitará el mal uso de los bienes y dinero en el procedimiento de compra, buscando el buen uso de los recursos fiscales.

- (d) *Implementación de principios de economía circular:*
Con vistas al excesivo desuso que se le dan a bienes comprados para los organismos estatales, se busca implementar el principio de economía circular que procura reciclar o reutilizar bienes muebles en desuso, con el objetivo de resguardar el buen uso de los recursos de la sociedad y su intercambio. Además, el Proyecto de Ley propone la optimización de los recursos que tengan un uso transversal en distintos organismos públicos, buscando el eficiente uso compartido de estos. Para ello se debiese implementar un sistema de compras más moderno con la posibilidad de transferencia y adquisición de recursos de segunda mano por medio de una plataforma que deberá disponer la Dirección de Compras y Contratación Pública.
- (e) *Ampliar competencia del Tribunal de Contratación Pública respecto del conocimiento de procesos licitatorios:*
Se busca ampliar su competencia no solo a materias vinculadas con procesos de licitación, sino que también que conozca de las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que se producen durante la etapa de la ejecución de los contratos. Asimismo, se complementa la regulación de la acción de impugnación en materia de notificaciones y otros, buscando que todo el proceso se lleve de manera electrónica. Además, se busca configurar expresamente una acción de legitimación por parte del afectado si obtuvo una sentencia firme y ejecutoriada, pudiendo presentarse a los tribunales ordinarios para demandar, ciñéndose a las reglas de los juicios sumarios, procurando ser indemnizados por los daños causados.
- (f) *Perfeccionar las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en el sistema de compras públicas:*
Fortalece la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) en tópicos tales como impartir instrucciones obligatorias que tengan carácter de aplicación general, buscando fortalecer la probidad, transparencia y eficiencia en los procedimientos que se lleven a cabo. Además, solicitar la corrección de procedimientos con vicios e incluso la suspensión y nulidad de actos ante el Tribunal de Compras Públicas, enviando los antecedentes a la Contraloría General de la República (CGR) para su revisión de legalidad en relación con el actuar de los órganos estatales. Sin perjuicio de ello, hacemos presente los inconvenientes que puede generar frente a la fuerza vinculante de los pronunciamientos o dictámenes pronunciados por la propia CGR.

2. ¿A QUIÉNES SE APLICA EL PROYECTO DE LEY?

Si revisamos la aplicación que tiene el Proyecto, nos encontramos con una serie de organismos estatales y aquellos que no forman parte, los cuales son los siguientes:

- a. Organismos de la Administración del Estado, a excepción de las empresas públicas creadas por ley y el Banco Central
- b. Otros organismos del Estado, que no pertenecen a la Administración del Estado, tales como al Consejo Nacional de Televisión, Congreso Nacional, Ministerio Público, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Tribunales Ambientales, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Tribunal Calificador de Elecciones, Tribunales Electorales Regionales, Servicio Electoral, Tribunal Constitucional y fundaciones en que participe la Presidencia de la República señaladas en el Reglamento. Sin embargo, se les da la opción a los organismos anteriormente señalados, para administrar sus propios sistemas de compras, debiendo contar con un registro de proveedores y sistema de información sobre procedimientos de contratación y ejecución contractual. Si se llevan acciones u omisiones ilegales o arbitrarias por parte de los organismos señalados en el presente párrafo, serán conocidas por el Tribunal de Contratación Pública.

En síntesis, se señala que todas las adquisiciones a título oneroso efectuadas con recursos públicos, salvo excepciones legales, quedarán sometidas a estándares mínimos de probidad y transparencia.

3. SOBRE QUÉ MATERIAS APLICA EL PROYECTO DE LEY

- a. *Incorpora nuevas formas de contratación:* Según la asesoría técnica parlamentaria la incorporación de nuevas modalidades de licitación se ajustan a propuestas de la UE, pero hay diferencias tales como la modalidad de compras dinámicas que es considerada como una forma electrónica.
- b. *Obligación de realizar análisis de necesidad de compra:* Busca soluciones estatales para que al principio de cualquier proceso de licitación, la autoridad que lo requiere, solicite la necesidad de compra, viéndose en la obligación de analizar las vías disponibles para satisfacer la necesidad, buscando incluso la reutilización (economía circular).

- c. *Incorporación de prácticas asociadas a la economía circular en los sistemas de compras públicas*: Lo que busca es que se enfoque el Estado en una economía circular, es decir, que los bienes o servicios se transfieran a otros organismos y al público, el uso, goce y disposición de bienes muebles en desuso. Y además, se usen bienes y servicios que se puedan reutilizar. Lo anterior, tal como lo dice el Proyecto de Ley, se adscribe solo a los organismos de la Administración del Estado, sin perjuicio que otros organismos del Estado puedan sujetarse a esta. Hay distintas maneras de implementar la economía circular tales como los contratos de arriendo, *leasing* (sin opción de compra), entre otros.
- d. *Busca que el trato directo por compras por parte del Estado se limite a solo situaciones de emergencia y cuando se oficialice la existencia de un solo proveedor, privilegiando la licitación pública.*
- e. *Se incorpora nuevo mecanismo especial de compras públicas para pequeñas y microempresas*: Donde compras hasta 100 UTM de cualquier servicio público serán encargadas a proveedores PYME y locales.

4. NUEVO MECANISMO DE CONTRATACIÓN

- a. El proyecto de ley propone nuevas formas de licitación de bienes y servicios por parte del Estado, aquellas son las siguientes:
 - i. *Subasta electrónica*
Por definición la subasta electrónica permite que distintos oferentes al mismo tiempo, cambien el precio u otro elemento de la oferta, a través de sistema electrónico por un tiempo limitado. Lo anterior busca disminuir los tiempos y los costos en transacciones.
 - ii. *Acuerdo Dinámico de Compras*
Consiste en aquella forma de contratación en que se tiene una mayor accesibilidad del proveedor a los procesos de licitación, ya que si el proveedor cumple con ciertos requisitos, se le otorga acceso directo a todos los procesos de contratación bajo la presente modalidad de Acuerdo Dinámico de Compras. Por su parte el oferente tiene la facilidad de entregar por su parte, una sola vez, al momento de ingresar a la lista de candidatos, y no cada vez que desea participar. El presente proceso se concibe bajo un mecanismo totalmente electrónico buscando facilitar la contratación entre el Estado y el proveedor. Si observamos ejemplos externos, la UE define una propuesta respecto de la compra dinámica bajo una opción de licitación de manera electrónica, en cambio Dinamarca, Reino Unido, Israel y Nueva Zelanda

lo hacen bajo la opción dinámica. En Reino Unido y Dinamarca se establece un tiempo mínimo de 30 días para que proveedores preparen la lista de cantidades y la autoridad cuenta con 10 a 15 días para revisar la postulación^{2, 3}.

En el boletín 14.137-5 no se concibe lo anterior. Es decir, no aplica la compra dinámica como una opción de licitación electrónica, no da opción a que se establezcan listas separadas por criterios de geografía, cantidad de producto o servicios requeridos y por último no señala que la lista de candidatos tiene una duración limitada. Sin embargo, creo que si bien no se tiene la infraestructura electrónica en nuestro país, no debiésemos adherirnos a lo establecido por la UE.

iii. *Diálogo competitivo*

El presente ítem se refiere al proceso de licitación en que la autoridad que contrata define una serie de diálogos con los oferentes, con el objetivo de buscar soluciones acordes a lo que se está solicitando. Lo que busca el diálogo competitivo es mejorar los procesos de licitaciones ante una gran demanda de productos y servicios respecto de un producto o servicio con una oferta limitada.

El diálogo competitivo consta de 4 pasos:

1. Llamado abierto en el que se invita a los oferentes al proceso.
2. Evaluación y selección.
3. Diálogos competitivos con los seleccionados.
4. Presentación oferta final y su posterior adjudicación contractual.

Es importante tener en cuenta que lo anterior debe ser confidencial para evitar riesgos de filtración de información generando tratos poco igualitarios. Sin embargo el Proyecto de Ley no define de manera prohibitiva el resguardo de la información que el oferente entrega cuando se inicia el proceso.

iv. *Contratos para la innovación*

Por último, el Proyecto de Ley se refiere a los contratos para la innovación, que de acuerdo con la UE, dicen relación con aquella forma de licitación que se crea a base de la necesidad de la autoridad, en el que se tendrá su satisfacción si el producto o servicio es de difícil especificación y no está a mano en el mercado. Lo anterior dice rela-

²REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2019/1780 DE LA COMISIÓN de 23 de septiembre de 2019 por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 (“formularios electrónicos”).

³Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE.

ción con la innovación, ya que se debe elaborar el producto o buscar, investigar, desarrollar, para llegar a este.

Se debe tener en cuenta la flexibilidad, ya que se podrá escoger a más de un proveedor. Por otra parte, al innovar, es necesario guardar la confidencialidad del producto o servicio, agregando normativa de acuerdo con la propiedad intelectual.

Lo anterior tiene un límite al igual que el trato directo y la licitación privada, ya que estas nuevas formas solo se podrán aplicar cuando se informen las condiciones que ameriten bajo resolución fundada.

Las nuevas formas señaladas tienen por objeto reducir tiempos del proceso de contratación, aumentar el acceso a los oferentes y que los recursos públicos sean realmente gastados en lo que se está contratando y de buena manera.

- b. Se busca innovar en la participación de proveedores locales y empresas de menor tamaño lideradas por mujeres. Este es un gran elemento innovador, ya que se les otorgará una gran oportunidad a aquellas emprendedoras que quisieran ofrecer sus productos o servicios al Estado. Por otra parte, además, este elemento, otorga una nueva mirada respecto de la modernización del sistema de compras públicas.

5. REFORMA AL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El proyecto de ley propone una reforma al Tribunal de Compras y Contratación Pública contemplando una importante modificación al Capítulo V, referido al aludido órgano jurisdiccional. Las modificaciones y avances son los siguientes:

- a. Se aumenta la dotación de funcionarios del Tribunal de 10 a 19, buscando asumir el muy probable incremento de la carga de trabajo producto de la mayor competencia conferida al Tribunal.
- b. Límite de edad para ejercer como juez en el tribunal. Se define como límite 75 años de edad, en circunstancias que actualmente no existe un límite.
- c. Se modifica la dependencia de los funcionarios del tribunal desde la Dirección de Compras y Contratación Pública al mismo Tribunal. Con ello, se pretende dotar al Tribunal de la debida independencia e imparcialidad frente a la Dirección de Compras, que precisamente puede ser parte interesada en un proceso sustanciado por el Tribunal.
- d. El Tribunal tendrá mayor competencia para conocer de las acciones y omisiones ilegales y arbitrarias que sean cometidas por los órganos del Estado mientras se ejecutan los contratos, junto con la infracción a las normas de probidad y transparencia del Capítulo VII de la Ley de

Compras Públicas. Dicha amplitud en el marco competencial constituye sin duda alguna la reforma más importante impulsada respecto del Tribunal desde su creación con la Ley 19.886 de 2003, dejando de ser un Tribunal precontractual para pasar derechamente a conocer todo el *iter* de ejecución de un contrato administrativo sujeto a la Ley de Compras. Junto con ello, se desarrolla con mayor detención la potestad cautelar del Tribunal para adoptar medidas de suspensión de procedimientos. Además, en todo caso, se mantiene ante el juez civil (pero con una mayor regulación como ya se anticipó) la acción de indemnización de perjuicios subyacente a un acto u omisión ilegal ya decretado por el Tribunal.

- e. Propone una regulación de la tramitación electrónica que se sigue ante el Tribunal.
- f. Se agrega la conciliación durante el procedimiento que se sigue ante el Tribunal, lo que en la práctica quedaba hoy sujeto al criterio del Tribunal, al no contemplarse como un trámite frente al procedimiento.

6. ATRIBUCIONES A CHILECOMPRA – COLISIÓN ROL CONTRALORÍA

Es importante consignar también cómo la Propuesta pretende conferir una fuerza vinculante a las directivas emitidas por ChileCompra, circunstancia que de seguro podría generar colisiones competenciales con la fuerza obligacional de los pronunciamientos contralores. Es más, podría resultar complejo desnaturalizar ChileCompra, coordinador del sistema, transformándolo en una especie de entidad normativa que pudiera incluso asumir un rol propio de una suerte de superintendencia⁴.

Asimismo, se contempla expresamente la vigilancia de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) a los directivos públicos de ChileCompra, contemplándose el deber para ellos de entregar una declaración patrimonial actualizada cada seis meses a la Contraloría.

7. CONCLUSIONES

En consecuencia, nos parece que el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, avanza en la dirección correcta al profundizar la probidad y transparencia en los procesos de contratación pública en materia

⁴Recordemos que el Proyecto original de la Ley 19.886 sí lo contemplaba, sin perjuicio de lo cuál, durante la tramitación legislativa, finalmente se optó por preservar el rol coordinador de ChileCompra, estableciendo la creación de un órgano jurisdiccional especial, esto es, el Tribunal de Contratación Pública.

de bienes y servicios, ampliar los sujetos afectos a la norma, establecer estándares a la aplicación de sanciones por parte de la Administración del Estado y conferir la competencia al Tribunal de Contratación Pública para conocer de la ejecución del contrato. Sin perjuicio de ello, estimamos del caso reflexionar respecto de la conveniencia de dar fuerza vinculante a las directivas de ChileCompra.

BIBLIOGRAFÍA

Ley N° 19.886 de Bases sobre contrato de suministro y prestación de servicios.
Mensaje que da inicio al Proyecto de Ley Moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

Asesoría Técnica Parlamentaria. Reforma al sistema de compras públicas.

DE LA LEGITIMIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA ANTE EL PELIGRO DE REITERACIÓN DELICTIVA

*Carlos Manuel Romero Berdullas**

SUMARIO: I. Introducción. II. Artículo disputado.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las grandes polémicas del derecho penal que en el curso de la historia ha originado debates de visos sempiternos entre los juristas de diferentes generaciones, pivota en torno al designio de precisar si una vez recabados los elementos de convicción necesarios para sostener provisoriamente la existencia de un hecho delictivo y la probable autoría o participación de un imputado (*fumus boni iuris* o *fumus comissi delicti*), se ajusta o no a una medida de razonabilidad el dictado de la prisión preventiva de ese sujeto ante el peligro de reiteración delictiva, cuando resultan insuficientes otras medidas coercitivas posibles. De hecho, tal es la controversia causada por este tópico, que el modo de resolver esta cuestión disputada no es pacífico en la normativa, ni en la jurisprudencia del orbe.

Repárese, que este presupuesto es receptado positivamente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (cf. art. 58), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (cf. art. 5.1.d), España (cf. art. 503, Ley de enjuiciamiento Criminal), Italia (cf. art. 274 del Código Procesal Penal), Francia (cf. art. 144 del Código de Procedimiento Penal), Alemania (cf. art. 112A del ordenamiento procesal penal), Portugal (cf. art. 204 del *corpus* procesal penal), el Reino Unido (cf. arts. 2 y 9 de la Secc. I, parte I de *Bail Act*) y los Estados Unidos de América (cf. *US Code*, título 18, parte II, arts.

*Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Autor de *El mal y el bien del Derecho Penal, sobre "Malum passionis" y una respuesta fundada en el realismo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021; *Derecho Penal Líquido, Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Ad hoc, Buenos Aires, 2020; y *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

207, sección 3142), además de ser validado por los máximos intérpretes constitucionales de algunas jurisdicciones².

Por su parte, tal cual expresa Carrió, la *Corte Europea de Derechos Humanos parece también haber admitido como criterio válido el llamado “riesgo de repetición”...*³ delictiva en pos de disponer la prisión provisional del encausado, apreciación también confirmada por San Martín de Castro, al señalar que *la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias*⁴.

A su vez, en América del Sur disímiles países franquean la aplicabilidad de esta medida de coerción personal con la finalidad de prevenir nuevas conductas delictivas de parte del imputado (cfr. el art. 140 del Código Procesal Penal de la República de Chile⁵ –objetado por Pastor⁶–), el art. 224 del Código del Proceso Penal República Oriental del Uruguay y el art. 312 del Código Procesal Penal de la República Federativa del Brasil⁷), mientras otro territorio como el argentino se encuentra surcado por una divisoria de aguas, ya que no obstante admitirse la constitucionalidad de

²El Tribunal Constitucional de España determinó la legitimidad de este fin de la prisión preventiva (cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional español N° 128/1995, 62/1996, 44/1997, 47/2000, 191/2004, 27/2008 y 30/2019). Para mayor ilustración sobre la recepción de este presupuesto en la normativa y jurisprudencia internacionales vide Monedero, Miguel Martín, “Prisión preventiva y riesgo de reiteración delictiva: análisis jurisprudencial, legislativo y de derecho comparado”, en *Revista de Derecho Penal, ED*, febrero de 2020, vol. N° 1-2.

³Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª ed. act., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 729, quien se apoya en TEDH, “Herczegfalvy c. Austria”, sentencia del 24/09/1992.

⁴San Martín de Castro, César, “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de derechos humanos”, 160-173, *Derecho & Sociedad*, N° 20, Lima, 2003, 167, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17300/17587> (fecha de consulta: 06/07/2022). El citado valida sus afirmaciones en TEDH “Matznetter”, sentencia del 10/11/1969; TEDH, “Stogmuller”, sentencia del 10/11/1969; TEDH, “Clooth”, sentencia del 12/12/1991; y TEDH, “Wemhoff”, sentencia del 27/06/1968; mientras que lo aseverado respecto de la Comisión Europea de Derechos Humanos la sostiene el Caso “T” vs. España”, resolución del 28/06/1994.

⁵Vide <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=0> (fecha de consulta 22/09/2022).

⁶Cfr. Pastor, Daniel R., “La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal”, 125-140 en AA.VV., *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal* (dir. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Daniel R. Pastor), Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 138.

⁷Vide <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/45908-nuevo-codigo-procesal-penal-del-uruguay-todas-reformas-vigentes> (fecha de consulta 27/09/2022).

⁸Esto es así, cuando el art. 312 establece que *a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública...* (vide <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/30870-brasil-codigo-procesal-penal>, fecha de consulta 27/09/2022).

este instituto⁹, coexisten legislaciones provinciales tendentes a restringir su procedencia exclusivamente a la verificación de riesgos procesales (léase eventual fuga o entorpecimiento del proceso)¹⁰, junto con otras receptivas del peligro de consumación de otros hechos penales¹¹.

En cuanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cabe señalar a través de una posible exégesis del Informe N° 2/97¹², que en

⁹La inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce que *...si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la Constitución Nacional autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente...* [Todres, Isaac (1971): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/08/1971, Fallos, 280:297], en tanto *...el derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguarda contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares estas que cuentan con respaldo constitucional (Fallos: 305:1022), pues como lo expresó en Fallos: 272:188, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro* [Stancato, Carmelo Alfredo, S. 394. XXI. (1987): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/09/1987, Fallos, 310:1835].

Tal cual lo explicita el tribunal cimero citado, *...los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución no son absolutos y su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamentan...* [Miguel, Carlos Esteban (1986): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/09/1986, Fallos, 308:1631]; por cuanto en *... el sistema de nuestras instituciones políticas no hay derechos absolutos, y todos deben ejercerse con arreglo a las respectivas leyes reglamentarias* [Ortelli de Trincavelli, Rosa Judit c/ Hebrard, Augusto (1920): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/10/1920, Fallos, 132:360]; en la medida de que *...la admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial* (Fallos: 136:161, pág. 171). *Dentro del ordenamiento constitucional argentino, en consecuencia, los derechos que la Constitución consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponda reconocer a la comunidad* (art. 14 de la Constitución Nacional; Fallos: 136:161; 142:80;191; 197 y muchos otros) [Partido Obrero Capital Federal- (1962): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/06/1962, Fallos, 253:133].

Más aún, la propia letra del art. 18 de la Constitución Política de Argentina admite la constitucionalidad del instituto en cuestión, cuando concretamente se precisa que *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, pues tal como nos ilustra Cabral, allí se alude a las cárceles de retención (es decir, a las destinadas a la guarda de los procesados)* [Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, cap. XII, titulado "La Constitución y las cárceles de la Nación", 293-298].

¹⁰Tales como a guisa de ej. los códigos procesales penales de Córdoba (art. 281), Santa Fe (art. 219), Río Negro (art. 109) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 180); o en el orden nacional el Código Procesal Penal Federal (arts. 17 y 220, inc. b).

¹¹Como a modo de ej. los códigos procesales penales de Mendoza (art. 293), Chubut (art. 220), Neuquén (art. 114), Misiones (art. 319), La Pampa (art. 253), Corrientes (art. 315) y Formosa (art. 295).

¹²*Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del*

el año 1997 también habría admitido este presupuesto, de algún modo reconocido por la CIDH en “Ricardo Canese vs Paraguay”¹³. Empero, con el transcurso del tiempo ambos organismos adoptaron la teoría procesalista¹⁴, tal cual se comprueba con la lectura del Informe N° 86/09 y la sentencia pronunciada en “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”¹⁵, donde se advierte un claro pronunciamiento a favor del peligro de fuga y entorpecimiento del proceso como únicos fines de la prisión preventiva¹⁶.

acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, 11/03/1997).

¹³...*la Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad...* (CIDH, “Caso Ricardo Canese vs Paraguay”, Sentencia del 31/08/2004, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 111, parágrafo N° 129). Este fragmento podría conducir a interpretar que la CIDH no entendía contrario a los Derechos Humanos el dictado de la prisión preventiva ante el riesgo de reiteración delictiva.

¹⁴*La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 86/09, caso N° 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 06/08/2009, parágrafo N° 81).

¹⁵...*la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente ... en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia* (CIDH, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, Sentencia de 21/11/2007, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 172, parágrafo N° 103). De esta forma se profundizaría la línea sentada en CIDH, Caso “Suárez Rosero”, sentencia del 02/11/1997, Fondo, Serie C N° 35; CIDH, Caso “López Álvarez”, Sentencia del 01/01/2006, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 141, parágrafo N° 69; CIDH, Caso “Palamara Iribarne”, Sentencia del 22/11/2005, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 135, parágrafo N° 198; y CIDH, Caso “Acosta Calderón”, Sentencia del 24/06/2005, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 129, parágrafo N° 111.

¹⁶La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina pareciera asumir esta posición a partir de *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P., N° 284 XXXII* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/1998, Fallos, 321:3630. Sin embargo, *ex ante* el tribunal cimero había afirmado la posibilidad de dictar la prisión preventiva ante el peligro de consumación de otros hechos penales, tal cual surge de *Todres, Isaac* (1971): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/08/1971, Fallos, 280:297; y más cercano en el tiempo del voto de Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno en *Gotelli, Luis M., (h) s/eximición de prisión G. 483 XXIII* (1993): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/09/1993, Fallos, 316:1934.

Lo desarrollado brevemente permite asumir el valor de mover la razón para discurrir y hallar una respuesta plausible a esta *quaestio* disputada, culmen de este trabajo¹⁷, que como amigos del buen mirar procuraremos concretar mediante el diálogo académico propiciado por el método de los artículos de las grandes sumas. Por ello, como enseñaba el Filósofo, nada parece más conveniente que *considerar primero todas las dificultades...porque los que buscan sin haberse detenido antes en las aporías se parecen a los que ignoran a dónde tienen que ir, y además... quien ha oído todas las razones contrapuestas, como en un litigio, estará en mejores condiciones de juzgar*¹⁸. Así pues, una vez desandado ese camino seguro nos hallaremos en condiciones de brindar una solución al problema planteado, fincada en el realismo y la filosofía del sentido común¹⁹, por cuanto discernir si se puede o no restringir la libertad de un imputado ante el peligro de reiteración delictiva no es un juicio dependiente de normas positivas, decisiones legislativas o constituciones escritas, sino un tema esencial de fundamentos que requiere el estudio de las cosas por sus primeros principios.

II. ARTÍCULO DISPUTADO

¿Es razonable dictar la prisión preventiva del imputado debido al peligro de reiteración delictiva?

Nos encontramos con la tesis denominada procesalista, por la cual parece que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional ordenada a evitar el peligro de fuga o el de entorpecimiento

¹⁷No se estudiará aquí si es legítimo o no el dictado de la prisión preventiva en pos de resguardar el orden público (supuesto acogido de algún modo en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, 11/03/1997, párrafos N° 36-37), pues el objeto formal de este trabajo es precisar si es razonable o no apelar a esta medida frente al peligro de reiteración delictiva del imputado.

¹⁸Aristóteles, *Metafísica*, Gredos, Madrid, 2011, Libro III, 995 b, 120-121.

¹⁹Es decir, la filosofía de Santo Tomás de Aquino según Chesterton (cf. Chesterton, Gilbert K., *Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Homologens, 2009, 149.

del proceso para garantizar el cumplimiento de los fines procesales²⁰, tal cual lo expresan Hassemmer²¹ y Pastor²².

1. Enseña Jofré, que la prisión preventiva sería ...*una medida de seguridad, un medio para mejor instruir los procesos y una garantía de que se cumplirá la pena*²³; la cual únicamente de reunir esos requisitos podría justificarse²⁴, pues se trataría de una medida cautelar incardinada en la meta de aventar el *periculum in mora* o riesgo procesal pasible de derivarse de su no aplicación²⁵.

2. Por su parte, Vélez Mariconde esgrime que el fin de la prisión preventiva es *asegurar la actuación efectiva de la ley penal*²⁶. De ahí que, a título de prevención o de cautela la ley autoriza la más grave lesión susceptible de imponerse a quien aún no fue declarado culpable, en procura

²⁰Carrió parece abonar a la teoría procesalista, por cuanto afirma que la peligrosidad del imputado o la necesidad de aventar el riesgo de reiteración delictiva nos introduciría en un terreno más patinoso (Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª ed. act., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 729); y se aferra así a los *criterios ortodoxos de peligro de fuga u obstaculización de la investigación* (*idem*).

También Cafferata Nores abraza la concepción procesalista, en la medida de que el principio de inocencia sería presunción de no culpabilidad y de no peligrosidad. De ahí que objeta la legitimidad de aplicar cautelas procesales orientadas a neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva, en tanto este es el fundamento de las medidas de seguridad (Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 183-185). En cambio, sí la legítima como medida cautelar de carácter excepcional dirigida a prevenir los peligros graves (por lo serios y lo probables) que se pueden cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de su finalidad de afianzar la justicia (*ibid.*, 186).

²¹Cfr. Hassemmer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, trad. de Patricia S. Ziffer, puntualmente el cap. IV titulado "Los presupuestos de la prisión preventiva".

²²Pastor, Daniel R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, cap. 10.

²³Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, La Ley, Buenos Aires, 1941, 5ª ed., t. II, 202.

²⁴Empero, también Jofré afirma luego que *como medida de seguridad solo se impone, pues, la prisión preventiva en las causas graves, siendo evidente que no puede legitimarse como medio para mejor instruir los procesos* (*idem*), pues a su entender es natural que mientras se recibe declaración al acusado y en los primeros momentos la medida puede ser útil; llevada más lejos, en los delitos leves, constituye un ataque a la civilización (*idem*). Más aún, añade que la experiencia de los pueblos cultos demuestra que es posible instruir las causas sin que el acusado esté privado de su libertad (*idem*). De hecho, añade que basta con detenerlo ocho días como máximo al imputado si se pretende que no cohoneste con testigos, ni trabe la marcha del proceso (*ibid.*, t. II, 203); en tanto a la posibilidad de apelar a esta medida en aras de asegurar el cumplimiento de la pena a imponerse, únicamente la justifica ante causas graves, por cuanto en las leves el encausado no tendría interés en fugarse (*idem*).

²⁵Cfr. Lancman, Valeria A., "Comentario a arts. 169-173 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 464-479, en AA.VV., *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 478.

²⁶Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 2ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, 508.

de garantizar la efectiva vigencia del orden jurídico-penal, alejar el peligro de que el procesado eluda el juicio (que no se puede realizar cuando está rebelde) o la sanción que le sea impuesta²⁷. Por tanto, aunque no sea una pena en el sentido técnico de la expresión²⁸, se trataría de un sacrificio en holocausto del derecho público que se presume violado, del derecho que tutela los bienes fundamentales de la sociedad, a condición de que existan “vehementes indicios” de su culpabilidad²⁹.

3. Dado su particular influjo, huelga destacar el criterio sentado por Maier, quien expresa que *repugna al Estado de Derecho... anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal*³⁰, y justifica la aplicación de la prisión preventiva, a partir de su diferenciación de la pena privativa de libertad. Distingo establecido al hacer patente que si bien las penas y las medidas de coerción procesal proyectan la utilización del poder estatal para privar a los individuos de derechos (libertades) concedidos por el orden jurídico y presentar una forma de exteriorización semejante o idéntica, los fines de ambas divergen³¹. Tal es así que la pena sería coerción material, o sea representaría la reacción estatal ante el delito movida por finalidades preventivo-generales y especiales referidas al futuro; en tanto la prisión preventiva constituiría coerción procesal, es decir, *aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico*³², mas su propósito *no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto de procedimiento...*³³.

En consecuencia, según Maier, el fundamento real de la prisión preventiva *solo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad*³⁴, ambos argumentos a su

²⁷*Idem.*

²⁸Vélez Mariconde, Alfredo, *op. cit.*, t. II, 508. En cambio, Carnelutti considera que *equivaliendo prácticamente el aislamiento del imputado a los fines de la instrucción, su aislamiento a los fines del castigo, la captura se resuelve en un castigo anticipado a la condena* (Carnelutti, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, v. II, trad. de Santiago S. Melendo, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 2002, 171); conclusión análoga a la inferida por Sancinetti, para quien la prisión preventiva *... adelanta una pena a imponerse eventualmente en el futuro...* (Sancinetti, Marcelo, *Casos de Derecho Penal*, 3ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 89).

²⁹Vélez Mariconde, Alfredo, *op. cit.*, t. II, 508.

³⁰Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 513-517.

³¹*Idem.*

³²*Ibid.*, 516.

³³*Idem.*

³⁴*Idem.* Cabe señalar que en la postura de Maier se apoyó Ángela E. Ledesma al intervenir en el plenario N° 13 del 30/10/2008, resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal de la Argentina en el marco de la causa caratulada “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”; y vale reparar además, cierta analogía con los argumentos sostenidos

entender racionales por cuanto no se concibe el proceso penal en contumacia por razones derivadas del principio de inviolabilidad de la defensa³⁵ y el imputado cuenta con la chance de entorpecer la averiguación de la verdad (a modo de ej., alterando rastros del delito, influyendo en testigos, etc.), *base de la actuación correcta de la ley sustantiva*³⁶. Por ello, rubrica que prisión preventiva significa “... *en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente– frente a la regla de la libertad personal*”³⁷.

4. Basta repasar la perspectiva de Jacobucci, quien afirma que la prisión preventiva no es una medida punitiva, sino un instrumento de naturaleza cautelar; y por ende, solo puede perseguir fines procesales³⁸. Añade el discípulo de Silva Sánchez³⁹ que *en tanto medida cautelar, aplicable durante un proceso a través del cual se investiga la existencia de un delito y sus presuntos responsables, la prisión preventiva –provisional– debe partir, como presupuesto ineludible de su razonabilidad, de una sospecha vehemente de que el sujeto ha intervenido en el ilícito*⁴⁰, mas al tratarse de una sospecha que por fuerte que sea no alcanza ni formal ni materialmente hablando el nivel de un juicio de responsabilidad penal, la medida fundada en aquella no puede perseguir fines punitivos sino meramente procesales, de aseguramiento de ciertos objetivos relacionados con la concreción de la instancia definitoria⁴¹.

En cambio, se halla lo pregonado por las doctrinas abolicionistas o deslegitimadoras de la prisión preventiva no solo ante la posibilidad de reiteración delictiva, sino también frente a los denominados peligros procesales.

por el jurista Edgardo A. Donna al votar como integrante de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina el 10/11/2003 en la causa N° 21.143, caratulada: “Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión”.

³⁵Pues la presencia del imputado es necesaria para conducir el procedimiento hasta el decisorio final y ejecutar la condena eventual a imponerse (Maier, Julio B. J., *op. cit.*, 517).

³⁶Maier, Julio B. J., *op. cit.*, 517.

³⁷Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, III. Parte General: Actos procesales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2015412.

³⁸Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2014, 320.

³⁹Yacobucci reconoce el liderazgo intelectual de Silva Sánchez en Yacobucci, Guillermo, *(In)Exigibilidad y pena*, Bdef. Montevideo-Buenos Aires, 2021, XVI.

⁴⁰Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, 320.

⁴¹*Ibid.*, 321.

1. En ese sentido, está lo expuesto en el discurso abolicionista de Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes afirman que *ninguna racionalización ha podido evitar la consecuencia de que la prisión preventiva, salvo los pocos casos en que la legitima la coerción administrativa directa, es una pena anticipada, que a las razones que deslegitiman el poder punitivo en general suma la flagrante e incontestable violación al principio de inocencia*⁴², pues se trataría de una pena ...*impuesta por la "mera notitia criminis"*⁴³.

Por un lado, según los citados, la teoría sustantivista reconoce cierto carácter de pena a la prisión preventiva o de medida de seguridad (en alguna variante), mas procura legitimarla a partir de la necesidad de subordinar la presunción de inocencia al orden⁴⁴. De ahí que se afinque en ideas que girarían en derredor a conceptos tales como por ej. satisfacción de la opinión pública, intimidación, control de la alarma social, disuasión, ejemplificación, readaptación, etc.⁴⁵. De modo que estos exponentes del agnosticismo penal definen esta posición como autoritaria y la asocian a concepciones totalitarias⁴⁶ e inquisitivas⁴⁷, a través del recurso de la falacia *ad hominem*.

Mientras que al objetar las tesis procesalistas, los autores abolicionistas impugnan la legitimación de la prisión preventiva a partir de: a) su asimilación a las medidas cautelares del proceso civil, por cuanto se obvia el distinguo entre limitación patrimonial y pérdida de libertad (cuando a diferencia de la primera, esta es irrecuperable en la misma especie); b) la negación de la existencia de una presunción de inocencia y afirmación de un estado de inocencia, pues se trataría de un razonamiento circular, cuyo recorrido se inicia en un dato de la realidad para legitimar esa misma *data*; y c) la apelación a la imposibilidad de desarrollar el proceso en contumacia, en tanto se convertiría así una garantía en fundamento para violar un principio de superior jerarquía, cuando en rigor la prohibición del proceso en ausencia reforzaría la presunción de inocencia⁴⁸.

⁴²Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, 170.

⁴³*Ibid.*, 168.

⁴⁴*Ibid.*, 168-169.

⁴⁵*Idem.*

⁴⁶*Ibid.*, 169.

⁴⁷Sin precisar a cuál de todos los sistemas inquisitivos aplicados en el decurso de la historia aluden, por lo que se torna dificultoso corroborar la validez de lo afirmado.

⁴⁸Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *op. cit.*, 169-170. También Rusconi califica de absurda a la pretensión de hacer valer contra el imputado la garantía del derecho de defensa en juicio y se interroga por qué no aceptar como posible el juicio contra ausentes (Rusconi, Maximiliano, "Prisión Preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento", en *Las Fronteras del Poder Penal*, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2005, 29-31). *Contrario sensu*, según Binder el peligro de fuga podría fundamentar la prisión preventiva, mas no así el peligro de entorpecimiento de la investigación, en tanto el Estado cuenta con todo su aparato con miras de evitar ese eventual daño. Por tanto, habilitar

Por consiguiente, los pensadores estudiados concluyen que únicamente es coherente la posición del sustantivismo autoritario; pero para quienes como ellos no comparten sus fundamentos, no existe *otro camino que concluir su ilegitimidad*⁴⁹.

2. También se encuentra lo afirmado por Ferrajoli, quien rechaza radicalmente la prisión provisional por considerarla ilegítima, en la medida de que tornaría en *puro oropel inútil*⁵⁰ a la presunción de inocencia, junto con todas las garantías penales y procesales⁵¹. Así, no solo objeta su aplicación para sortear el peligro de reiteración delictiva en clave con los propósitos de prevención y defensa social, sino también se enseña remiso a apelar a su uso como medida cautelar de carácter procesal ordenada a evitar la frustración de los fines del proceso (léase riesgo de alteración de pruebas y de fuga del imputado)⁵², amén de admitir que ante algunos delitos graves pueda existir ese peligro de entorpecimiento de la investigación, pues a su entender este es un coste ...*que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser*⁵³.

El autor minimalista o garantoaboliconista⁵⁴ asevera entonces que el respeto de la dignidad del ciudadano presuntamente inocente, la exigencia procesal de situarlo en pie de igualdad con el acusador y la necesidad

la prisión provisional en ese supuesto supondría desequilibrar la igualdad en el proceso, además de hacer cargo al imputado de la ineficacia estatal para proteger su investigación (Binder, Alberto, *Introducción al proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, 199, cf. cita en Rusconi, Maximiliano, *op. cit.*, 30).

En cuanto a la chance de aceptar el juicio contra ausentes aludida por Rusconi, cabría señalar que sin condenado no habría ejecución de condena firme y como explica Pastor *el proceso penal, en tanto que su consecuencia pueda ser la privación de la libertad de una persona, no puede, llegado el caso extremo, prescindir de la privación de la libertad de esa persona como cautela para asegurar sus fines* (Pastor, Daniel R., *Tendencias...*, 255). En efecto, *si se suprimiera toda posibilidad de encarcelar preventivamente al imputado... el proceso penal solo podría ser llevado a cabo ... en caso de contarse con la voluntad y colaboración del acusado (la cantidad de los supuestos en que esto podría suceder es fácilmente predecible)* (*ibid.*, 267).

⁴⁹Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *op. cit.*, 171.

⁵⁰Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 555.

⁵¹*Idem.*

⁵²*Ibid.*, 556.

⁵³*Ibid.*, 559.

⁵⁴Hernández sitúa a Ferrajoli como un exponente más del movimiento garantoaboliconista [cfr. *in extenso* Hernández, Héctor H., *El garantismo aboliconista*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013; Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo aboliconista*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017; y AA.VV., *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Héctor H. Hernández (dir.), Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010].

De hecho, según el propio Zaffaroni *parecen acortarse las distancias entre el derecho penal mínimo y el aboliconismo penal y, en último análisis, tampoco el primero sería –al menos en este aspecto– relegitimante del modelo penal de decisión de conflictos...* (Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, EDIAR, Buenos Aires, 1998, 2ª reimpresión, 117).

de darle ocasión de organizar eficazmente su defensa *ex ante* del juicio impiden echar mano a la prisión provisional⁵⁵. Tal es así, que en su esquema únicamente podría justificarse una coacción transitoria e inicial en procesos originados por los delitos más graves cuando sea indispensable para evitar la contaminación de pruebas antes del primer interrogatorio⁵⁶. Medida esta susceptible de concretarse con *la presentación coactiva del imputado ante el juez, al objeto de hacer posible la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas sin la oportunidad de preparar alteraciones fraudulentas*⁵⁷, por cuanto tras la intimación del hecho solo cabrían dos alternativas: a) la existencia de pruebas suficientes de culpabilidad y en consecuencia la carencia de razones para diferir el juicio y *no llevar al imputado ante el juez, para proceder al enjuiciamiento en las formas simplificadas previstas hoy para el juicio direttissimo o para el juicio inmediato*⁵⁸; o b) una orfandad probatoria que se traduciría en el derecho del imputado *... a no ser secuestrado durante el juicio y a defender en libertad su presunción de inocencia*⁵⁹.

Sed contra, nos topamos con lo escrito por el Doctor Angélico, quien si bien anticipándose varios siglos a los penalistas modernos definió como injusta la condenación por sospecha e incluso rubricó el *in dubio pro reo*⁶⁰; a la vez, mediante su perenne magisterio enseñó la licitud de encarcelar a alguien o detenerle en cualquier forma si *se hace según el orden de la justicia, bien por castigo, bien por prevención para evitar algún mal*⁶¹. Tal es así, que conforme Santo Tomás es lícito *...detener a un individuo durante cierto tiempo para impedir perpetrar la acción mala que va a cometer en el acto, como cuando uno detiene a alguien para que no se suicide o no hiera a otro*⁶².

⁵⁵Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 559. Vale destacar que Rusconi pareciera seguir a Ferrajoli (cf. Rusconi, Maximiliano, *op. cit.*, 33-35).

⁵⁶Pastor demuestra que Ferrajoli incurre así en una aporía irresoluble, pues es una contradicción en los términos *un proceso sin prisión preventiva que tolere la detención del imputado por las razones expuestas por el jurista italiano (Pastor, Daniel R., Tendencias..., 267-268)*. Pues como se podrá comprobar, Ferrajoli admite cierta coacción transitoria en el imputado con el fin de interrogarlo en una audiencia preliminar o incidente probatorio. De ahí que según Pastor *stricto sensu*, Ferrajoli *no protesta ... contra la prisión provisional, sino contra el hecho de su prolongación una vez conjurado el peligro para la conservación de las pruebas (ibid., 257)*. Por tanto, Pastor considera que Ferrajoli no ofrece una tesis absolutamente abolicionista de la prisión preventiva, en tanto reconoce medidas análogas; y en consecuencia admite su compatibilidad con el principio de inocencia (*ibid.*, 258).

⁵⁷Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 559.

⁵⁸*Ibid.*, 560.

⁵⁹*Idem.*

⁶⁰Cf. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 60 a.3 y a.4, 3ª ed., BAC, Madrid, 1998.

⁶¹Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 65, a.3, *respondeo*.

⁶²Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 65, a.3, *resp. a obj. 3*.

A la par, si abrevamos en la doctrina de Carrara o Beccaria podemos corroborar la vigencia de esa lección, en tanto no solo se advierte una justificación de la custodia preventiva fundada en fines procesales, sino también en necesidades de defensa pública, en traza de evitar a ciertos facinerosos la posibilidad de proseguir embistiendo contra el derecho ajeno durante el proceso⁶³ o la actualización de amenazas consumadas o potenciales daños motivados por una constante enemistad entre el presunto autor de un delito y el ofendido⁶⁴; tesis a la vez aparentemente sostenida por Roxin, quien precisaría entre otros presupuestos habilitantes de la prisión preventiva a la gravedad del hecho y el peligro de reiteración delictiva⁶⁵.

Solución. Si bien suele expresarse como regla general que la presunción de inocencia no tolera la prisión preventiva, esta afirmación no constituye un absoluto, tal cual lo sostiene Maier desde una perspectiva fincada en *los reglamentos de derechos humanos fijados en convenciones internacionales, regionales o universales*⁶⁶; y Hernández a partir de una despierta mirada de la experiencia recogida en la vida jurídica, mediante la cual nos permite comprobar con facilidad cómo *cede gradualmente ese principio conforme avanza el proceso penal*⁶⁷.

1. Efectivamente, es incorrecto aludir a una absoluta presunción de inocencia⁶⁸, en tanto esta comprende un asunto de conocimiento; y si la administración de justicia tiene que atender a la verdad del bien y a

⁶³Cf. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, vol. II, Temis – Depalma, 1986, 375.

⁶⁴Si bien Beccaria pareciera legitimar la prisión provisional solo por peligro de fuga y entorpecimiento del proceso (cf. cap. XIX), una atenta lectura del cap. XXIX (referido a la captura) ampliaría tal espectro de posibilidades, en tanto allí se dice que la *ley... señala los indicios de un delito que merece la custodia del reo...*, entre los cuales cita a *las amenazas y la constante enemistad con el ofendido* (Beccaria, Cesare B., *De los delitos y de las penas*, Losada, Buenos Aires, 2005, trad. por Antonio Bonnano, 93). Por tanto, a mi entender aquí se abriría una llave de interpretación diversa a la usualmente sostenida por algunos exégetas de Beccaria, pues no es en vano destacar además que allí se alude al encarcelamiento como *una pena que, a diferencia de cualquier otra, por necesidad debe preceder a la declaración del delito...*, es decir, a su verificación (*idem*).

⁶⁵Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000259-262, según cita e interpretación de los jueces Oscar A. Hergott y Eduardo R. Riggi en el plenario N° 13 del 30/10/2008, resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal de Argentina en el marco de la causa caratulada *Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley*.

⁶⁶Como así también arriba a la misma conclusión desde el punto de vista jurídico-constitucional e histórico cultural o desde una interpretación de la Constitución argentina (Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, III. Parte General: Actos procesales*, 376-377).

⁶⁷Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en Cadena (La Doctrina del Fruto del Árbol Venenoso)*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, 21.

⁶⁸Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en Cadena...*, 23.

la realidad, no se puede ignorar la realidad psicológica de que el avance de los conocimientos opuestos a la inocencia del reo van horadando parcialmente la presunción⁶⁹, aunque ...hasta la sentencia definitiva la destrucción total del principio no opera⁷⁰.

Como explica con buen tino el filósofo del derecho penal realista, *Presunción es un proceso mental que concluye en un juicio en que se supone algo sobre lo que no hay certeza directa. A medida que se avanza en un sentido o en otro y la mente se aproxima a la certeza, por definición la presunción ... se achica hasta desaparecer. Si yo veo a lo lejos en el campo algo que se mueve y levanta tierra, supongamos que dudo si es un caballo, una bicicleta o un tractor. En seguida hay algo que me hace presumir que es un caballo, pero cuando llego a la certeza de que lo es, la presunción no cabe más en mi cabeza. Es como si tengo una canasta en la cual entra un solo paquete y no puedo poner dos paquetes...*⁷¹. Motivo por el cual, Hernández añade, que *si es sensato presumir absolutamente la inocencia antes del proceso y al comienzo del proceso, si en el mismo se van colectando elementos de prueba que van convenciendo con elementos objetivos al juez... de que el imputado no es inocente, sería gravemente insensato e irreal seguir afirmando un juicio perfecto de inocencia como si fuera una certeza... [l]o único sensato es decir que la presunción se va destruyendo. En la cabeza no caben las dos cosas a la vez, como en el ejemplo de los paquetes de la canasta...*⁷².

Por cierto, al tratarse de un tópico vinculado a certezas gnoseológicas (léase de datos que *dan la evidencia o cuasi evidencia de la culpabilidad o la sospecha de ella*⁷³) podemos comprobar cómo la presunción de inocencia es esmerilada progresivamente, aunque solo caiga definitivamente ante una sentencia condenatoria⁷⁴. De lo contrario, si la presunción de inocencia no admitiera modulaciones hasta la sentencia definitiva, se hallarían huérfanas de razonabilidad disímiles decisiones adoptadas ante la configuración de determinados presupuestos o circunstancias objetivas, que habilitan restricciones de la libertad con anterioridad a esa etapa final del juicio y en concordancia con proposiciones normativas.

En efecto, existen decisorios y actos procesales que evidencian una relativización de la presunción de inocencia. Así pues, de concebirse a la presunción de inocencia como un absoluto, las fuerzas de seguridad no podrían detener a un imputado frente a la flagrante comisión de un delito; el fiscal no se hallaría en condiciones de intimar un hecho penal, dado que previamente se requiere la existencia de una sospecha suficiente

⁶⁹*Ibid.*, 22.

⁷⁰*Idem.*

⁷¹Hernández, Héctor H. *El garantismo abolicionista*, 528.

⁷²*Idem.*

⁷³Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en Cadena...*, 29.

⁷⁴*Idem.*

sobre la autoría o participación de la persona en esa conducta disvaliosa; y el juez tampoco encontraría franqueado el camino hacia el dictado de una prisión preventiva u otras tantas medidas cautelares, por cuanto estas decisiones exigen una convicción provisoria sobre el *fumus boni iuris/fumus comissi delicti*⁷⁵.

Por cierto, si las normas se fundan en bienes o valores las proposiciones normativas deben ajustarse a las estimativas⁷⁶. Al punto tal, que si realmente un juez se encuentra persuadido de “la inocencia de X o debe considerarlo inocente a X” (proposición estimativa) no puede encastrar a ese juicio de valor la proposición normativa vinculada al dictado de una prisión preventiva. A la luz de lo expuesto, devendría incongruente afirmar que “X se presume inocente” (proposición axiológica consistente con la idea del juez acerca del valor o bien proyectado en X no delinquiró); y coetáneamente aseverar “sospecho que X no es inocente o tengo la convicción suficiente aunque provisoria de la autoría o participación de X en el hecho delictivo; y por consiguiente dictó su prisión preventiva” (proposición normativa basada en la imagen del órgano juzgador de la existencia de una probabilidad elevada de lo antagónico a X es inocente, la cual traduce un convencimiento provisional sobre la atribución de responsabilidad por un delito preciso, al punto tal de ajustar su obrar en consecuencia)⁷⁷.

2. Sentado que tan solo a través de una ficción puede sostenerse una absolutización de la presunción de inocencia en el proceso penal, *indaguemos ahora la medida de racionalidad de la llamada “tesis procesalista”,* esto es, de aquella doctrina aquiescente en legitimar la prisión preventiva únicamente en pos de asegurar el cumplimiento de fines procesales.

En primer lugar, conviene señalar que no es necesario ni aconsejable justificar la aplicación de la prisión preventiva, a partir de un distingo con la pena privativa de libertad fundado meramente en sus fines. Nótese, que dos actos u objetos diferentes pueden propender a un mismo fin sin perder sus cualidades o propiedades distintivas/definitorias⁷⁸. A modo de ejemplo, el ejercicio de dos funciones disímiles como la policial y la judicial pueden llegar a cumplir un propósito similar sin prestarse a confusiones. Ejemplifica esto, que a través del desempeño de las fuerzas de seguridad –como por ej. podría ser la presencia policial–, cabría la posibilidad de

⁷⁵Simplificando, un juicio de imputación fundado en una convicción provisional sobre la atribución de responsabilidad por un delito preciso (mérito sustantivo), que se alcanza a través de una reconstrucción pretérita y una valoración jurídica de los acontecimientos investigados, e inexorablemente erosiona parcialmente la presunción de inocencia.

⁷⁶Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en Cadena...*, 23.

⁷⁷ Seguimos de cerca el fecundo magisterio y los ejemplos suministrados en *op. cit ut supra*, 23.

⁷⁸Así pues, tanto una pluma como una piedra pueden ser utilizados para escribir, amén de ser dos objetos diversos.

disuadir a la ciudadanía de la consumación de determinados delitos; y al mismo tiempo, la imposición de una pena también podría cohibir la perpetración de ciertos hechos delictivos. Es decir, nos hallaríamos ante actividades nítidamente diferenciables e idóneas para concretar un fin preventivo general, aunque ambas tareas no conducen a confusión alguna, ni devienen impugnables⁷⁹.

Lo dirimente a la hora de distinguir jurídicamente una pena privativa de la libertad de la ejecución de la prisión preventiva, no radica en centrar la observación en cualquier fin pasible de concretarse a través de estas, sino en escrutar su esencia, *finis operis* y *finis operantis*. Llegados a este punto, podemos precisar que según el Diccionario de la Real Academia Española una pena jurídica es un [c]astigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta⁸⁰. Esto nos permite comprobar que, a diferencia de la prisión preventiva, la pena es esencialmente un castigo impuesto en compensación de la culpa y en procura de corregir el desequilibrio causado por el delito, aun contra la voluntad de quien a través de un acto voluntario provocó un daño o peligro grave⁸¹. Por ello, en *El mal y el bien del Derecho penal*, ya se ha anticipado que: *el]ste castigo, palabra denotativa del carácter retributivo de la pena, importa cierta compensación de la víctima comunidad política y la víctima particular, que se da al corregirse la ventaja obtenida por el victimario, como así también al restituir las víctimas en su honor; a lo cual se añade desde luego, la restauración del orden de justicia conculcado*⁸², en pos del bien común.

Ha de sumarse a esto, que la pena es aflictiva, por cuanto de no causar aflicción no habría compensación de la culpa, pero por sobre todo es retributiva⁸³ y comprende la reprobación moral o desvaloración de una conducta delictiva, junto con la privación de un bien del autor del

⁷⁹En el ejemplo suministrado, nadie objetaría que en rigor de verdad bajo el ropaje de una función penal se solaparían instituciones signadas por fines vinculados al quehacer de las fuerzas de seguridad; como así tampoco se impugnaría el accionar de estas con el pretexto de atacar un proceder tendente a velar el cumplimiento de fines sustantivos de reacción ante la comisión de un hecho punible.

⁸⁰Cf. <https://dle.rae.es/pena> (fecha de consulta: 27/12/2022).

⁸¹Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho penal, sobre Malum Passionis* una respuesta fundada en el realismo, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, 136.

⁸²*Idem*.

⁸³No es sobreabundante aclarar, que *si bien la justa retribución es el fin esencial de la pena, a la vera de este propósito surgen otros objetivos (léase, disuasivos de venganzas privadas y delitos, pedagógicos, resocializadores, inocuidadores, mitigadores de la alarma social) también vinculados al bien común político y pasibles de concretarse, aunque no siempre resulte posible alcanzarlos en cada caso concreto, ante la aplicación de una respuesta penal. No obstante, el Estado debe tender hacia esa consecución, amén de que dado su sentido retributivo la legitimidad de la pena no se extinga por no lograrse esos fines* (Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho penal ...*, 145).

delito⁸⁴. Como explica Tale, *la pena no solo tiene una índole retributiva, sino que además la retribución está en el fin intencionalmente procurado por la autoridad pública que impone la pena*⁸⁵. Simplificando, *la justa retribución es fin propio de la pena, en el sentido en que se dice que el fin de una es aquello para lo cual la cosa existe o se hace (finis operis) y también es fin intencionalmente intentado, o que debe intentarse con la pena (finis operantis)*⁸⁶, amén de que su aplicación también puede convertirse en un medio particularmente apto para la disuasión o prevención de las conductas delictivas⁸⁷.

En consecuencia, más allá de la posible equivalencia funcional en torno a la dimensión aflictiva entre la prisión preventiva y la pena, si fijamos nuestra atención en el *finis operis* u *operantis* de la *poena*, podemos comprobar que la retribución es el fin intentado/alcanzado por esta⁸⁸, mas no así por la prisión provisional. Aquí, en esa retribución caracterizada por Goldschmidt como *...el regulador fundamental de la vida social*⁸⁹ se encuentra el *quid* de la cuestión que nos permite resolver satisfactoriamente el problema propuesto, pues la prisión preventiva no busca retribuir el mal causado por un delito y no se funda en la infracción del deber de no delinquir. *Contrario sensu* a la pena, cuyo fundamento se afinca en la culpabilidad del autor del hecho penal y *...se impone mediante un proceso porque es una manifestación de la justicia y porque el proceso es el camino de la misma*⁹⁰, la prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional justificada a base de un “pronóstico razonable” acerca de la existencia de ciertos peligros que es necesario aventar en traza de alcanzar el bien común, luego de ponderar/fundar la necesidad, razonabilidad e idoneidad de apelar a este instrumento coercitivo ante

⁸⁴Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA.VV., *Fines de la Pena...*, 119-120.

⁸⁵Tale, Camilo, “Los legítimos fines...”, 133.

⁸⁶*Ibid.*, 270.

⁸⁷*La retribución es un fin inmediato de la pena y la prevención (la que se logra mediante la imposición de la pena concreta) es fin mediato de la pena, en cuanto se procura por medio de la retribución... Y esto es lo que sucede con la retribución penal: aunque ella sea un medio para intentar la prevención del delito, también se busca en sí misma, por el bien (justicia) que importa el hecho de que el infractor del derecho reciba su merecido (ibid., 137).*

⁸⁸No es ocioso señalar, que Santo Tomás de Aquino afirma el fin retributivo de la pena, aunque también admita dos finalidades medicinales. Se advierte esto, dada una exégesis que erradamente niega la licitud del fin retributivo de la pena, según el Aquinate. Por cierto, esta última interpretación ha sido refutada categóricamente en Repetto, Alfredo L., “A propósito de... Un debate sobre el fin de la pena. Otras observaciones”, *El Derecho*, Serie especial de Filosofía del Derecho, 210-1041, Buenos Aires, 2004; Repetto, Alfredo L., “El derecho penal y Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho*, 180-1239, Buenos Aires, 1999; y Tale, Camilo, *Los legítimos fines...*, 19-40.

⁸⁹Goldschmidt, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bdef, Buenos Aires, 2016, 11-12.

⁹⁰*Ibid.*, 12-13.

la inexistencia de un medio menos restrictivo para obtener el resultado anhelado; e inferir en el caso concreto, la prevalencia de determinados intereses legítimos de la comunidad política sobre una libertad individual susceptible de ser restringida en un establecimiento especial durante un tiempo estrictamente limitado a las exigencias gravísimas de una situación.

3. Añádase a esto, que como explica Pastor, *el derecho penal material y el procesal no siempre son tan claramente separables con rigor, ni son independientes del todo sus fines*⁹¹, pues tal cual advierte Marafioti, *...a pesar de una visión originaria tan autonómica del proceso penal respecto del derecho penal sustantivo, demasiadas son las conexiones entre los dos mundos que todavía se pretenden separados, y las influencias entre los dos mundos se ponen de manifiesto*⁹². No en vano, el derecho penal se encuentra llamado a realizarse a través del proceso, en tanto como alertaba Beling, el derecho penal *no le toca al delincuente ni un pelo*⁹³ y tal cual enseñaba Mommsen, *el derecho penal, sin el procedimiento penal, es un mango de puñal sin hoja*...⁹⁴.

En ese entendimiento, vale preguntarse con Arnossi si se ajustaría a una medida de razonabilidad que el proceso penal se desarrollara *...sin una debida atención a las necesidades de tuición de las víctimas de delitos*⁹⁵, en tanto constituye un medio *...para la concreción del Derecho penal*⁹⁶, y uno de los propósitos de este último consiste efectivamente en *la protección de las víctimas –particulares y comunitarias–*⁹⁷.

Amerita interrogarse, si se adecuaría a una medida de racionalidad, que el proceso penal amputara la viabilidad de apelar excepcionalmente a la prisión provisional, de no existir a guisa de ej. otra herramienta eficaz e idónea para tutelar a una presunta víctima (comunidad política o particular) de un probable homicidio, lesión contra su integridad física, atentado terrorista, etc., en tanto *...[e]l respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no solo para asegurar el éxito de la investigación sino también para “garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo” y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo, pues [l]a idea de justicia ...*

⁹¹Pastor, Daniel Daniel R., *Tendencias...*, 291. Cabe precisar que según Pastor esto ha generado una confusión en torno a la función de la prisión preventiva; y por ello, él la restringe al cumplimiento de fines procesales para evitar su desvío hacia funciones materiales.

⁹²Marafioti, Luca, *Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana*, 143-151 en AA.VV., *Prevención e imputación...*, 144.

⁹³Como bien surge de la caracterización de Beling citada en Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 5ª ed., Lerner, Córdoba, 2009, 20.

⁹⁴Mommsen, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, 15.

⁹⁵Arnossi, Carlos G., “Sobre la protección integral de la víctima”, *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 15.070, Año LIX, ED 291, Buenos Aires, 11 de mayo de 2021, 3.

⁹⁶Idem.

⁹⁷Idem.

*impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro...*⁹⁸ (las subrayadas me pertenecen).

Más aún si entendemos que el derecho penal también comprende una función tuitiva (o sea, de prevención de delitos) ordenada a las justas exigencias del bien común político frente a la violencia del delito, relacionada al ejercicio recto de una legítima coacción⁹⁹ y ligada a un derecho autónomo e integral de protección de las víctimas actuales o potenciales, rubricado en el plexo normativo de algunas constituciones políticas¹⁰⁰, convenciones internacionales de derechos humanos¹⁰¹ y leyes¹⁰² vigentes, como así también reconocido por la CIDH al destacar en diversas oportunidades el deber de protección de los Estados de ...“*prevenir*”, *investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...*¹⁰³ con debida diligencia (las subrayadas me pertenecen).

⁹⁸Todres, Isaac (1971): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/08/1971, Fallos, 280:297.

⁹⁹La coacción estatal significa utilización de la fuerza pública por parte de órganos del Estado, para el caso, la ejercida legítimamente, esto es, la autorizada o permitida por la ley a ciertos órganos estatales (Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, III. Parte General: Actos procesales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2015, 371). Como enseña Castaño, la potestad política se encuentra legítima y necesariamente investida del derecho al ejercicio de la coacción en vista del bien común, tanto en el ámbito interno como en el externo; y aunque debe resaltarse la prelación de la faz directiva por sobre la imprescindible faz punitiva en el seno de la potestad política ..., señalamos desde ya a la facultad punitiva como una de las propiedades del poder político, tal como el que existe en un mundo signado por la defectividad espiritual del hombre (Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, 94).

¹⁰⁰Cfr. arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁰¹Cfr. arts. 1.1, 1.2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰²En Argentina por ej. esto se colige de la lectura del art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación, los arts. 3, inc. b y 5, incs. d y n de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley N° 27.372); los arts. 3, inc. h; 7, inc. c; 16, inc. e; y 26, incs. a. y b de la Ley de Protección Integral de las Mujeres (ley N° 26.485); el art. 7.b) y c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada por mediante ley N° 24.632); el art. 79, inc. c del Código Procesal Penal de la Nación; arts. 12, 26, a.7; y 80, inc. c del Código Procesal Penal Federal; y los arts. 38 y 186 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁰³CIDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, Sentencia del 29/07/1988, Fondo, Serie C N° 4, párrafos N° 166-167 y 174. De hecho, este deber de prevención y debida diligencia fue reafirmado por el mismo tribunal en CIDH, “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”, Sentencia de 16/11/2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 205, párrafo N° 258; CIDH, “Caso Fernández Ortega y otros Vs. México”, Sentencia de 30/08/2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 215, párrafos N° 192 y 193; CIDH, “Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México”, Sentencia de 31/08/2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 216, párrafos N° 176 y 177; CIDH, “Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala”, Sentencia de 19/11/2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 307, párrafo N° 145; CIDH, Caso I. V. Vs. Bolivia”, Sentencia de 30/11/2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C N° 329, párrafos N° 295-296; CIDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala”, Sentencia de 24/08/2017, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas;

Recordemos, que la coacción organizada presenta dos funciones imperativas (léase no facultativas por si subsistiera alguna duda), relacionadas al recto ejercicio de la fuerza y no la violencia –vale la aclaración por si alguien se deslizara dispersamente en la literatura abolicionista– e incardinadas en la conquista del bien común político: a) una punitiva, ligada al fin primario de la pena, que es retributivo por cuanto procura la restauración de la justicia violada¹⁰⁴; y otra tuitiva, es decir de prevención de delitos, vinculada a una necesidad evidente de protección de la comunidad política, sus integrantes y bienes jurídicos ante el potencial avasallamiento de los hechos penales¹⁰⁵.

Si bien la *definición usual del proceso penal se contenta con calificarlo de “procedimiento que tiene por objeto la declaración del delito y la imposición de la pena”*¹⁰⁶, como bien explica Goldschmidt, habría que añadir al *objeto del proceso penal la adopción de las pertinentes medidas de seguridad y el conocimiento de la acción civil proveniente del delito*¹⁰⁷. Sin embargo, a la luz de las reflexiones realizadas, los deberes de protección convencionales citados y el entendimiento del proceso penal como un *movimiento dialéctico de comparación y controversia racional*¹⁰⁸ ordenado a un fin que es *dar a cada uno lo suyo* (léase lo suyo del imputado –absolución o condena–, lo suyo de la presunta víctima y lo suyo de las víctimas potenciales) en un marco respetuoso de todas las garantías¹⁰⁹; luego se infiere la necesidad de agregar a ese objeto procesal la adopción de medidas conducentes para proteger la seguridad de las

Serie C Nº 339, párrafo Nº 149; Corte IDH, “Caso V. R. P., V. P. C. y otros Vs. Nicaragua”, Sentencia de 08/03/2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Serie C No. 350, párrafos Nº 152-153).

¹⁰⁴Esta función constituye una necesidad del bien común reclamada por la justicia como virtud y en cuanto orden social justo.

¹⁰⁵La función tuitiva se relaciona a una necesidad evidente de defensa de la comunidad política hacia adentro y fuera. Así, el ejercicio de esta función genérica de defender la comunidad política podría actualizarse frente a potenciales enemigos exteriores; o ante la necesidad de proteger del delito a esta, sus miembros y bienes jurídicos (cf. Castaño, Sergio Raúl, disertación titulada: *Una fundamentación de la legitimidad de la potestad penal del Estado*, en el marco del Seminario de Jurisprudencia Penal de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 04/04/2019).

¹⁰⁶Goldschmidt, James, *op. cit.*, 1.

¹⁰⁷*Idem.*

¹⁰⁸Caracterización brindada por Miguel J. R. de Lezica en Lezica, Miguel J. R. de (2017, 24 de julio), “Elementos del proceso penal en Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho, Diario de Doctrina y jurisprudencia Serie Especial Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Nº 14.229, año LI, ED 273, 10-11.

¹⁰⁹Como ya se anticipó en Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho penal...*, la consolidación de los derechos-garantías de todos los implicados (ya sean investigados, imputados, condenados, víctimas, derechohabientes, potenciales víctimas) en hechos penales es un débito del Estado o comunidad política que no debe partir de una visión sesgada o parcial, sino más bien de una síntesis superadora y comprensiva de todos los actores involucrados en esa dinámica social. Para mayor ilustración *vide* el cap. IV.21 de la obra citada.

presuntas víctimas y sus familiares, pues nada empece la existencia de diversos propósitos en un mismo proceso¹¹⁰.

Ciertamente, si como enseña Hernández existe un artículo 0 del Código Penal que se traduce en el principio natural e inmediato de dar a quien delinque su pena y no al inocente¹¹¹. Si bajo la lumbre del fecundo magisterio de este filósofo del derecho estimamos que, si reaccionamos contra el delito consumado porque es uno de los males sociales más graves y nocivos –de ahí su tipificación como una de las conductas más antijurídicas–, nos hallamos aplicando el *principio moral primero y más amplio, que es “hacer el bien y evitar el mal”, concretado en el ámbito jurídico*¹¹² en dar a cada uno lo suyo, en tanto retribuir con la justa pena es un bien ético jurídico; después, no sería razonable no prevenir en lo posible la perpetración de delitos, si esto fuera únicamente factible por intermedio de la prisión preventiva. Así como es un principio natural de justicia dar al delincuente su pena, también lo es prevenir en todo lo posible la acción de los delinquentes, entre otros medios cuando corresponde, con la prisión preventiva¹¹³.

4. Por otro lado, vale poner de relieve el absurdo axiológico desnudado por la doctrina procesalista, que admite la prisión preventiva para sortear lo menos grave y penoso (léase la posibilidad de entorpecer u obstaculizar el proceso), mas no con el objeto de evitar lo más gravoso y aflictivo (o sea, la consumación de un delito)¹¹⁴. Tal como advierte el maestro Hernández, si la prisión preventiva se dicta para evitar la fuga del delincuente o la obstaculización de la investigación, con mayor razón ha de regir para evitar el peligro mayor. Esto es, evitar en lo posible que el delincuente siga delinquiriendo. Y prevenir no solo los peligros procesales de la libertad del imputado, sino los peligros más graves¹¹⁵.

Por otra parte, cabe destacar la inepticia de negar la prisión preventiva ante el peligro de reiteración delictiva con fundamento en la posibilidad

¹¹⁰De lo contrario, serían inconsecuentes múltiples legislaciones que, al precisar el alcance de los procesos penales, regulan derechos de las víctimas y establecen deberes de protección frente a estas por parte de los magistrados actuantes. En fin, nada obsta a que a través del proceso penal se persigan múltiples propósitos, así como es factible que un único acto según la especie de la naturaleza se ordene a diversos fines de la voluntad (cf. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 1, a. 3, 3 obj.). De ahí que esto permite refutar la afirmación de Volk, quien expresaría que la prisión por peligro de reiteración no serviría a los fines del proceso, pues sería una medida preventiva de carácter profiláctico policial ordenada a proteger la generalidad del autor peligroso ante otros hechos punibles (Volk, *Grundkurs STPO*, 4ª ed., 2005, 63, según cita en Pastor, Daniel R, *Tendencias...*, 296).

¹¹¹Principio que además contiene las llamadas garantías de un juicio justo (vide Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho penal...*, cap. IV.21).

¹¹²Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista*, 278-279.

¹¹³*Ibid.*, 279.

¹¹⁴Se sigue de cerca a Hernández, Héctor H. *El garantismo abolicionista*, 523.

¹¹⁵Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en Cadena...*, 31.

de provocar un gravamen irreparable sobre quien se presume inocente¹¹⁶, pero al mismo tiempo consentirla frente al presupuesto de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Pues primero huelga advertir que el detenido cuya fuga o proceder se intenta impedir, independientemente de esto podría resultar verdaderamente inocente del delito imputado; y en segundo término, no puede obviarse la viabilidad de no concreción del riesgo procesal llamado a ser evitado mediante la prisión preventiva, supuesto pasible de darse si el sujeto no se halla determinado a fugarse, ni pretende efectivamente obstaculizar la dinámica procesal¹¹⁷.

Por todo lo expuesto, no puede obviarse cierta incoherencia en el pensamiento de quienes admiten la prisión preventiva únicamente con fines procesales, por cuanto si se siguieran las premisas argumentales aplicadas por los defensores de la tesis procesalista sería más coherente la inconstitucionalidad de esta medida en todos los casos y propiciar su abolición. Pero como ya indicó ese amigo del buen mirar llamado Héctor H. Hernández, esto implicaría la indefensión de toda la sociedad ante

¹¹⁶La objeción basada en la falibilidad del juez humano debe matizarse, en tanto en el ámbito del derecho nos movemos en el campo de lo contingente y las certezas morales. Tal es así, que mediante el proceso penal únicamente podemos alcanzar una certeza adecuada a los asuntos humanos, en tanto al recaer en la dialéctica el razonamiento sobre cosas plausibles, tan solo puede obtenerse un grado de certeza ajustado a la materia en la cual discutimos (es decir, el ámbito de la deliberación de los asuntos morales o jurídicos). Por tanto, aquí se puede arribar a una certeza probable o no necesaria, *contrario sensu* las matemáticas o metafísica, donde sí se puede aferrar certeza apodíctica (cf. Repetto, Alfredo, *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, 35-36).

De ahí la necesidad de matizar esa impugnación, por cuanto incluso también podría proyectarse a la posible defectibilidad de una sentencia condenatoria y al latente error judicial, al punto tal de esterilizar cualquier posibilidad de realización de la justicia, virtud que como se sabe, es uno de los elementos principales del bien común, sin cuya concreción es imposible alcanzar la concordia social. Por ello es importante recordar que amén de las factibles limitaciones, el juez humano ...*puede arribar a una certeza práctica, a una certeza probable, sobre el modo... en que ocurrieron los hechos, a una certeza moral, que no es absoluta pero que "excluya toda duda razonable y sería sobre el acto externo y la culpabilidad interna"* (cf. Pío XII, discurso pronunciado en la Convención Nacional VI de la Unión de Juristas Católicos Italianos el 05/12/1954, https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19541205_giuristi-cattolici.html, fecha de consulta: 28/12/2022).

Si bien el grado de certeza alcanzado no es el mismo al condenar o disponer una medida cautelar, tampoco debe soslayarse que el dictado de la prisión provisional también exige una formación seria por parte del juez, de consuno a la reunión de elementos de convicción suficientes para sostener provisoriamente la materialidad del hecho, como así también que el imputado resulta probablemente su autor o partícipe y la existencia de un peligro por aventar. So capa de tornarnos reiterativos, vale destacar que se requiere de un juicio de imputación fundado en una convicción provisional sobre la atribución de responsabilidad por un delito preciso (mérito sustantivo), la cual es alcanzada mediante una reconstrucción pretérita y una valoración jurídica de los acontecimientos investigados.

¹¹⁷Hernández, Héctor H. *El garantismo abolicionista*, 524.

el delito –realidad social insoslayable¹¹⁸–, a partir de una absolutización de la presunción de inocencia tan incongruente con las reglas gnoseológicas como las estimaciones axiológicas-ético-jurídicas aplicadas en la vida de relación, en desmedro del derecho natural¹¹⁹, el bien común y el principio concomitante de ese dar a cada uno lo suyo¹²⁰. Un *dar a cada uno lo suyo*, que aquí se concreta en la legítima pragmática de prevenir en la medida de lo posible eventuales hechos penales de especial gravedad, por intermedio de una resolución judicial fundada, cuando una vez acreditado el *fumus boni iuris* o *fumus comissi delicti*, como así también el peligro de reiteración delictiva, esto es viable y no existe otro medio menos turbador o restrictivo¹²¹ para lograr ese designio con la eficacia requerida¹²². De lo que se trata en definitiva, es de un deber de protección reservado en este caso a la autoridad judicial¹²³, quien no puede excusarse del legítimo y necesario derecho al ejercicio de la coacción a través de la prisión provisional en estos supuestos extremos, sin ofender a la prescripción de justicia de evitar que un ser humano dañe a otro en su salud e integridad¹²⁴, obligación derivada de ese principio universal del derecho y la moral mediante el cual se veda dañar injustamente a otro (*neminem laedere* o *alterum non laedere*).

¹¹⁸La realidad social demuestra que en cuantiosas ocasiones determinados sujetos que consuman delitos, reiteran esas u otras conductas penalmente reprochables.

¹¹⁹Explica Hernández que ...*así como es un principio de derecho natural que el delito debe ser combatido, lo es también en lo posible el delito debe ser evitado...*; y así ...*como se dice que el Estado debe ejercer la represión de los delitos, también debe ejercer la función de su evitación* (Hernández, Héctor H. *El garantismo abolicionista*, 525).

¹²⁰Proyección en el campo jurídico de ese principio moral primero consistente en hacer el bien y evitar el mal.

¹²¹Es decir, de no resultar suficientes otras medidas cautelares menos gravosas, tales como a modo de ej. podrían ser: a) el deber de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución; b) la prohibición de salir sin autorización previa de un ámbito territorial delimitado; c) la retención de documentos de viaje; d) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, visitar ciertos lugares, comunicarse o acercarse a algunas personas; e) el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; f) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; y g) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, etcétera.

¹²²Héctor H., *Inseguridad y Garantismo abolicionista*, 278-282.

¹²³Reserva legal razonable, dado el tenor de la decisión y la especial intensidad de esta medida cautelar en la libertad del hombre. Por ello, es una salvaguarda contra toda posible arbitrariedad la exigencia de una resolución judicial fundada, revisable y pronunciada en el marco de un debido proceso respetuoso de todas las garantías.

¹²⁴Repárese que, amén de las diferencias palpables entre una medida de seguridad y una de protección, de algún modo esta prescripción de justicia también se encuentra receptada en diferentes legislaciones donde se prevé la internación provisional del imputado inimputable cuando exista el peligro de dañarse a sí mismo o a terceros (cfr. art. 34, inc. 1 del Código Penal de la Nación Argentina, que reitera una fórmula semejante a la del antiguo art. 482 del Código Civil de ese país).

Per se, ese incumplimiento no solo traduciría un socavamiento del principio de derecho natural de prevenir el delito, sino además la erosión de un criterio de solidaridad mínima derivado del bien común político, el quebrantamiento de un deber ético-jurídico de auxiliar a quien probablemente se encuentra en circunstancias graves de peligro (incumplimiento agravado por la dignidad propia del magistrado) y un no hacer el bien debido, concepto que pertenece a la justicia legal (en tanto se encuentra contenido en la ley divina y en la ley humana) y la justicia especial (por cuanto mira al bien del prójimo)¹²⁵.

¹²⁵Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 6, a.3; y II-II, q. 79, a. 3.

IN MEMORIAM

BENEDICTO XVI: TESTIGO DE LA ESPERANZA, SERVIDOR DE LA VERDAD (16.4.1927-31.12.2022)

Fue un 16 de abril, hace más de 95 años, cuando vio la luz el pequeño de la familia Ratzinger, al sur de Alemania. Ese día era Sábado Santo, y este detalle marcó su vida, según dice él mismo, por ser aún Semana Santa, pero a las puertas de la Resurrección, cosa que, como escribe en su autobiografía: “cuanto más lo pienso, tanto más me parece la característica esencial de nuestra existencia humana: esperar todavía la Pascua y no estar aún en la luz plena, pero encaminarnos confiadamente hacia ella”.

Sábado ha sido también el día de *su nuevo nacimiento* –así llamaban los primeros cristianos a este paso hacia la vida eterna– que nos deja dolor en el corazón, pero a la vez gratitud y esperanza.

Si miramos su vida, han sido 95 años transidos de esos dones de la Gracia: un hijo de Dios lleno de esperanza y anhelo, de estudio y cátedra universitaria; a la vez de labor pastoral, de iniciativas académicas junto a un servicio a la Iglesia desde misiones y tareas cada vez de mayor responsabilidad. Sí, su camino fue humilde pero grande a la vez. Humilde porque se sabía criatura, pero grande a la vez porque se sabía amado por un Dios que “mira la humillación de su esclava”. Esta vivencia es radical en él y lo aborda en su libro *La infancia de Jesús*: “El hombre es un ser relacional. Si se trastoca la primera y fundamental relación del hombre –la relación con Dios– entonces ya no queda nada más que pueda estar verdaderamente en orden”.

Cuantos hemos tenido la gracia de verlo o saludarlo, más incluso quienes han conversado con él, hemos podido percibir en su mirada y en sus gestos ese orden que procede del amor de Dios; pues a la par de saberse criatura amada, lo proyecta en los demás y el prójimo puede percibirlo en la atención especial que brindó a cada persona.

En los inicios de su camino, era un sencillo seminarista que se formó y estudió en la posguerra mientras profundizaba en la belleza de la liturgia, dejándose seducir por la fuerza de San Agustín. Desde entonces supo siempre buscar un equilibrio entre las inquietudes intelectuales y su vocación académica –una de las más prometedoras de entonces–, con la vida profunda de creyente y de sacerdote orante. En todo trasparenteaba su ser un celebrante lleno de celo por la salvación de las almas. Todo ello forjado en su tiempo de novel sacerdote que se entregó al servicio pastoral de los fieles en una pequeña parroquia de la Bavaria natal, mientras aprovechaba también cada minuto para investigar y escribir sus tesis. Vivió a plenitud la vocación académica desde cátedras universitarias de Teología en varias Universidades alemanas; y en medio de esa carrera ascendente, no buscada, experimentó un profundo dolor ante la pérdida de sus padres.

Nuestro querido Benedicto XVI se esmeró por generar diálogo a su alrededor con personas diversas y de toda postura de pensamiento. Fue así como creó y mantuvo

amistades duraderas y lazos de cercanía, según cuentan sus discípulos directos. Pero también asume con valentía y conciencia coherente con la fe, los desafíos académicos que le permitan profundizar y crecer en los talentos intelectuales que sabe Dios le ha dado, no para su bien sino para el de la Iglesia. Es así humilde cuando le piden asumir la tarea de pastorear como Obispo la Arquidiócesis de München y Freising, en Baviera. Misión en que entregó tanta solicitud, enseñanzas y disponibilidad que pocos años después fue despedido con múltiples expresiones de cariño por el pueblo bávaro cuando hubo de trasladarse a la Santa Sede y liderar el dicasterio Doctrina de la Fe, por reiterada solicitud de San Juan Pablo II.

Desde el Vaticano continuó dedicándose al estudio y a la teología, con el beneplácito de San Juan Pablo II, quien conocía su obra más famosa: *Introducción al Cristianismo*, que tanto bien ha hecho por plantear las cuestiones de la fe de una manera novedosa y a la vez ortodoxa. Fueron años de trabajar juntos: el corazón santo del Papa polaco, potenciado por la sabiduría ordenada y fiel del prefecto alemán. Años muy fructíferos los de la primera etapa en la Santa Sede, pero a la vez sacrificados, de ocultamiento e incomprensiones. También de enfermedades, hasta el punto de solicitar en repetidas ocasiones la renuncia, siempre relegada. Quizás San Juan Pablo II lo preparaba en la dimensión humana para continuar su tarea.

Su elección como Papa Benedicto XVI, “humilde obrero de la viña del Señor”, sería para él un paso trascendente en su misión, la de siempre, como “colaborador de la verdad”. Solo que esta vez como Vicario de Cristo para la Iglesia Universal, misión que ha sido fecunda en el testimonio de la verdad, y solo desde la verdad. Solo por su confianza en Dios aceptó la cátedra de Pedro –cuando lo que deseaba era retirarse a descansar con su hermano a Baviera–, pues sabía que sería impulsado y sostenido por una fuerza más grande que él; fuerza que le hizo asumir con valentía la verdad de las miserias de algunos de sus hijos y enseñó a otros a encararlo así, desde la verdad.

La unión con Dios en equilibrio con sus tareas pastorales, le dieron la fuerza para acometer con toda la energía de un hombre de 78 años, la misión de guiar la barca de Pedro. Asimismo, la luz del día de su nacimiento se hizo más patente en la nueva vida que libremente asumió tras su renuncia: en la que, como fiel colaborador de la verdad, y en íntima relación con Cristo, su gran amor, ha esperado confiado y entregado hasta el culmen: la Pascua eterna.

De forma humilde, como siempre quiso vivir, nos deja ahora para acompañarnos de otra manera. Su vida entre dos sábados ha discurrido así: transida de esa luz y de una actitud de confiada espera, como ha sabido transmitir a muchos, a través del contacto personal o de sus obras.

¡Gracias Papa Benedicto XVI por tu ejemplo, por estos 95 años viviendo de esperanza, de amor y de fe, sobre todo de amor! Oramos por ti.

MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía (Universidad de Barcelona). Directora de Formación General, Universidad Santo Tomás, miembro de la Asociación de Nuevos Amigos del Cardenal Ratzinger.

(NR) Estando en prensas este N° 50/2023 el Papa emérito Benedicto XVI “ha vuelto a la casa del Padre”, con la humildad y sencillez con que se caracterizó durante toda su vida, no obstante su notable profundidad intelectual y santidad de vida. Este Revista se une al pesar de todos aquellos que lo conocieron ya personalmente, ya por la lectura de sus obras, y espera,

FRAY ANÍBAL FÓSBERY, O.P. (1933-2022): UN SACERDOCIO FECUNDO

Hace poco, el 5 de mayo del 2022, falleció Fósbery en Avellaneda, provincia de Buenos Aires y quisiera aquí hacer una reseña de lo que fue su vida y obra. Es claro que la misma ha de ser parcial dada la cantidad de cosas que hizo y emprendió, los diversos cargos y nombramientos que le fueron otorgados, como también su abundante producción escrita y su predicación, mucha de ella no desgrabada aún o bien grabada en el corazón de aquellos que la escucharon, porque fue un predicador y un gran predicador.

El padre se caracterizó por ser un hombre de bien, un varón cabal, de palabra. Una persona llena de empuje y energía, un hombre dotado para la acción y la convocatoria. Siempre lleno de vida y abriendo caminos y horizontes varios. Poseía condiciones naturales que encontraron cauce apostólico en el seno de la Iglesia. Él siempre tuvo un trato personal con todos aquellos que conoció, y cultivó en todos los casos que pudo, la amistad; el padre tenía muchísimos amigos, cosechó numerosas amistades a lo largo de su vida, muchos de los cuales se harían, claro, amigos entre sí. Sabía tratar a las personas, poseía un especial don de gentes...

Fósbery ha sido un sacerdote de Cristo fecundo; su fecundidad sacerdotal ha sido inmensa en tantos hijos que reconocen en él a un padre, en tantos que de él han recibido un gesto paternal, en tantos que lo recordarán y le agradecerán siempre. Fecundidad sacerdotal que se manifiesta en comunidades, forjadas bajo su impulso, donde fluye la vida de la gracia, en familias, jóvenes y niños nucleados en torno a la Palabra de Dios, la enseñanza de la Iglesia y los sacramentos.

Él ha sido un hombre de Dios, un religioso, un consagrado, un dominico, que transmitió lo que, en el silencio, contempló; no se reservó para sí lo contemplado, lo compartió con sus hermanos; lo transmitió con fuerza y pujanza, sembrando siempre certezas; lo contemplado por él fue entregado con convicción a través de su predicación singular.

Él vivió intensamente los tiempos. Los eclesiales: preconconcilio, concilio, posconcilio; los nacionales con todas las vicisitudes de nuestro país inculcando siempre el amor a la Patria, un "amor sereno, viril y esperanzado por la Patria". Esa vitalidad lo llevó a ser incansable en sus andares, reuniones, campamentos, retiros, reuniones organizativas interminables, viajes, siempre rodeado de jóvenes, trabajador y laborioso, infatigable.

Me toca ahora pasar a detallar, al menos algo, de su vida y obra.

Él nace en la ciudad de Buenos Aires; sus padres son Aníbal Fósbery y Yolanda Riccio¹. Vive los primeros años de su infancia en San Martín de los Andes que lo

así como en el año 2014 se publicaron en el Cuadernos de *Ius Publicum* N° 2, ya agotado, la mayoría de sus "Discursos al mundo académico y de la cultura", así también publicar una obra en su homenaje.

¹Fósbery, Aníbal, *Non nobis solum, los orígenes de la familia Fósbery*, Aquinas, Buenos Aires, 2009. Su bisabuelo Mariano Fósbery, inglés, estaba casado con Mercedes Avendaños, santiagueña. Radicados en Bragado. Su abuelo Mariano Fósbery, mayor de caballería estaba casado con Asunción Miralles, se radicaron en San Martín de los Andes.

marcan profundamente². Sus abuelos se habían radicado allí hacía mucho; siempre que pudo volvió a esos paisajes, en especial en los veranos, y sus amigos, por él, conocen y aprecian esa zona del sur argentino.

Pero su familia regresa a Buenos Aires y aquí realiza sus estudios primarios y secundarios, estos últimos en el colegio nacional Juan Martín de Pueyrredón. Terminando la secundaria se anotó e ingresó en el Colegio Militar de la Nación donde estuvo un par de años influyendo mucho aquí un tío suyo que era general del Ejército. Pero el padre tenía vocación sacerdotal.

Su vida religiosa y su discernimiento vocacional transcurrieron en dos lugares. Por un lado la parroquia y basílica San José de Flores atendida por el clero secular. Este era y es un lugar de suyo muy concurrido por la importancia cultural y religiosa que posee. Allí perteneció a la Acción Católica que nucleaba a un grupo numeroso de jóvenes³. Monseñor Arana (por entonces párroco) lo aconsejaba o guiaba por entonces y esto explica que el padre ingresara en 1953 al seminario de Devoto, de la Arquidiócesis porteña. Pero y ¿cómo se hizo dominico? En realidad, junto con San José de Flores, Fósbery alternó con el convento dominicano, y en particular estaba marcado por el padre Marino, el prior que falleció muy joven y que lo exhortara a “heredar su cáliz”. Mientras él se encontraba en Devoto un fraile le entrega en mano la vida de Santo Domingo escrita por el célebre dominico Lacordaire, y es entonces cuando él vuelve sobre sus pasos en el convento y en 1954 ingresa a la Orden. “Bernardo” pasa a ser su nombre al entrar en religión.

Toda su formación como religioso fue siempre en Buenos Aires en el convento de la Orden de Predicadores de Belgrano y Defensa, excepto unos meses luego del tremendo bombardeo de Plaza de Mayo y de la sacrílega y brutal quema de las iglesias de 1955, donde los estudiantes fueron enviados a Chile a esperar que se calmara la convulsión política que asolaba Argentina.

A su retorno (1956), manifiesta ya su aptitud para el apostolado juvenil y la convocatoria en ese ámbito para diversas actividades que incluían también los campamentos. Por entonces ya un primer grupo de jóvenes toma contacto con él y estos mencionan a otros frailes que veían allí por el convento: Mario José Petit de Murat, Brian Farrely, Mario Pinto, Alberto García Vieyra, Domingo Renaudiére de Paulis⁴. Podemos, quizás, imaginarnos el clima religioso y de estudio teológico que por entonces se vivía y eso explica muchísimo de Fósbery; era llamativa la facilidad con que decía algunas sentencias latinas, algún aforismo, alguna frase o definición en latín, alguna cita de Santo Tomás, de la Escritura, siempre en la lengua del Lacio; expresiones dichas en el momento oportuno para enseñar, corregir, iluminar, lo que correspondiere. Expresiones que para muchos era la primera vez que las oíamos y que refleja a las claras el ambiente de formación y vida religiosa del que procedía.

²Con ocasión del centenario, el padre le dedicaría un libro a esta ciudad. Fósbery, Aníbal, *San Martín de los Andes, historia de su fundación*. Universidad Faosta, Buenos Aires, 1997.

³De Flores son Cacho D'Agostino, Jorge González Castañón y Jorge Bergoglio. Luego del 13-03-2013 Fósbery decía: “los dos somos de Flores, los dos entramos al seminario de Devoto. Luego él se hizo jesuita, yo dominico, él fue provincial de los jesuitas, yo de los dominicos, a él lo eligieron Papa, a mí no”.

⁴Los camisas viejas, *cincuenta años 1956-2006*. Ediciones Faosta, Buenos Aires, 2006, 16-17.

Culminando su formación, monseñor Alejandro Schell, obispo de Lomas de Zamora lo ordenó sacerdote en 1959 y su primera Misa fue en la basílica de San José de Flores. Al poco tiempo viaja a Roma para continuar sus estudios y allí realiza en el Angelicum el doctorado en teología (1962). Su tesis versó sobre “La doctrina de la iluminación y el medioevo”⁵.

Aun estando en Europa, él siempre recordaba qué fue lo que se le confió; es así que Fósbery cuenta que “en el puerto de Barcelona, y antes de regresar a Argentina, el padre provincial Manuel Fortea, conociendo mi facilidad para vincularme con los jóvenes, me dio la misión de formar un movimiento juvenil que fuera de la orden dominicana”⁶.

Al regresar a su país fue nombrado rector del colegio Santo Tomás de Aquino en Mendoza (1962-1970) que por entonces pasaba por momentos delicados, y al poco tiempo comenzaría a plasmar lo que se le había confiado. La ocasión fue una novena predicada en Leones, provincia de Córdoba, donde convoca a unos jóvenes y nace así la Milicia Juvenil Santo Tomás de Aquino; en esos años seguiría fundando en otras ciudades y luego Aniceto Fernández, maestro general de la Orden reconocería dicha milicia como una Fraternidad Laical de la Orden de Predicadores (1972), la Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino.

Para la fecha de dicho reconocimiento ya había sido trasladado a San Miguel de Tucumán donde se había hecho cargo del rectorado de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (1970-1990) lo cual le permitiría desplegar una inmensa actividad.

De la vida propia del movimiento por él suscitado surgirían las vocaciones sacerdotales iniciándose así la Fraternidad Sacerdotal Tomás de Aquino que por entonces tenía el aliento de monseñor Jorge Meinvielle (1985). Con mucha posterioridad (2005) crearía en el seno de la institución la Fraternidad Apostólica Santa Catalina de Siena para las mujeres de Fasta como un espacio de especial entrega y dedicación.

Seguimos en Tucumán, el padre tiene muchas responsabilidades, en un tiempo del todo enrarecido y complicado; es allí cuando escribe “El proceso ideológico de la Iglesia en Latinoamérica” (1981) donde él describe aquellos años de profundas alteraciones, a la vez que fija su postura y ubicación en aquellos años de borrasca⁷.

Sería designado al frente de la Organización de Universidades Católicas de América Latina (1985) y luego le tocaría encabezar el Consejo de rectores de universidades privadas (1988). Entre ambas designaciones escribe “La República ocupada” (1987) donde daría cuenta de la presencia de Antonio Gramsci en muchos aspectos de la vida política y cultural de Argentina. Siendo rector de la Universidad del Norte le entrega al padre Leonardo Castellani el doctorado *honoris causa* en su domicilio de calle Caseros.

El movimiento por él generado seguiría creciendo, en Tucumán inicia el colegio Boisdrón (1978) y en Buenos Aires recibe de una congregación el actual colegio Catherina (1988). A su vez, de otra institución religiosa se le confía el colegio

⁵Fósbery, Aníbal, *La doctrina de la iluminación y el medioevo*. Universidad del norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1975. Posee prólogo de monseñor Derisi.

⁶Fósbery, Aníbal, *Vocación y Misterio*, MDA, Buenos Aires, 2022, 73.

⁷Fósbery, Aníbal, *El proceso ideológico de la Iglesia en América latina*, UNSTA, Tucumán, 1981.

San Vicente de Paúl de Mar del Plata (1992), sobre el cual y bajo su impulso capitalizando toda su experiencia previa, daría nacimiento a la Universidad Fasta. Luego se sucederían varios colegios más que hoy trabajan articuladamente entre sí y con la universidad sobre lineamientos establecidos por él.

A todo esto Fósbery hacia 1991 está ya en Buenos Aires, vive en el barrio de Palermo Viejo, en el seminario de Fasta, dedicándose también a la formación de los futuros sacerdotes, a la vez que presidía y animaba a toda la Institución.

Con unos años ya de experiencia en el ámbito de la evangelización de la cultura, la familia y la juventud publica *La Cultura Católica* (1999), libro especialmente valorado por él, haciendo por entonces una pausa, entre muchas ocupaciones, para su redacción, pero que condensa cuál es su cosmovisión al respecto⁸.

Al expandirse su obra hacia otros países, la Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino por él fundada sería reconocida como Asociación internacional de fieles de derecho pontificio (1997).

En Buenos Aires ya radicado sigue siempre impulsando proyectos, se integró a la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (Sita) que por entonces presidía Abelardo Lobato o.p. y menciono especialmente los simposios en homenaje a Joseph Pieper y a Alberto Caturelli organizados por Fósbery; colaboró con la revista y editorial *Gladius*, y de esta editorial prologaría *La Iglesia, peregrina de los siglos* del húngaro Thomas Molnar.

Por otra parte, y dentro de su acción permanente invitaría y recibiría la visita de dos cardenales que llegan a Argentina: O'Connor de Nueva York (1998) y Rouco Varela de Madrid (2005).

Si bien lo que sigue es muy posterior en el tiempo y hubo muchas cosas en el medio, esta no pretende ser una crónica meticulosa ni mucho menos; quería decir que uno de sus últimos empeños personales fue la fundación de Fasta en el Congo, país que llegó incluso a visitar.

En otro orden de cosas y regresando a su condición de predicador, quienes asistieron a sus sermones y homilías pueden dar fe de lo peculiar que fue su estilo. De hecho, su predicación se inserta en la tradición de la antigua oratoria, al predicar gesticula de diversas formas, a la vez que juega con distintos tonos de voz; emplea los contrastes pasando de un énfasis inmenso a un silencio prolongado, creando suspenso y concitando la atención en el contenido que expone. Predicador que se emociona con lo que dice, se alegra, se entristece al expresarse, conmueve con lo que dice y conmoviéndose él, conmovía a los demás. En más de una ocasión arrancó aplausos espontáneos. Recursos estudiados y ensayados de la oratoria puestos al servicio de la predicación de la Palabra de Dios⁹.

Pues bien, llegaría el momento en que el despliegue destacado del hombre de acción y del predicador ya no sería posible, en que el paso de los años le fueron marcando, muy a pesar suyo, una merma del ritmo hasta entonces sostenido y así ante la vitalidad que disminuía acortaría sus viajes y limitaría cada vez más el énfasis y extensión de su predicación.

⁸Fósbery, Aníbal, *La Cultura Católica*, Tierra Media, Buenos Aires, 1999.

⁹Fósbery, Aníbal, *Estén Preparados*, Aquinas, Buenos Aires, 2006. Fósbery, Aníbal, *Parata Sunt Omnia*, Ediciones Fasta, Buenos Aires, 2001. Ambos libros son desgrabaciones de sus predicaciones.

Fue entonces cuando se abocó con disciplina a escribir diversos libros buscando el apostolado doctrinal, la pastoral de la inteligencia, la edificación espiritual; las obras de este tiempo carecen del tono de las investigaciones eruditas, y procuran ser escritos que difunden la verdad con sencillez. Se abocó a esta faena ya que podía concentrar mejor sus tiempos y fuerzas en un objetivo que tuviera un resultado concreto creó.

Por entonces cerca suyo se rezaba y se cantaba el oficio divino. Se entonaban en su cercanía los salmos, antifonas e himnos, pero él prefería la recitación sencilla del oficio para poder aplicarse a este nuevo rubro de dedicación. Incluso retomó allí cierto impulso poético de otros tiempos.

Menciono algunos de los títulos de este tiempo fruto de su disciplina de trabajo:

Las vertientes de la argentinidad (2010); *Introducción a la Teología de Santo Tomás de Aquino* (2012); *Historias, recuerdos y poesías* (2014); *Profesión pública de la fe y renovación, en la sociedad actual* (2015); *Tras los pasos de Santo Domingo* (2016); *Patria y nación: bicentenario de la argentinidad* (2016); *María, Madre de Dios y Madre nuestra* (2016); *Mis poesías* (2018); *Vida de santos* (2018); *Lo católico en la república argentina* (2018). A estas obras hay que sumar varias *Reflexiones en torno a textos del Evangelio* en varios tomos. Pero habíamos dicho que aquí la nómina de sus publicaciones no pretende ser exhaustiva.

Este tiempo de dedicación a sus escritos duró hasta que un incidente de salud y una cirugía compleja cambiaron todo (diciembre 2019), y luego de más de dos meses de recuperación en la clínica Fleni de Escobar se refugió en su casa de San Martín de los Andes donde transcurrió el último tiempo bien atendido y acompañado, visitado siempre por jóvenes, matrimonios y familias (todo muy acotado y controlado ahora, no ya con el vértigo de antes).

Incluso allí el laborioso Fósbery se hizo de una rutina de trabajo a la mañana y a la tarde cuando podía, del cual saldría su último libro publicado pocos días antes de su muerte. Libro en el que recoge recuerdos y experiencias de su vida y publica sus cartas desde Roma de su tiempo de estudiante en la ciudad eterna¹⁰.

Cuando comenzó a dejar la predicación por las dificultades en el habla, más de una vez hizo referencia a Lacordaire, el célebre predicador de Notre Dame de París que se había quedado mudo al final de su vida. Fósbery, por su parte, estuvo consciente y lúcido hasta el final y tuvo de su pérdida de vitalidad una dolorosa percepción seguramente hondamente ofrecida. Por entonces se proyectaba una cirugía en Buenos Aires y ante la visita de un grupo cualificado de Fasta expresó por video de wasap hablándonos a todos: “Yo ya me estoy yendo. Quiero viajar a Buenos Aires para darles a cada uno de ustedes un gran abrazo”.

Falleció y su velorio fue fuera de lo común, en Buenos Aires hubo varias Misas de cuerpo presente en Palermo; muchísima gente viajó para despedirlo. Fueron días cargados de emoción, de lágrimas, de gratitud, de esperanza, de hermandad: de todo. Muchísimos hijos manifestando su agradecimiento ante un padre que había partido.

¹⁰Fósbery, Aníbal, *Vocación y Misterio. Memorias, testimonios y miradas. Cartas desde Roma*. MDA, Buenos Aires, abril, 2022.

Quizá la antigua oratoria practicada por Fósbery no exista más como tampoco los sentidos panegíricos por los difuntos de otrora, sin embargo, el prior del convento de Santo Domingo al término de la misa exequial al concluir su excelente y sencillo sermón le dirigió unas palabras de despedida a Fósbery diciéndole: “has puesto alto el nombre de la Orden de Predicadores y el honor de la Santa Iglesia”¹¹. Breve expresión con la que hizo un inmenso elogio del sacerdote cuya vida intentamos parcialmente reseñar aquí.

PADRE PABLO SYLVESTER

¹¹Hasta Dios, *boletín digital*, mayo 2022.

(N.R.) Sea este un sentido homenaje a quien fuera muy cercano de esta Universidad Santo Tomás, que varias veces visitó e iluminó con sus palabras y su amistad.

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. LA LEY, ¿BASTA QUE LO SEA PARA SER JUSTA?

Derecho “es lo que corresponde a otro”.

Asomarse al pensamiento de Tomás de Aquino es abrir la puerta no solo a grandes temas, sino a una gran variedad. De hecho, podríamos decir que, en el índice de la *Suma Teológica*, por ejemplo, su obra más conocida, hay temas para todos los gustos. De entre ellos, uno de especial actualidad es el de la justicia y su relación con la ley, no solo por las demandas actuales.

Para nuestro pensador la justicia es una de las virtudes más importantes para la vida social, precisamente porque, al ordenar las relaciones entre las personas, hace posible la convivencia. Y la define como “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho” –es decir, lo que le corresponde, lo suyo, lo justo (*Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 1, in c)–.

Siempre se refiere a relaciones entre personas en lo que toca al derecho, que es “aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como –por ejemplo– la retribución del salario debido por un servicio prestado” (*Ibid*, q. 57, a. 1, in c). Lo que “corresponde a otro” no es solo algo material (un regalo, dinero, un sueldo estipulado por un contrato), sino que también pueden ser realidades intangibles, como un reconocimiento (a una obra hecha, a una dignidad), una ayuda (ante una petición, como muestra de piedad), algo espiritual (una muestra de amor, de apoyo, de agradecimiento, una oración, un acto de culto, o de veracidad al respetar el ser de las cosas sin tergiversarlas), etc. No deja de ser llamativo ver los numerosos ámbitos a los que afecta la justicia.

Contiene un criterio objetivo, dado que brota ante algo real que exige una respuesta, como, por ejemplo, el trato adecuado que me exige la dignidad de la persona que tengo ante mí. Eso configura el derecho natural y debiera ser la base del derecho del que pende la justicia legal o positiva, que así es legitimada. ¿Pero cómo identificarla? Como seres racionales podemos discernir lo justo para cada caso en la medida en que lo conocemos correctamente, sin pasiones ni intereses que distorsionen el juicio. Y por eso nos podemos regir por la ley justa, ley que es “regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues *ley* deriva de *ligar*; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón” (*Ibid*, I-II, q. 90, a.1, in c) por la que podemos conocer la ley moral inserta en nuestra naturaleza humana y que marca los comportamientos mínimos: salvaguarda de la vida, educación de los hijos inserta en un proyecto de amor, búsqueda de la verdad y del bien común.

Pero, ¿es toda ley justa? Bien pensado, y dado que el valor más profundo de la ley escrita le viene no de nuestra voluntad sino de su correspondencia con el derecho natural y de lo que son las cosas, entonces, “si contiene alguna cosa

contra la ley natural, es injusta y no tiene ninguna fuerza para obligar” (*Ibid*, II-II, q 60, a. 5, ad 1) y “así no tiene razón de ley, sino más bien de cierta violencia” (*Ibid*, I-II, q.93, a. 3, ad 2). Luego no toda ley es justa, solo la que permite dar a cada uno lo que corresponde, sin quitárselo.

Si esto es así, es evidente que una ley que no respete el bien más básico y condición de los demás, que es el derecho a la vida, no es justa y violenta la recta razón. Comprender lo esencial de la ley según Tomás de Aquino, da luz acerca de cómo tomar postura ante ciertas propuestas de ley.

II. ¡GRACIAS, CHILE QUERIDO!

Gratitud a la patria como concordia de voluntades.

¿Quién no ha recibido algo de otros? Desde el gratuito saludo mañanero, el asiento en un medio de transporte o la confianza para mostrar que podemos contribuir a algo bueno, hasta algo tan fundamental como la existencia, la vida o la crianza. Y es de justicia, corresponder a todos esos dones con gratitud.

De esa manera justificó Tomás de Aquino la razón profunda de la virtud de la gratitud que, de hecho, toma varias formas: adquiere el nombre de piedad cuando se trata de devolver esa “deuda” a los padres y a la patria por habernos transmitido la vida, la crianza y la herencia cultural de un pueblo, mientras que, si el donante es Dios, creador de la vida, toma la forma de la religión al rendirle el amor y culto merecido. La piedad se manifiesta en la honra y servicio a los padres y a la patria, con lo que se transforma en “cierto testimonio de la caridad con que uno [los] ama” (*Suma Teológica*, II-IIa q. 101, a. 3, ad. 1).

Venimos a la vida en un ambiente del que recibimos, a modo de herencia, unas raíces y una serie de riquezas culturales y familiares que influyen en nuestro desarrollo personal. Por eso se puede decir que “patria” es, “en cierto modo, principio de nuestra existencia” (*Ibid*, ad. 3). Y como tal, su riqueza se va configurando progresivamente –sea para su mejora o para su declive– con la contribución de cada miembro. Por eso, los actos concretos de gratitud deberían contribuir al bien de la cultura y al de la vida social favoreciendo unas relaciones sociales armónicas o justas.

Así es, pues donde concurren varios protagonistas debe darse una cierta “concordia” o “unión de voluntades” y corazones que permita que todos caminen juntos en la misma dirección. Eso hace de la comunidad o sociedad una unidad con diversos miembros que convergen al bien común como su fin y no un conjunto de partes disgregadas entre sí. La concordia es compatible con la diversidad de opiniones y, de hecho, constituye una riqueza, siempre que haya acuerdo en lo esencial –los valores indiscutibles fundamentales–. Por otro lado, la concordia no surge por arte de magia o porque lo diga la ley, sino que es un resultado del amor verdadero, el de caridad, por el que –en Dios y desde Dios– “amamos al prójimo como a nosotros mismos; [y] por eso quiere cumplir el hombre la voluntad del prójimo como la suya propia” (*Ibid*, q. 29, a. 3, in c).

La condición necesaria para la verdadera concordia es, por tanto, querer con verdad al prójimo y su bien. Por eso no nos degrada inclinarnos a su voluntad, siempre que esta busque el bien verdadero y lo quiera desde la caridad, pues –como regla suprema del amor a Dios y al prójimo– fundamenta la concordia al hacer posible la comunión de voluntades. En cambio, cuando no se busca el bien verdadero la concordia pierde su fundamento y se deslegitima, y entonces puede justificarse la discordia, aunque sin faltar al bien y a la verdad, tal como lo afirmó Juan Pablo II al canonizar a Edith Stein, judía conversa que murió mártir en Auschwitz: *No aceptéis como verdad nada que carezca de amor. Y no aceptéis como amor nada que carezca de verdad. El uno sin la otra se convierte en una mentira destructora.* Tomás de Aquino pone el dedo en la llaga al señalar como una causa habitual de discordia e injusticia el que “cada cual busca su propio bien” sin atender al verdadero bien del otro (q. 37, a. 1, in c).

Y así, si el criterio más profundo para la concordia es buscar el verdadero bien, la auténtica piedad, al asumirlo, honrará y servirá a la patria contribuyendo al bien común. Esto supone aceptar la propia historia como parte de una herencia recibida, pero aprendiendo de los errores para no repetirlos y de los aciertos, para potenciarlos. No hacerlo “degenera en soberbia y en vanagloria” (*Ibid*, a. 2, in c), mientras que solo desde un amor que sirve es posible la unión, y se muestra como gratitud por todo lo recibido.

III. ESA VIDA QUE NO ACABA, EN CUERPO Y ALMA

*La inmortalidad de las almas exige
la futura resurrección de los cuerpos.*

Se dice que una de las cosas más ciertas de esta vida es que, en algún momento, no sabemos cuándo, va a terminar, es decir, que nos vamos a morir y que nos va a tocar a todos, sin diferencia alguna. Y aunque es así, nos cuesta afrontarlo y plantearnos esto de la muerte y lo que puede llevar consigo, incluso cerca de la conmemoración de los difuntos. Sin embargo, de la muerte se pueden sacar lecciones para la vida.

Las visiones materialistas apelan a que todo termina ante el umbral de la muerte, ya que no habría nada tras ello. Y desde esa óptica, solo queda disfrutar de esta vida lo máximo posible porque es lo que hay. Eso dicen y así viven los materialistas como Epicuro: “Comamos y bebamos, que mañana moriremos”. Pero, ¿es verdad que somos únicamente materia destinada a la nada y a la corrupción?

Con argumentos racionales y con otros que proceden de la fe, Santo Tomás de Aquino apela a que somos mucho más que materia: somos personas humanas con una dimensión espiritual y otra material íntimamente unidas. La primera es el alma, que al ser racional y espiritual no solo nos capacita para entender, tener conciencia y trascendencia, sino que además es inmortal. Algunas razones que da de ello es que, dado que entender es algo que supera al cuerpo, entonces lo que hace posible entender, que es el alma, no dependería del cuerpo para existir,

sino que existe por sí mismo; además de que no se corrompe y es lo más perfecto de la naturaleza. Y así algunos filósofos han llegado a concluir con argumentos racionales que nuestra alma es inmortal. Sin embargo, la fe cristiano-católica no solo afirma que el alma subsiste al cuerpo, sino que da un paso radicalmente novedoso al afirmar la resurrección de la carne, es decir, al asumir que el cuerpo participa de la inmortalidad.

Veamos algunas de sus razones. La primera es que, si verdaderamente Cristo murió y resucitó en cuerpo y alma, y por ser prototipo de hombre perfecto y nuestro Salvador, entonces nos precede y nos muestra lo que algún día será nuestro destino glorioso compartido con el suyo. Otras razones más filosóficas apuntan a que la persona necesita cuerpo y alma para existir como persona. Por eso dice en la *Suma contra gentiles* libro IV, capítulo 79:

“[...] consta que el alma se une naturalmente al cuerpo porque es esencialmente su forma. Por lo tanto, el estar sin el cuerpo es contra la naturaleza del alma y nada *contra natura* puede ser perpetuo. Luego el alma no estará separada del cuerpo perpetuamente. Por otra parte, como ella permanece perpetuamente, es preciso que de nuevo se una al cuerpo, que es resucitar. La inmortalidad de las almas exige al parecer la futura resurrección de los cuerpos.

Se demostró que el deseo natural del hombre tiende hacia la felicidad, pero la felicidad última es la perfección del feliz. Según esto, quien carezca de algo para su perfección todavía no tiene la felicidad perfecta, porque su deseo aún no está totalmente aquietado; pues todo lo imperfecto desea naturalmente alcanzar la perfección. Ahora bien, el alma separada del cuerpo es en cierto modo imperfecta, como toda parte que no existe con su todo, pues el alma es por naturaleza una parte de la naturaleza humana. Por lo tanto, el hombre no puede conseguir la última felicidad si el alma no vuelve a unirse al cuerpo, máxime habiendo demostrado que el hombre no puede llegar a la felicidad última en esta vida”.

La memoria de nuestros difuntos movida por la fe será, entonces, no solo un recuerdo agradecido o doloroso, sino a la vez un acto de esperanza en la vida eterna. No todo termina en el umbral de la muerte.

IV. EL SEÑUELO DEL FÚTBOL: UNA OPORTUNIDAD PARA DESCANSAR

La agilidad espiritual se restaura mediante el reposo espiritual.

Cuando pienso que la mitad del planeta está pendiente de 22 jugadores que persiguen una pelota, de cómo esta pelota corre por un campo de juego para entrar en un arco y busco la razón profunda de esto, me doy cuenta de que necesitamos un poco de distracción sana para evitar que nuestras preocupaciones cotidianas nos agobien y metan en un pozo sin fondo. Los momentos de distracciones y de

sano esparcimiento que nos distraen, nos deleitan y nos permiten regresar a la ocupación diaria con ánimo renovado y fresco.

La atención de medio planeta en esa pelota muestra que necesitamos ciertos bienes o acciones que nos ayuden a crecer como personas. Santo Tomás habla muy acertadamente de una aplicación de la virtud de la modestia por la cual descansamos a través de las diversiones:

“De igual modo que el hombre necesita del descanso corporal para reconfortar el cuerpo, que no puede trabajar incesantemente porque su capacidad es finita y limitada a ciertos trabajos, eso pasa también en el alma [...] En ambos casos (exceso de trabajo y ejercicio continuado de actividad intelectual) sufre un cansancio del alma. Y del mismo modo que el cansancio corporal desaparece por medio del descanso corporal, también la agilidad espiritual se restaura mediante el reposo espiritual. Ahora bien: el descanso del alma es deleite [...] Por eso es conveniente proporcionar un remedio contra el cansancio del alma mediante algún deleite, procurando un relajamiento en la tensión del espíritu. [...]

Estos dichos o hechos, en los que no se busca sino el deleite del alma, se llaman diversiones o juegos. Por eso es necesario hacer uso de ellos de cuando en cuando para dar algo de descanso al alma” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 168, a. 2).

Realmente es necesaria la diversión, siempre que sea de manera ordenada, como alude al apuntar a que la diversión sea “de cuando en cuando”. Pero también me pregunto qué está mirando la otra mitad del planeta como manera de divertirse, y si no sería mejor mirar algo que no sea caduco como un palmarés o una copa, sino que sea algo que trascienda a lo largo del tiempo hasta la eternidad. Me pregunto por qué nuestra capacidad de salir de nosotros mismos en busca de realidades que nos ayudan a dar lo mejor de cada uno no se eleva por encima de lo caduco y temporal y abre la puerta de la infinitud trascendente, si es que de verdad en el corazón del ser humano hay un anhelo de eternidad. Me pregunto por qué no lo abrimos o por qué, si sabemos que existe, no lo tenemos en cuenta y nos contentamos con mirar una pelota, cuando realmente necesitamos a Dios.

No estoy pensando en un Dios al estilo de la varita mágica que resuelve todos los problemas, sino en el Dios real que nos creó a su imagen y semejanza de la nada, que nos regaló una vocación única en el amor y la comunión con Él y entre nosotros y que nos abre la puerta a la vida eterna si creemos en Él. Pienso en el Dios que miraba y movilizaba al Padre Hurtado al preguntarse “¿qué haría Cristo en mi lugar?”.

Cuántas lecciones se pueden sacar del mundial, de la necesidad de saber descansar, y sobre todo del redescubrimiento de lo que puede darnos un sentido profundo y completo de esta vida y de la eterna. La pelota de fútbol es solo un señuelo de algo más grande que anhelamos desde lo profundo del corazón.

V. NO HAY NAVIDAD SIN AMOR

Es propio del amor acercar a los que se aman.

Los deseos de paz y bien, y de amor fraterno que brotan de nuestro corazón en el tiempo de Navidad, que al menos litúrgicamente se extiende del 25 al 1 de enero, encuentra su base en lo que se celebra y que le da su sentido más real y verdadero. El Nacimiento de Jesús no es, ni más ni menos, que la manifestación del amor de Dios hacia cada uno de nosotros, por quienes toma nuestra naturaleza humana, al hacerlo así, asume todo lo que nos divide y nos salva. Nos redime desde dentro. Esto es así, porque Belén se proyecta hacia el Calvario y a la Resurrección. Solo el amor puede explicar tal acercamiento y sacrificio por el bien de la persona amada.

El amor es la fuerza y el motor que realmente mueve el universo y a cada uno de nosotros –hacia el bien y la perfección–, mientras que el odio y la indiferencia es la falta de amor que bloquea todo crecimiento positivo. Al examinar la esencia de amor tiene Tomás de Aquino unas bellísimas reflexiones que pueden darnos mucha luz para enmarcar el acontecimiento de la Navidad y la vida misma. Dejémoslo hablar:

“Todo ser quiere y desea a su manera el propio bien, y *la naturaleza del amor induce al que ama a querer y desear el bien del amado*. Se sigue que el ser amante es respecto del ser amado, lo mismo que constituye una unidad consigo mismo. Por lo tanto, parece [...] el amor es una fuerza unificadora. Pero entonces, cuanto más fuerte sea el lazo que constituye la unidad, tanto más debe crecer el amor; por eso amamos más a los nacidos de nuestro mismo seno, o que llevan con nosotros una vida común, y menos a los que nos son simplemente hermanos en la raza humana. Además, cuando el lazo que establece la unidad es más íntimo para el ser amante, el amor es más firme; y es así como los amores de pasión son más ardientes que los de naturaleza o de elección, pero son también menos durables. Ahora bien, lo que une todo a Dios es la bondad divina que imita todas las cosas, en la cual todas las cosas hallan su ejemplar; y esa bondad divina es al mismo tiempo soberanamente grande e íntima, respecto de Dios que es su misma bondad. Por lo tanto, *no hay en Dios únicamente amor verdadero*, sino también amor soberanamente perfecto y firme. A esto se añade que *es propio del amor acercar a los que se aman*, pues cuando una semejanza o conveniencia mutua ha dado por resultado la unión de corazones, nace el deseo de una unión más perfecta; es decir, lo que ha comenzado por el afecto, se desea perfeccionar por una unión efectiva. Y es por ello que la amistad se alegra con la mutua presencia, la unión de vidas y el intercambio de conversaciones, como prerrogativas que le corresponden.

Ahora, ¿no atraerá Dios a Sí, de este modo, todas las cosas? Dándoles el ser, comunicándoles las demás perfecciones se las pone así en cuanto ellos posible. Por lo tanto, Dios ama a sí y a todos los demás seres” (*Suma contra los gentiles*, I, cap. 91)

El que Dios se haya hecho uno de nosotros es, pues, manifestación de un amor infinito que, buscando la unidad con quien ama, le “trajo” a nuestro lado, y ahí prometió estar “todos los días hasta el fin del mundo”. Esas figuritas de nuestros

pesebres son, entonces un recordatorio del amor que estamos invitados a imitar: superando odios y egoísmos, indiferencias y desidias: el amor es más fuerte, y lo es porque la iniciativa la toma Quien nunca se cansa de amar.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía. Directora de Formación General, Universidad Santo Tomás.

REFLEXIONES ÉTICAS

I. ABORTO-EUTANASIA PARA POLÍTICOS

Pienso que la actividad política, donde hay hombres de notable dignidad, está hoy muy venida a menos en todos los foros, hasta el punto de que su imagen en general es francamente mala. Pensando metafóricamente, vislumbro dos posibles soluciones, ambas fatales; su aborto selectivo antes de que sigan subiendo a los estrados del poder gente poco adecuada, o una digna eutanasia para los que desde el poder se sirven del pueblo en lugar de servirlo como debiera ser. En mi reflexión me aparecen personajes singulares, que habitan por el Caribe y por las estepas rusas. Pero estoy seguro de que mis lectores podrían colocar un par de docenas más dándose una vuelta por América, África, Asia y Europa.

Propongo esta hipótesis geopolítica a la que he llegado en mis devaneos nocturnos y solitarios, sin apoyo de pantalla alguna, con la mente puesta en mi memoria de largo alcance. Y, naturalmente llego hasta Atenas a encontrarme con los inventores de la *polis* y su derivado la política allá por los años quinientos antes de Cristo, que no es mucho retroceder. El gran Aristóteles llegó a escribir que la política es la actividad más noble y ética a la que los hombres buenos podían aspirar. Y ciertamente que en Atenas resultó casi, gracias a que la actividad era ejercida por hombres valiosos en inteligencia y fortuna. Los inteligentes y valerosos eran designados para conducirlos y los hombres de fortuna para llevar las finanzas del pueblo. Se les exigía que el negocio de la cosa pública fuera financiado, en caso de infortunio por quienes ya eran afortunados. La corrupción en ese tiempo no tenía buena prensa. Los demás servicios de legislación, controles de disciplina y defensa eran elegidos por el sencillo sistema de una tómbola que permitía a los ciudadanos que aceptaran la suerte de servir, que lo hicieran solamente por un año, para que su servicio fuera realmente en beneficio del pueblo y no en el suyo propio. Era considerada como un honor y la modalidad selectiva era impecable. En compensación de tan digno servicio eran bien pagados por su trabajo.

Dos mil años después, un observador estudioso de apellido Maquiavelo resumió la política vigente en la Europa del renacimiento como el arte de tomar y mantenerse en el poder usando todo tipo de medios –buenos o malos– que el principal o príncipe tuviera a su disposición. Ahí quedó sepultada para siempre la ingenua idea del maestro griego. Y desde Maquiavelo hasta nuestros días, la conducta de muchos políticos deshonestos, prepotentes, mentirosos, y codiciosos de fortuna se impuso para siempre por los siglos de los siglos, en el este y el oeste, en el norte y en el sur, naturalmente como en todas las cosas humanas, con notables excepciones.

Yo propondría volver a utilizar la tómbola –pueden revisar la ginesería 37, donde describí el sistema– para que, al azar, solicitemos a cualquiera de los ciudadanos honrados, que sacrifiquen un año de su vida para bien de los demás –pagándoles

por cierto un salario digno– y después de ese año vuelvan a su trabajo habitual, para ceder a otros tantos que se hagan cargo de las leyes y de la justa ejecución de estas. Naturalmente que esta proposición más vieja que yo, no alcanza a ser ningún borrador todavía. Es solo una idea que, lejos de ser loca, fue la única que sirvió efectivamente a una porción selecta de la humanidad, de buen nivel intelectual y moral –la antigua Grecia– que creía en serio que la política es un noble oficio, siempre que se ejerciera como servicio sacrificado y no como banquete o rapiña a costa de los ciudadanos.

II. “RICO VENENO”

Con esta simple frase, oxímoron perfecto, el viejo vendedor del estadio saltaba de grada en grada para entregar sus calugas o maní que el público reclamaba y pagaba entre risas y aplausos. Es probablemente el mejor vendedor que he conocido en mi vida. Si hace cincuenta años que presencié aquellas peripecias comerciales, es muy probable que no siga en vida el vendedor ya entonces veterano o que lo recuerden mis juveniles lectores por debajo de los sesenta.

Tomando en serio la frase, hoy podríamos decir que gravita en nuestro entorno una nube de vendedores de ricos venenos de distinta catadura. Se nos ofrecen venenos para la mente, para la voluntad, para los afectos, para la imaginación y hasta para la inconsciencia real o virtual. Son venenos de amplia gama y de efectos asegurados en su propósito de debilitarnos mental, moral y espiritualmente. Se nos vende la gratuidad total, las vacaciones perpetuas, las inversiones fantasmagóricas que nos permitirán vivir sin trabajar, gozar sin comprometernos, opinar sin leer, ni escuchar, ni pensar y, sobre todo, tener una Constitución que nos lleve directos al paraíso, sin pasar por purgatorio alguno.

¿Por qué los seres humanos no aprendemos nunca que nuestra inclinación a lo malo es mucho más fuerte que nuestros sinceros deseos de ser buenos? Nuestra respuesta –de judeocristianos que somos– tiene su origen en el pecado original que, sin ser nuestro personal, nos coloca como comunidad en posición inclinada hacia el abismo. Para contrarrestar esta tendencia, todos contamos con el mismo instrumental que nos permite volver a poner el orden desde el espíritu que nos invita a volar, hasta los sentidos que nos llevan a delinquir. Hay que restaurar virtudes, recortar vicios y ayudándonos unos a otros a redescubrir la verdad, el bien y la belleza. Espero que mis imaginativos lectores podrán rellenar el esquema con prácticas que conduzcan a enderezar la tabla inclinada hacia el equilibrio estable. Fe, esperanza, caridad, justicia, prudencia, humildad, paciencia, perseverancia, generosidad, amabilidad, puntualidad, nobleza, caballerosidad y otras cuarenta o cincuenta pequeñas virtudes que cada uno puede ir distribuyendo en su menú moral diario.

Ojalá que el veneno, que a veces resulta apetecible, no nos debilite para siempre o nos destruya los cinco sentidos al mismo tiempo. Las golosinas que traen multitud de venenos en vistosos envoltorios se pagan, finalmente, a muy alto precio. Rico veneno, pero veneno al fin.

III. RECONOCER Y ELOGIAR

A todos nos gusta que reconozcan y elogien lo que hacemos bien y si es posible lo que somos. Desde el niño más pequeño hasta el anciano más longevo hay poca diferencia en similar deseo. Quieren todos que los escuchen, les tengan en cuenta y por supuesto, les reconozcan explícitamente lo que hacen bien y se lo aplaudan más o menos sonoramente. Esa pizca de vanidad que nos hace a veces tan frágiles está adosada al sincero deseo de ser tenidos en cuenta.

Tomás de Aquino escribe a propósito de esta materia: *Elogiar a los demás en público por todo lo que hacen bien es un acto de justicia*. Las razones de esta deseable conducta hay que buscarlas en la necesidad de mantener el orden de la sociedad, estimular el buen desarrollo de las interacciones humanas y mostrar sin restricciones el comportamiento más perfecto.

Reconocer y elogiar al *jefe*, cuando este no lo merece es hipocresía, pero cuando sí lo merece, es signo también de justicia, aunque muchos, por una deformación sospechosa, dirán que es oportunismo, chaqueteo o un modo de soborno. Sin embargo, en recta moral, es un acto de justicia que contribuye al perfeccionamiento de la persona y que redundará en bien de la institución o empresa que el superior jerárquico represente. ¡Qué cosa más justa y ciertamente provechosa para levantar el ánimo, el que el jefe reconozca públicamente a su secretaria, a su junior, a la señora de la limpieza o a cualquier otro subalterno! Es increíble el agrado que produce al beneficiado un reconocimiento y un elogio delante de sus pares o ante desconocidos.

El reconocimiento es, ciertamente, un acto plenamente libre, que por distintos motivos no surge en todas las personas de forma espontánea. Los que son de temperamento tímido, en general son muy parcos en sus expresiones, en sus gestos o en sus palabras. Y los que son naturalmente eufóricos caen fácilmente en el elogio frecuente o exagerado. Unos y otros –tímidos y acelerados– tendrán que esforzarse por adquirir hábitos de reconocimiento, si llegan a ser jefes. Y lo mismo habrá que decir con los subalternos, si bien para estos será doblemente difícil una conducta de reconocimiento y elogio hacia arriba, por el peligro de ser mal interpretados.

En la tarea cotidiana de hacer empresa de calidad, el reconocimiento y el elogio no deben ser consideradas como tareas menores. A nadie le disgusta que le aprecien, que le reconozcan, que le demuestren admiración y afecto.

Invito a mis lectores a preparar un reconocimiento o un elogio, con prudencia y moderación, pero con la mayor seriedad posible y les aseguro que se admirarán de los resultados en el corto, mediano y largo plazo. Con seguridad que muchos tipos de depresiones y de estrés, hoy tan comunes, podrían superarse con el simple ejercicio de una palabra o un gesto que lleve al reconocimiento y al elogio de quienes trabajan junto a nosotros, ya sean superiores o subalternos. ¡Pruébelo! Es gratis. Puede producir en el largo plazo una adicción recomendable. Hacerlo el viernes puede ser una buena inyección para proporcionar un fin de semana confortable. Hacerlo el lunes a primera hora puede significar el mejor estímulo para emprender la tarea con entusiasmo y que puede durar toda la semana.

IV. NUESTROS VALORES

Suelen algunos jóvenes asegurar, sin arrugarse física o mentalmente, que sus valores son superiores a los de sus antepasados, argumentando que la evolución humana es imparable y naturalmente aspira hacia más altos niveles de razón, tecnología y proyección cósmica. Ayer fuimos simples primates, cavernícolas, cazadores y guerreros de inusitada barbarie tales como los vándalos, en versiones cada vez más violentas e irracionales como lo mostraron las hordas revolucionarias de la guillotina, las turbas esteparias estalinistas o las feroces masas hitlerianas o maoístas, dejando otras muestras más cercanas que requieren de mayor perspectiva histórica.

Partamos de la premisa que el hombre con valores no es lo mismo que el hombre virtuoso. Y para una reflexión ética este es el punto crucial. Los valores son simplemente la estimación que tenemos las personas sobre el mundo que habitamos y las cosas que nos hacemos o encontramos hechas en la tierra o en el cosmos que tratamos de dirigir a nuestro antojo. Todos tenemos a nuestra disposición el listado entero de lo que vale objetiva y subjetivamente, como la vida, la salud, la cultura, la religión, la seguridad y por, sobre todo, el afecto parcelado o globalizante. Porque todos tenemos certeza de que el trabajo y el dinero son instrumentos necesarios para conseguir más fácilmente todo lo anterior.

Mi primera observación es que el progreso humano es ciertamente desigual si consideramos al hombre en sus capacidades mentales, físicas, afectivas, morales y espirituales. Ciertamente que hoy tenemos un extraordinario valor en desarrollo industrial, tecnológico, científico que nos sacó a todos de las cavernas, de la caza y de la cabalgadura guerrera, entregándonos un tipo de vida bastante más llevadero que el de nuestros antiguos vándalos, revolucionarios y totalitarios. Pero me permito poner en duda que los otros valores que dicen relación a nuestra condición humana vayan por la misma vía de desarrollo y expansión creciente. ¿Somos más afectuosos que ayer? ¿Somos más virtuosos que nuestros antepasados? ¿Tenemos más conciencia hoy de nuestra relación espiritual como seres abiertos hacia la eternidad?

¿De qué valores estamos hablando? Es ahí donde hay que poner el debate que esos jóvenes que a sí mismos se presentan como adalides de una humanidad progresiva en vías de perfección total, nos quieren señalar. ¡Totalmente de acuerdo con su anhelo hacia la más alta de las utopías! Comparto con ellos el anhelo. Pero estoy lejos de compararme con todos los que nos precedieron. Muchos en muchos aspectos nos superaron en encarnar en virtudes los mismos valores. En general, nuestros valores cotizan bien en la sociedad, pero se encuentran muy lejos de convertirse en realidades verdaderamente buenas y bellas. Aunque todos sabemos lo que es valioso para mí, para ti y para todos, nos quedamos en la contemplación poética del hombre nuevo, de la sociedad perfecta, del amor universal, de la justicia absoluta y del bienestar indeclinable.

Creo sinceramente –y lo he venido comprobando en el ya largo tiempo que me ha tocado en suerte vivir–, que el problema no está en los valores, sino en las virtudes de los hombres que irán haciendo posible que aquellos vayan copando hasta los últimos rincones del planeta. No seamos ilusos. Los valores son gratis, Las virtudes –todas, las humanas y las sobrenaturales–, cuestan una barbaridad mantenerse en el tiempo. Pero no hay que desesperar. El que empieza por poner en

práctica una sola virtud, es muy probable que alcance a coleccionar muchas otras. No presumamos, entonces de valores, sino más bien conquistemos las virtudes que los hacen florecer y perpetuarse: la humildad que es por cierto una pequeña virtud puede ser una buena idea para empezar a construir otras virtudes que podríamos exhibir mañana como hermosas conquistas con mucho valor agregado. Muchos de los que nos precedieron las tuvieron más en cuenta que nosotros. Es bueno sin duda tener valores, pero es mejor coleccionar virtudes.

V. REVOLUCIONES AL POR MAYOR

Me asaltan extrañas ideas cuando leo y releo sobre la revolución francesa de 1789, con ánimo de interpretar hoy la serie interminable de revoluciones caseras. Con el tiempo abundante de que dispongo, me entretengo en peregrinar por la historia, porque al igual que Heródoto, pienso que recordar la historia nos impulsa a repetirla en lo que tiene de buena y prevenirnos ante lo mucho que tiene de mala. Es ella una buena maestra de la vida.

Veo correr a esos grupos de muchachos violentos que desfilaban por las orillas del Sena descerrajando la Bastilla y liberando a cuatro pobres prisioneros que todavía estaban allí encerrados, gritando los lemas de libertad, fraternidad e igualdad, como les habían enseñado los Danton, Robespierre y Saint Just, hombres que soñaban con una revolución total que revocara la monarquía, el clero y la nobleza, los gestores hasta entonces de la cosa pública. Ahí nació la célebre marsellesa que hasta hoy entonan los nuevos revolucionarios con aire marcial y entusiasmo callejero: *Allons enfants de la patrie...*

Girondinos y jacobinos, que así se llamaban los dos partidos que capitaneaban la revolución querían lo mismo –la sustitución de los poderes tradicionales por un poder que radicara en el pueblo llano, conocido como los *sans culottes*, refiriéndose a la vestimenta que hoy llamaríamos sin corbata o pantalones rotos–. Y al igual que en nuestros días, ambos partidos se diferenciaban apenas en la dosis de mayor o menor fanatismo en sus métodos para conseguir tan formidable objetivo, despreciando con voces estentóreas a sus opositores.

Después de mucha asamblea, gritos, insultos y barricadas, unos y otros llegaron a las manos y terminaron recetándose la misma medicina: la guillotina, o sea la desaparición del adversario por la vía rápida. Y fue tan ruda la situación que a los dos o tres años, los más violentos produjeron una situación de terror que, en nombre de la libertad, guillotinaron a unos cincuenta mil opositores, cuando unos, cuando otros. Porque, al hacer un sucinto resumen, no solo se cargaron al rey y a la reina, sino que también los Danton, Robespierre y Saint Just terminaron en la misma plaza, degollados por la misma cuchilla del cadalso ante los gritos entusiastas del pueblo revolucionario.

La revolución terminó cuando Francia pasó de ser un reino a un imperio, ya que los mismos revolucionarios se dieron cuenta que entre un rey temeroso y un emperador audaz –Napoleón–, valía la pena optar por este último, aunque la libertad, la fraternidad y la igualdad, terminarían por desaparecer del mapa y

todo siguiera más o menos igual, salvo un nuevo decálogo de miles de preceptos y una nueva escritura sacra que se llamó enciclopedia escrita por panegiristas de un nuevo mundo dudosamente libre, poco fraterno y desde luego que nada igual. Siguiendo el modelo, muchos países entonaron la misma canción, adoptaron la constitución napoleónica y naturalmente creyeron que el mundo había llegado a ser libre, fraterno e igual.

Como viejo que soy y con alguna memoria de lo antiguo he llegado a la conclusión de que las cosas no han mejorado demasiado. Sigue habiendo en nuestros barrios imitadores de Danton, Robespierre y Saint Just. Y si bien la guillotina se ha ido al museo, los progresos de la mentada revolución siguen esperando en la mente de muchos nuevos o viejos *enfants de la patrie* que cantan la misma canción sin advertir mucho en su letra *–le jour de gloire est arrivé–* o en su extraño simbolismo.

Creo sinceramente que la única revolución que cambió al mundo fue la que llevaron a cabo los discípulos del Maestro que enseñaron a amar a todos y a ser capaces de morir por declarar felices a los pobres y compartir con ellos los bienes de la tierra y del cielo. Efectivamente la libertad, la fraternidad y la igualdad son principios cristianos que solamente llegan a ser eficaces si nos revolucionamos por dentro los seguidores del Señor y de su Iglesia en lugar de poner al mundo en perpetua revolución sin mirar lo que ha sido en la historia hasta nuestros días.

VI. OTRAS VACUNAS

¿Será posible vivir en paz? ¿Será una utopía inalcanzable vivir tranquilo en la casa, sin temor a que alguien venga a perturbar nuestra paz e intimidad? ¿Habrà alguna vacuna contra la violencia? ¿Cuándo será el día que los medios de comunicación no puedan publicar actos de violencia, sencillamente porque la sociedad los haya desterrado para siempre? Sería un agrado poder afirmar en nuestro medio, sobre todo en nuestro medio ciudadano, que todas estas amenazas han dejado de serlo. Que la vida en paz, que la seguridad del hogar y que las noticias buenas sean la normalidad de nuestra existencia. ¡Cómo nos cambiaría la vida si a la hora de ver y oír los noticiarios, nos encontráramos con puras buenas noticias! Es posible que hasta nos aburriéramos de tanta bondad y empezáramos a añorar algún que otro asalto, protesta, o algo similar y de mal gusto.

Mientras esta utopía llega, si es que algún día pudiera llegar a ser, tratemos de ser realistas y busquemos juntos algunas *vacunas o armas* que nos permitan vencer esta funesta guerra con alguna posibilidad de éxito. Nuestra contribución al tema que ocupa y preocupa a las autoridades nacionales y locales no puede ser otra que la invitación ferviente a una refundación de la racionalidad y a un espíritu abierto a contribuir con las cualidades morales que el buen juicio nos pone gratis a disposición cada día para que vuelvan la cordura y las buenas formas. Es decir, que usemos con mayor frecuencia nuestra inteligencia y nuestros buenos sentimientos. Que descubramos una vacuna contra la irracionalidad, otra contra la envidia y una tercera contra la indiferencia, la pereza y el odio.

Seamos prácticos: hagámonos educadores a tiempo y destiempo y ayudantes de nuestras autoridades. Las tareas de fondo, a nuestro juicio, tienen que ver con la educación de la conciencia individual, con la promoción de los valores familiares y con un ferviente llamado a la colaboración de los comunicadores profesionales. Las sugerencias específicas tienen que ver con un fuerte control de las armas de fuego y con un enfrentamiento eficaz a la llamada indisciplina escolar, que es fácilmente la antesala de la delincuencia adolescente y juvenil. Esto podría ser un buen comienzo. La justicia y la paz se podrían abrazar y hasta besar. Como ya nos pusimos cuanta vacuna hay para la salud física, pongamos en movimiento la campaña de las vacunas espirituales. Estas últimas son gratuitas.

VII. LUZ Y CALOR

La guerra irracional y perversa que sufren ya por ocho meses cuarenta millones de ucranianos ha llegado a un momento de especial crueldad, siendo seguida, contemplada y sufrida por la mayoría de las naciones de la tierra. A los bombardeos indiscriminados contra una población angustiada por la ferocidad del ataque se une ahora la campaña diabólica de apagar las luces y provocar el frío en la víspera de un invierno particularmente duro en esas latitudes del Dniéper, al norte del Mar Negro.

El nocivo efecto de la privación de la energía para que el pueblo tenga luz y calor nos hace abrir ojos y corazón para comprender la maldad física y moral de la cruel medida tomada desde los deslumbrantes salones dorados del Kremlin. Vivir con la luz y poder abrigarse del frío son elementales deseos de todo ser racional, particularmente en aquellas regiones que se encuentran situadas por la naturaleza entre las tinieblas y el frío. Es lo que deben estar sintiendo los millones de habitantes de ese país que se nos revela a todos como una fecunda tierra con una gran historia, valiente en su resistencia y en que la humanidad tiene hoy puestos sus ojos.

El hombre necesita absolutamente de la luz que ilumine su camino material y espiritual y un confortable calor para sentir que está vivo y con capacidad de hacer viva su esperanza de crecer, multiplicarse, ayudarse y quererse. Quitarle al hombre la luz y el calor al mismo tiempo es condenarle anticipadamente a la desesperanza y a la muerte. Es como marcar el territorio en que habita con el fatídico letrero del infierno de Dante: *Los que aquí entráis, perded toda esperanza.*

En esta breve reflexión que me viene desde las crueles noticias que los medios nos entregan estos días se me proyecta uno de los fenómenos más negativos que la vida cotidiana nos entrega dada la pérdida de los grandes valores humanos promovidos fuertemente por la cristiandad y hoy, en muchas partes, heridos de muerte.

Un mundo sin luz, es decir, sin principios que alumbren sus vidas y sin el calor del afecto entre los ciudadanos, es un mundo sin destino, un anticipo del infierno.

Ojalá que los misiles de Putin dejen de aniquilar las fuentes de energía de Ucrania y que el pueblo agredido irracionalmente pueda encender todas las luminarias externas e internas y producir el calor de un universal afecto entre

sus propios ciudadanos y con toda la humanidad que contempla despavorida el efecto satánico de privar a los hombres de la luz que viene de lo alto y del calor que generan los hombres de buena voluntad dispuestos a reconciliarse en vísperas de Navidad.

JESÚS GINÉS O.*

VIII. SABIO, SANTO Y PULCRO

José Ratzinger o bien el Bendito o Benedicto XVI acaba de despedirse de nosotros para encontrarse con el que amó hasta el fin. Sus últimas palabras fueron: *Jesús, te amo*. No podía ser de otra manera el final de una vida que Dios nos regaló en un hombre completo: sabio, santo y bello.

El hombre que acaba de partir entre la Navidad y la Epifanía iluminó todo un siglo a la Iglesia y al mundo. Ha sido velado por una pequeña guardia suiza y por miles y millones de fieles y admiradores que desde todas partes del mundo acuden a Roma, física o espiritualmente, a mirar ese inolvidable rostro noble, bello, radiante de alegría interior y de mirada azul llena de cielo, de mar y de montañas de su patria.

Su obra magisterial que lo hizo aclamar entre la más selecta intelectualidad del mundo tuvo como objetivo permanente el descubrimiento y gozo de la Verdad con mayúscula, siguiendo todos los caminos que la ciencia y la constancia, la conciencia y el afecto le impulsaron a recorrer. Naturalmente que su intención última no podía ser otra que aproximarse y conducir a otros a reencontrar el rostro verdadero de Dios que se encuentra solamente en Jesucristo. Basta leer su *Jesús de Nazaret* para peregrinar con el historiador, el teólogo y por sobre todo el contemplativo al que solo satisface *el encuentro con el amado*.

De su bondad y belleza no nos cabe la menor duda, al repasar su vida siempre llena de una humildad profunda, de una sonrisa sincera, de una actitud permanente de atención a cada persona que a él se acercaba o a la que él buscaba, siempre atento a aprender, comprender y amar en un proceso que causaba admiración, respeto, cariño y finalmente sensación de paz.

Hoy quisiera destacar dos de los aciertos de esa verdad profesada ante Dios y ante el mundo. Fue él quien creó el oxímoron que hoy repetimos todos los que contemplamos el vacío espiritual y moral del mundo. El gran problema del mundo de hoy es que se ha establecido la *dictadura del relativismo*, la que tendrá que ser advertida y sobre todo rechazada en nombre de la Verdad a la que el mundo tendrá que volver, si pretende humanizar, liberar y sobre todo espiritualizar y moralizar el ambiente social, político, cultural y religioso.

*Profesor de ética, Universidad Santo Tomás.

El segundo pensamiento que da en la diana del corazón de la Iglesia es la toma de conciencia en la comunidad cristiana de la pequeñez cuantitativa de nuestra fe en el Señor, al que muchos de nombre cristiano han querido convertir en revolucionario, agente social o líder fascinante. Benedicto nos ha advertido de la pequeña significación que hoy tiene la Iglesia en los grandes mercados del mundo. Hoy la Iglesia se encuentra nuevamente en las catacumbas y será desde ahí de donde saldrá la verdad que vuelva a llenar el vacío del mundo que habitamos.

José Ratzinger, el maestro, el hombre bueno y pulcro nos ha dejado la tarea del reencuentro con el Señor y volver a ser sal, luz y pequeña semilla en un mundo que está soso, ciego y sin sentido del vivir. ¡Gran tarea sobre débiles hombros!

JESÚS GINÉS O.

IX. SOPA DE TOMATE Y VIEJAS HEREJÍAS

Hace unos días, una pareja de botarates sistémicos arrojó sopa de tomate sobre un cuadro de Van Gogh (por lo demás, bastante birrioso) expuesto en la National Gallery. Los botarates eran activistas de una organización ecolojeta sufragada por plutócratas que exigen el abandono de los combustibles fósiles, para poder forrarse más salvajemente con las llamadas “energías alternativas”. La *performance* probablemente estuviese pactada con la dirección del museo, pues los vigilantes de la sala tardaron varios minutos en intervenir; y, además, el cuadro elegido para el aparente estropicio estaba protegido por un cristal. Se trataba, pues, de la típica operación plutocrática que emplea como mamporreros a botarates sistémicos que, como señalaba Cervantes, se quedan satisfechos por verse con fama, aunque infames, como aquel Eróstrato de la Antigüedad, que prendió fuego al templo de Artemisa para que perviviese su nombre en los siglos venideros.

Los botarates sistémicos, al perpetrar su fechoría fingida, exclamaron: “¿Qué vale más? ¿El arte o la vida? ¿Estáis más preocupados por la protección de un cuadro que por la protección del planeta?”. Una proclama que recrea las que en otro tiempo lanzaban los herejes iconoclastas, que consideraban que la grandeza de Dios estaba reñida con su representación artística. Estos botarates sistémicos no alcanzan a creer en Dios (no les da el caletre y, además, son endemoniados pastoreados por satanistas); por lo que se conforman con adorar el planeta, que consideran su dios. Pero en la confrontación entre el dios que adoran y la expresión artística hallamos el esquema mental propio de los herejes iconoclastas, que no aceptaban que la unidad más íntima y fecunda entre el Creador y la criatura se produzca a través del arte. Al destruir las obras de arte, los herejes iconoclastas pretendían negar el abrazo entre lo humano y lo divino, divorciando por completo a Dios del hombre. Como nos enseña Solovief, pretender que la divinidad no pueda tener expresión sensible es quitar a la encarnación divina toda realidad;

es, en definitiva, negar la Redención. Así, el hombre irredento se torna deleznable y odioso; y su mera existencia ultraja a Dios.

Del mismo modo, para estos botarates sistémicos sufragados por la plutocracia, el hombre es un ser odioso –una plaga– que merece ser controlado en su capacidad de procreación, luego diezclado con inoculaciones, finalmente exterminado, para que no siga ultrajando la belleza del planeta (y todo intento de representar esa belleza se les antoja sacrílego, por proceder de un ser odioso e irredento al que conviene “cancelar”, para que su dios resplandezca incontaminado, incólume, intacto, intangible). Como nos recordaba Chesterton, lo que llamamos ideas nuevas no son más que viejas herejías disfrazadas de novedad; y, llegada esta fase terminal de la Historia, las viejas herejías son proclamadas por botarates sistémicos que la plutocracia emplea como mamporreros de sus planes satánicos.

JUAN MANUEL DE PRADA*

X. EL OCASO DE UNA CIVILIZACIÓN

Se pregunta ABC las causas del preocupante ocaso demográfico que padecemos. Hace ya casi ochenta años, en las páginas de nuestro periódico, Agustín de Foxá observaba que “en Francia, en Escandinavia, en Inglaterra ya no hay chicos por las calles”, en un momento en el que España todavía parecía un inmenso jardín de infancia. Y se atrevía a lanzar este diagnóstico: “El hombre se queda aislado y egoísta. Al perder la fe religiosa, se desconecta con el innumerable pueblo de sus muertos. Al limitar la natalidad, corta todos sus lazos con las generaciones futuras, con los ingentes mundos de los ‘no nacidos’. Solo, fijo en el presente, ya no mira hacia el ayer ni hacia el mañana”.

Los pueblos que dimiten de la procreación son pueblos, en efecto, absortos en su presente terminal, como Narciso estaba absorto en la contemplación de su reflejo, mientras se consumía. Chesterton se sublevaba cuando oía “que se impiden los nacimientos porque la gente desea estar libre para ir al cine o comprar un tocadiscos”, porque consideraba que a través de estos actos la gente no hacía sino encadenarse al capitalismo, el “más servil y mecánico sistema que haya sido tolerado por los hombres”. Chesterton consideró que el capitalismo, para prosperar, necesitaba imponer el antinatalismo; pues no podía imponerse sin modelar personas que prefieran “la última, torcida, indirecta, copiada y muerta creación de nuestra agonizante civilización capitalista a la realidad que supone el único rejuvenecimiento verdadero de cualquier civilización”.

Pero nosotros nos hallamos en el ocaso de una civilización. El capitalismo tuvo la habilidad de hacerle creer a la gente que era mejor disfrutar de sus birrias repetidas y muertas –un *cochazo*, un *pisazo*– que procrear... Y al final ha conseguido que la gente no procrea y se conforme con un patinete y un cuchitril.

*Publicado en ABC 20.10.2022, y en Portaluz 24.10.2022.

Y es que el capitalismo, como nos recuerda Hayek, tiene hecho su “cálculo de vidas”; y para consolidarse necesita que la gente se deshaga de las vidas excedentes, renunciando a la procreación, para que los salarios bajen hasta un nivel mínimo, según preconiza la ley de bronce de los salarios de David Ricardo. Era importante hacer infecunda a la gente, con la promesa de un *cochazo* y un *pisazo*; pues, cuantos menos hijos tiene, la gente se conforma con salarios más bajos y lucha con menos ardor por una existencia digna, conformándose con vivir en un cuchitril y con viajar en patinete (y, además orgullosísima de estar contribuyendo a salvar el planeta).

Para quebrar esta tendencia (que no es sino aquel perpetuo odio que la descendencia de la antigua serpiente profesa a la descendencia de la mujer) hace falta una esperanza que dé sentido a nuestra vida y a nuestra Historia. Y esa esperanza solo se puede recuperar elevando la vista al cielo. Solo los pueblos fecundos elevan la vista al cielo; los pueblos estériles, aislados y egoístas se miran el ombligo, mientras se dejan consumir.

JUAN MANUEL DE PRADA*

XI. LA HIERBA ES VERDE

Afirmaba Chesterton que llegaría un día en que sería necesario “desenvainar una espada para decir que la hierba es verde”. Ese día ha llegado ya. Así lo prueba esa psicopática ley de *sopicaldo penevulvar* que la izquierda caniche pretende aprobar por la vía rápida, casi de tapadillo. ¡Cómo será la leyecita de marras, si hasta el partido de Estado, elegido por el Régimen del 78 para triturar al pueblo español, tiene escrúpulos en aprobarla! La ley de *sopicaldo penevulvar* permitirá la “libre determinación de género” (de sexo, en realidad) sin informes médicos a partir de los catorce años y sin consentimiento de los padres ni limitación alguna a partir de los dieciséis. Además, los menores podrán cambiar de sexo en el registro y reclamar tratamientos hormonales que faciliten su “transición”. En el más inmediato futuro, se considerará subversivo (y tal vez “delito de odio”) afirmar que una mujer es una persona de sexo femenino; y quienes se atrevan a afirmarlo serán lapidados por los jenizaros de la cancelación.

El objetivo fundamental de esta ley no es otro sino impulsar una pavorosa devastación antropológica. Se trata de hacer creer a los menores que la expresión de sus “sentimientos” puede imponerse sobre la realidad biológica. Estos depredadores de la izquierda caniche, criados a los pechos ubérrimos del Régimen del 78, pretenden que los menores que padecen carencias afectivas, desequilibrios emocionales o simples titubeos en la conquista de su identidad personal, “sientan” su propio cuerpo como una cárcel odiosa de la que pueden fácilmente evadirse. Los depredadores de la izquierda caniche quieren aprovecharse del natural

*Publicado en *Portaluz* 7.1.20220.

desconcierto adolescente (agigantado en esta época oscura por la disolución de los vínculos) para proveer de consumidores un nuevo supermercado de “identidades de género”. Así cumplen con la sórdida misión que la plutocracia les ha asignado, que no es otra sino convertir a los pueblos en una papilla desvinculada y neurótica, infecunda y *solipsista*, sumergida en una tormenta biológico-mercantil que convierta la propia identidad en un complemento de quita y pon, hasta que los seres humanos terminen siendo mercancías *des-ligadas*, solas, solos y soles en el parque temático del consumismo antropológico.

Y así, esos menores desorientados, hormonados, mutilados, a quienes se reconocerá capacidad para “elegir” su identidad sexual, podrán ser objeto de todo tipo de abusos. Pues la izquierda caniche, que quiere satisfacer los designios de la plutocracia, quiere también reconocer el único derecho sexual que aún no ha logrado consagrar legalmente, que es el derecho a profanar y desgraciar niños, el derecho a devorar sus almas y sus cuerpos. Este es el finisterre de degeneración hacia el que nos dirigimos; y esta ley es la primera etapa de una tenebrosa y terminal singladura. ¿Quedará, en esta generación pusilánime y corrompida, alguien dispuesto a desenvainar la espada para decir que la hierba es verde?

JUAN MANUEL DE PRADA*

*Publicado en *Portaluz* 26.10.2022.

DOCUMENTOS

BENEDICTO XVI: MI TESTAMENTO ESPIRITUAL

Benedicto PP XVI

Si en esta hora tardía de mi vida miro hacia atrás, hacia las décadas que he vivido, veo en primer lugar cuántas razones tengo para dar gracias. Ante todo, doy gracias a Dios mismo, dador de todo bien, que me ha dado la vida y me ha guiado en diversos momentos de confusión; siempre me ha levantado cuando empezaba a resbalar y siempre me ha devuelto la luz de su semblante. En retrospectiva, veo y comprendo que incluso los tramos oscuros y agotadores de este camino fueron para mi salvación y que fue en ellos donde Él me guio bien.

Doy las gracias a mis padres, que me dieron la vida en una época difícil y que, a costa de grandes sacrificios, con su amor prepararon para mí un magnífico hogar que, como una luz clara, ilumina todos mis días hasta el día de hoy. La clara fe de mi padre nos enseñó a nosotros los hijos a creer, y como señal siempre se ha mantenido firme en medio de todos mis logros científicos; la profunda devoción y la gran bondad de mi madre son un legado que nunca podré agradecerle lo suficiente. Mi hermana me ha asistido durante décadas desinteresadamente y con afectuoso cuidado; mi hermano, con la claridad de su juicio, su vigorosa resolución y la serenidad de su corazón, me ha allanado siempre el camino; sin su constante precederme y acompañarme, no habría podido encontrar la senda correcta.

De corazón doy gracias a Dios por los muchos amigos, hombres y mujeres, que siempre ha puesto a mi lado; por los colaboradores en todas las etapas de mi camino; por los profesores y alumnos que me ha dado. Con gratitud los encomiendo todos a Su bondad. Y quiero dar gracias al Señor por mi hermosa patria en los Prealpes bávaros, en la que siempre he visto brillar el esplendor del Creador mismo. Doy las gracias al pueblo de mi patria porque en él he experimentado una y otra vez la belleza de la fe. Rezo para que nuestra tierra siga siendo una tierra de fe y les ruego, queridos compatriotas: no se dejen apartar de la fe. Y, por último, doy gracias a Dios por toda la belleza que he podido experimentar en todas las etapas de mi viaje, pero especialmente en Roma y en Italia, que se ha convertido en mi segunda patria.

A todos aquellos a los que he agraviado de alguna manera, les pido perdón de todo corazón.

Lo que antes dije a mis compatriotas, lo digo ahora a todos los que en la Iglesia han sido confiados a mi servicio: ¡Manténganse firmes en la fe! ¡No se dejen confundir! A menudo parece como si la ciencia –las ciencias naturales, por un lado, y la investigación histórica (especialmente la exégesis de la Sagrada Escritura), por otro– fuera capaz de ofrecer resultados irrefutables en desacuerdo con la fe católica. He vivido las transformaciones de las ciencias naturales desde hace mucho tiempo, y he visto cómo, por el contrario, las aparentes certezas contra la fe se han desvanecido, demostrando no ser ciencia, sino interpretaciones

filosóficas que solo parecen ser competencia de la ciencia. Desde hace sesenta años acompaño el camino de la teología, especialmente de las ciencias bíblicas, y con la sucesión de las diferentes generaciones, he visto derrumbarse tesis que parecían inamovibles y resultar meras hipótesis: la generación liberal (Harnack, Jülicher, etc.), la generación existencialista (Bultmann, etc.), la generación marxista. He visto y veo cómo de la confusión de hipótesis ha surgido y vuelve a surgir lo razonable de la fe. Jesucristo es verdaderamente el camino, la verdad y la vida, y la Iglesia, con todas sus insuficiencias, es verdaderamente su cuerpo.

Por último, pido humildemente: recen por mí, para que el Señor, a pesar de todos mis pecados y defectos, me reciba en la morada eterna. A todos los que me han sido confiados, van mis oraciones de todo corazón, día a día.*

DISCORSO DEL SANTO PADRE FRANCESCO AI PARTECIPANTI AL CONGRESSO TOMISTICO INTERNAZIONALE, PROMOSSO DALLA PONTIFICIA ACCADEMIA DI SAN TOMMASO D'AQUINO

Sala Clementina
Giovedì, 22 settembre 2022

PAROLE DEL SANTO PADRE

A me piace questo incontro dopo tanti anni perché si tratta di riflettere su un maestro. A volte, quando si riflette su una persona che è stata creatrice di scuole, filosofiche o teologiche, si rischia di strumentalizzare il maestro per dire le cose che sembrano a me, e con il tomismo è successo questo. Tante interpretazioni –penso a una per esempio– casistiche, del tomismo, che è stato schiavo del pensiero casistico. Ricordo quella di uno spagnolo che ha scritto tanti libri, un tale Losada, credo che si chiamasse così, non ricordo bene, che per spiegare il “continuo metafisico” secondo San Tommaso, inventò i “*puncta inflata*”. Così un’interpretazione di tipo casistico, di tipo opportunistico diminuisce e rende ridicolo il pensiero del maestro.

Quando noi vogliamo spiegare il pensiero di un maestro, il primo passo è *la contemplazione*, per essere noi ricevuti in quel pensiero magisteriale. Il secondo, con timidezza, è la *spiegazione*. E alla fine, con tanta cautela, *l’interpretazione*, ma questa con molta cautela. Il maestro è un grande, il maestro è uno che fa scuola e che ha creato una scuola. Il maestro è uno che mette in moto tutta una corrente di pensieri. Mai usare il maestro per le cose che penso io, ma mettere le cose che penso alla luce del maestro, che sia la luce del maestro a interpretare questo.

Mi permetto di raccontarvi un’esperienza di un domenicano. Nel Sinodo sulla famiglia c’erano punti che non erano chiari sulla dottrina cattolica e anche

*Publicado el documento redactado por el Papa emérito el 29 de agosto de 2006. Traducción no oficial. Publicado en *Vatican News*, 31.12.2022.

interpretazioni di San Tommaso che non erano chiare. In quel tempo eravamo proprio in discussione perché non trovavamo la strada. È stato un domenicano, il Cardinale Schönborn, che ci ha dato una lezione di teologia tomistica –ma a un'altezza!–, perché lui capiva Tommaso e lo ha spiegato senza usarlo, con grandezza. Abbiamo vissuto quell'esperienza di quel grande domenicano, che è stato Segretario della Congregazione per la Dottrina della Fede. Ce ne sarebbero altre..., ma voglio menzionare questo. Da una parte tante interpretazioni che riducono il pensiero del maestro e poi l'esperienza di uno che lo ha aperto: "No, questo dice Tommaso", e provato da quello che diceva. Questo è meraviglioso, questa è una cosa molto grande.

Per questo vi chiedo: prima di parlare di San Tommaso, prima di parlare del tomismo, prima di insegnare, bisogna contemplare: contemplare il maestro, capire oltre il pensiero intellettuale cosa ha vissuto il maestro e cosa ha voluto dirci il maestro. Il segnale è quando io riduco la figura di un maestro alla figura di un pensatore, rovino il pensiero; gli tolgo la forza, gli tolgo la vita. E San Tommaso è stato una luce al pensiero della Chiesa, e noi lo dobbiamo difendere da tutti questi "riduzionismi intellettualistici" che imprigionano la grandezza del suo pensiero magisteriale.

Questo è quello che volevo dirvi, oltre al discorso che ognuno di voi porterà. Ma ho voluto soffermarmi a dirvi questo: è un maestro, non è un intellettuale come tanti, no, è diverso.

Vi ringrazio tanto. E adesso mi piacerebbe darvi la benedizione e poi salutare coloro che vogliono salutare. Se qualcuno non mi vuole salutare, non lo obbligo!

DISCORSO CONSEGNATO

Signori Cardinali,
Illustri Accademici, Signore e Signori!

Sono lieto di accogliere tutti voi, venuti a Roma da diverse parti del mondo per celebrare l'undicesimo Congresso Tomistico Internazionale. Ringrazio il Cardinale Luis Ladaria per le cortesi parole che mi ha rivolto. Saluto Padre Serge-Thomas Bonino, Presidente della Pontificia Accademia di San Tommaso d'Aquino, e tutti gli Accademici presenti. Esprimo anche la mia gratitudine al Cardinale Gianfranco Ravasi che, in veste di Presidente del Consiglio di coordinamento delle Accademie pontificie, ha accompagnato per tanti anni la vita dell'Accademia.

L'anno prossimo ricorrerà il settimo centenario della canonizzazione di San Tommaso d'Aquino, avvenuta ad Avignone nel 1323. Tale evento ci ricorda che questo grandissimo teologo – il "Dottore comune" della Chiesa – è prima di tutto un santo, un fedele discepolo della Sapienza incarnata. Per questo, nell'orazione colletta della sua memoria chiediamo a Dio, "che lo ha reso grande per la ricerca della santità di vita e la passione per la sacra dottrina", di "donarci di comprendere i suoi insegnamenti e di imitare i suoi esempi". E qui troviamo anche il vostro programma spirituale: imitare il Santo e lasciarvi illuminare e guidare dal Dottore e Maestro.

La stessa orazione mette in risalto la passione di fra Tommaso per la sacra dottrina. In effetti, egli fu un uomo appassionato della Verità, un ricercatore

instancabile del volto di Dio. Il suo biografo riferisce che già da bambino avrebbe chiesto: “Che cosa è Dio?”¹. Questa domanda ha accompagnato Tommaso e lo ha motivato per tutta la vita. Tale ricerca della verità su Dio è mossa e permeata dall’amore. Così egli scrive: “Spinto da un’ardente volontà di credere, l’uomo ama la verità che crede, la considera nella sua intelligenza e l’abbraccia con le ragioni che può trovare a tale scopo”². Perseguire umilmente, sotto la guida dello Spirito Santo, l’*intellectus fidei* non è opzionale per il credente, ma è parte del dinamismo stesso della sua fede. Bisogna che la Parola di Dio, già accolta nel cuore, raggiunga l’intelligenza per “rinnovare il nostro modo di pensare” (cfr *Rm* 12,2), affinché valutiamo tutte le cose alla luce della Sapienza eterna. Pertanto, la ricerca appassionata di Dio è contemporaneamente preghiera e contemplazione, cosicché San Tommaso è modello della teologia che nasce e cresce nell’atmosfera dell’adorazione.

Questa ricerca della verità su Dio usa le due “ali” della fede e della ragione. Come sappiamo, il modo in cui San Tommaso ha saputo coordinare le due luci delle fede e della ragione rimane esemplare. San Paolo VI scriveva: “Il punto centrale e quasi il nocciolo della soluzione che San Tommaso diede al problema del nuovo confronto tra la ragione e la fede con la genialità del suo intuito profetico, è stato quello della conciliazione tra la secolarità del mondo e la radicalità del Vangelo, sfuggendo così alla innaturale tendenza negatrice del mondo e dei suoi valori, senza peraltro venir meno alle supreme e inflessibili esigenze dell’ordine soprannaturale”³. Il cristiano, dunque, non teme di avviare un dialogo razionale sincero con la cultura del proprio tempo, convinto, secondo la formula dell’*Ambrosiaster* cara a Tommaso, che “ogni verità, da chiunque sia detta, viene dallo Spirito Santo”⁴.

Nell’orazione colletta già citata noi chiediamo la grazia non solo di imitare il Santo ma anche di “comprendere i suoi insegnamenti”. In effetti, San Tommaso è la fonte di una tradizione di pensiero della quale è stata riconosciuta “la novità perenne”⁵. Il tomismo non deve essere un oggetto da museo, ma una fonte sempre viva, secondo il tema del vostro Congresso: “*Vetera novis augere*. Le risorse della tradizione tomista nel contesto attuale”. Occorre promuovere, secondo l’espressione di Jacques Maritain, un “tomismo vivente”, capace di rinnovarsi per rispondere alle domande odierne. Così, il tomismo va avanti seguendo un doppio movimento vitale di “sistole e diastole”. Sistole, perché bisogna prima concentrarsi sullo studio dell’opera di San Tommaso nel suo contesto storico-culturale, per individuarne i principi strutturanti e coglierne l’originalità. Dopo, però, viene la diastole: rivolgersi nel dialogo al mondo odierno, per assimilare criticamente ciò che di vero e giusto c’è nella cultura del tempo.

Tra tante dottrine illuminanti dell’Aquinata, vorrei soltanto richiamare l’attenzione, come ho fatto nell’Enciclica *Laudato si’*, sulla fecondità del suo

¹Petrus Calo, *Vita s. Thomas Aquinatis*, in *Fontes vitae s. Thomae Aquinatis*, a cura di D. Prümmer e M.-H. Laurent, Toulouse, s. d., p. 19.

²*Summa theologiae*, IIa-IIae, q. 2, a. 10.

³Lett. ap. *Lumen Ecclesiae* (20 novembre 1974), 8: AAS 66 (1974), 680.

⁴*Ambrosiaster*, In I Cor 12,3: PL 17, 258. Cfr S. Tommaso d’Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 109, a. 1, ad 1.

⁵S. Giovanni Paolo II, Lett. Enc. *Fides et ratio* (14 settembre 1998), 43-44.

insegnamento circa la creazione. Non a caso, lo scrittore inglese Chesterton ha chiamato l'Aquinate "Tommaso del Creatore". La creazione è per San Tommaso la primissima manifestazione della stupenda generosità di Dio, anzi, della sua gratuita misericordia⁶. È la chiave dell'amore, dice Tommaso, che ha aperto la mano di Dio e la tiene sempre aperta⁷. Egli contempla poi la bellezza di Dio che risplende nella diversità ordinata delle creature. L'universo delle creature visibili e invisibili non è né un blocco monolitico né pura diversità informe, ma forma un ordine, un tutto, in cui tutte le creature sono legate perché tutte vengono da Dio e vanno a Dio, e perché esse agiscono le une sulle altre creando così una fitta rete di relazioni. "San Tommaso d'Aquino ha sottolineato sapientemente che la molteplicità e la varietà provengono dall'intenzione del primo agente, il Quale ha voluto che ciò che manca a ciascuna cosa per rappresentare la bontà divina sia supplito dalle altre cose, perché la sua bontà non può essere adeguatamente rappresentata da una sola creatura. Per questo, abbiamo bisogno di cogliere la varietà delle cose nelle loro molteplici relazioni. Dunque, si capisce meglio l'importanza e il significato di qualsiasi creatura, se la si contempla nell'insieme del piano di Dio"⁸.

Per tutto questo, cari fratelli e sorelle, nella scia dei miei predecessori vi raccomando: *Andate a Tommaso!* Non abbiate paura di accrescere e arricchire con le cose nuove le cose antiche e sempre feconde. Vi auguro buon lavoro e di cuore vi benedico. E vi chiedo per favore di pregare per me. Grazie!

DISCORSO DEL SANTO PADRE FRANCESCO AL MOVIMENTO CRISTIANO LAVORATORI Aula Paolo VI Venerdì, 9 dicembre 2022

Cari fratelli e sorelle, buongiorno!

Vi do il benvenuto e ringrazio il Presidente per le sue cortesi parole. Cinquant'anni fa il vostro Movimento muoveva i primi passi sotto la benedizione del Papa San Paolo VI; e oggi siete venuti a condividere con me questo momento di gratitudine. Grazie per il bene seminato in questi anni di vita. Grazie per l'impegno con cui vi siete messi al servizio della società italiana attraverso le attività di formazione, i circoli, il patronato, l'attenzione al mondo del lavoro nelle varie sfaccettature e il servizio civile.

I cinquant'anni sono anche un tempo per guardare con realismo alla propria storia, fatta di tanta gratuità e anche di fatiche nella testimonianza cristiana. È

⁶Cfr. san Tommaso d'Aquino, *In IV Sent.*, d. 46, q. 2, a. 2, q. 2, ad 1; *Summa theologiae*, Ia, q. 21, a. 4, ad 4.

⁷Cfr S. Tommaso d'Aquino, *In II Sent.*, Prologus.

⁸Lett. Enc. *Laudato si'* (24 maggio 2015), 86.

importante non abbandonarsi a forme autocelebrative, ma riconoscere l'azione dello Spirito Santo tra le pieghe della vostra storia, non tanto negli avvenimenti eclatanti, quanto piuttosto in quelli umili e quotidiani. Questo anniversario potrebbe aiutarvi a camminare in due direzioni: un'opera di purificazione e una nuova semina. Ambedue: purificare e seminare.

La *purificazione* è sempre necessaria, sempre, per tutti noi e in tutte le esperienze umane. Siamo peccatori e abbiamo bisogno di misericordia come dell'aria che respiriamo. La disponibilità alla conversione, a lasciarsi purificare, a cambiare vita, a cambiare stile, è segno di coraggio, di forza, non di debolezza; la testardaggine è segno di debolezza. Si tratta di accogliere le novità dello Spirito senza porre ostacoli: permettere che i giovani trovino spazio, che sia custodito e condiviso lo spirito di gratuità, che non si perda l'intraprendenza degli inizi preferendo scelte rassicuranti che non aiutano a vivere le novità dei tempi. Siete un movimento nato all'indomani del Vaticano II e potete raccontare la fecondità di quella stagione ecclesiale e sociale. Vi incoraggio a ritrovare lo slancio degli inizi, ben visibile nell'entusiasmo con cui vivete il legame ecclesiale nei territori e nella gratuità del servizio alle esigenze dei lavoratori. Il Concilio ci ha chiamato a leggere i segni dei tempi – e soprattutto ce ne ha dato l'esempio –; perciò, consapevoli dei mutamenti sociali, potete domandarvi: come essere fedeli al servizio dei lavoratori oggi? Come vivere l'impegno di conversione ecologica e di pacificazione? Come animare la società italiana nel campo economico, politico, lavorativo, contribuendo a fare discernimento con i criteri dell'ecologia integrale e della fraternità?

Ecco i motivi di una *nuova semina* che vi attende. Mentre si festeggia, si guarda in avanti. Infatti, questo non è solo tempo di raccogliere frutti: è anche tempo di seminare nuovamente. Ce lo impone la difficile stagione che stiamo vivendo. La pandemia e la guerra hanno reso il clima sociale più cupo e pessimistico. Questo vi chiama ad essere seminatori di speranza. Cominciando da voi stessi, dal vostro tessuto associativo: che le vostre porte siano aperte; che i giovani si sentano non solo ospiti, ma protagonisti, con la loro capacità di immaginare una società diversa.

Vorrei proporvi anche un *impegno specifico sul tema del lavoro*. Siete movimento di lavoratori, e potete contribuire a portare le loro preoccupazioni all'interno della comunità cristiana. È importante che i lavoratori siano di casa nelle parrocchie, nelle associazioni, nei gruppi e nei movimenti; che i loro problemi siano presi sul serio; che la loro richiesta di solidarietà possa essere ascoltata. Infatti, il lavoro attraversa una fase di trasformazione che va accompagnata. Le disuguaglianze sociali, le forme di schiavitù e di sfruttamento, le povertà familiari a causa della mancanza di lavoro o di un lavoro mal retribuito sono realtà che devono trovare ascolto nei nostri ambienti ecclesiali. Sono forme più o meno di sfruttamento: chiamiamo le cose per nome. Vi esorto a tenere mente e cuore aperti ai lavoratori, soprattutto se poveri e indifesi; a dare voce a chi non ha voce; a non preoccuparvi tanto dei vostri iscritti, ma di essere lievito nel tessuto sociale del Paese, lievito di giustizia e di solidarietà.

Dalla parabola evangelica degli operai chiamati alle diverse ore del giorno (cfr Mt 20,1-16) impariamo che ogni stagione della storia, come ogni ora della giornata, è *tempo propizio* per dare il proprio contributo e cercare di offrire una risposta. Nessuno deve sentirsi escluso dal lavoro. Non manchi il vostro impegno per promuovere il lavoro femminile, per favorire l'ingresso dei giovani nel lavoro, con contratti dignitosi e non da fame, per salvaguardare tempi e spazi di respiro per

la famiglia, per il volontariato e per la cura delle relazioni. Per favore, respingete ogni forma di sfruttamento!

So che fate riferimento alla *dottrina sociale della Chiesa*: vi esorto a farlo ancora e, se possibile, sempre meglio. I principi di solidarietà e sussidiarietà, correttamente coniugati, sono alla base di una società che include, non scarta nessuno e favorisce la partecipazione. Senza la sussidiarietà non c'è vera solidarietà, perché si rischia di non dare voce alle capacità, ai talenti che fioriscono nei corpi intermedi. Le famiglie, le cooperative, le imprese, le associazioni sono il tessuto vivo della società. Dare loro spazio e voce significa liberare energie perché il bene comune sia frutto dell'impegno e della solidarietà tra tutti.

L'Enciclica *Fratelli tutti* ricorda che "grazie a Dio tante aggregazioni e organizzazioni della società civile aiutano a compensare le debolezze della Comunità internazionale, la sua mancanza di coordinamento in situazioni complesse, la sua carenza di attenzione rispetto a diritti umani fondamentali e a situazioni molto critiche di alcuni gruppi. Così acquista un'espressione concreta il principio di sussidiarietà, che garantisce la partecipazione e l'azione delle comunità e organizzazioni di livello minore, le quali integrano in modo complementare l'azione dello Stato" (n. 175). Questa terza guerra mondiale in corso ci fa consapevoli che il rinnovamento nasce dal basso, dove si vivono le relazioni con solidarietà e fiducia. Non lasciamoci rubare il coraggio di nuovi inizi di riconciliazione e di fraternità.

Cari amici, vi ringrazio di essere venuti a festeggiare il vostro mezzo secolo di attività. San Giuseppe vi ispiri sempre a vivere il lavoro con fede e con passione. Di cuore benedico tutti voi e le vostre famiglie. Vi auguro buon Natale! E per favore, non dimenticatevi di pregare per me. Grazie!

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO
A LA COMUNIDAD ACADÉMICA DEL PONTIFICIO
INSTITUTO TEOLÓGICO JUAN PABLO II
PARA LAS CIENCIAS DEL MATRIMONIO
Y DE LA FAMILIA
Sala Clementina
Lunes, 24 de octubre de 2022

¡Queridos hermanos y hermanas, buenos días y bienvenidos!

Me alegra encontrarme con vosotros que formáis la comunidad académica del Instituto Teológico Juan Pablo II para las ciencias del matrimonio y de la familia. Doy las gracias a monseñor Vincenzo Paglia –¡creo el premio Nobel por la creatividad!–, vuestro Gran Canciller, por las palabras que me ha dirigido. Saludo al director, monseñor Philippe Bordeyne, los vicedirectores de las secciones extraurbe, los ilustrísimos profesores y a todos vosotros, queridos y queridas estudiantes, junto con las parejas que han iniciado el curso de formación permanente en el Instituto.

Vuestra representación internacional destaca la amplitud y la riqueza de la red que encabeza el Instituto; esta representa un recurso para la Iglesia y para la sociedad.

Han pasado cinco años desde que, con el *motu proprio Summa familiae cura*, quise “invertir” en esta herencia dejada por san Juan Pablo II, que fundó el Instituto en 1981. Le he querido dar un nuevo vigor y un desarrollo más amplio, para responder a los desafíos que se presentan al inicio del tercer milenio. Tal desarrollo deseado –garantizado por la cualidad académica en las disciplinas teológicas y en las ciencias humanas y sociales– lo siento particularmente importante, porque integra las competencias necesarias para discernir los valores relacionales propios de la constelación familiar. La teología misma, para estar a la altura de esta expansión, está llamada a elaborar una visión cristiana de la paternidad, de lo filial, de la fraternidad –por tanto, no solo del vínculo conyugal–, que corresponda a la experiencia familiar, en el horizonte de toda la comunidad humana y cristiana. También la cultura de los abuelos, que es muy importante. La cultura de la fe, de hecho, está llamada a medirse, sin ingenuidad y sin sumisión, con las transformaciones que marcan la conciencia actual de las relaciones entre hombre y mujer, entre amor y generación, entre familia y comunidad.

Aprecio y animo vuestro compromiso de llevar adelante con coherencia y creatividad el proyecto magisterial que inspira su herencia y su actualización. Es un compromiso que, día tras día, llena de contenido el título de “pontificio” atribuido al Instituto, para ser entendido en su riqueza de significado, es decir, servir a la Iglesia en la estela del ministerio de Pedro es el don que este recibe y, al mismo tiempo, transmite. Por esto se equivocaría gravemente quien leyera su renovado vínculo con el magisterio viviente en términos de contraposición a la misión recibida con su institución original. En realidad, la semilla crece y genera flores y frutos. Si la semilla no crece se queda ahí como pieza de museo, pero no crece.

La misión de la Iglesia solicita hoy con urgencia la integración de la teología del vínculo conyugal con una teología más concreta de la condición familiar. Las inéditas turbulencias, que en este tiempo ponen a la prueba todos los vínculos familiares, piden un discernimiento atento para captar los signos de la sabiduría y de la misericordia de Dios. Nosotros no somos profetas de desventuras, sino de esperanza. Por eso, al considerar los motivos de crisis, no perderemos nunca de vista los signos que consuelan, a veces conmovedores de la capacidad que los vínculos familiares siguen mostrando: en favor de la comunidad de fe, de la sociedad civil, de la convivencia humana. Todos hemos visto cuánto son valiosos, en los momentos de vulnerabilidad y de coacción, la tenacidad, la resistencia, la colaboración de los vínculos familiares.

La familia permanece una insustituible “gramática antropológica” de los afectos humanos fundamentales. La fuerza de todos los vínculos de solidaridad y de amor aprende ahí, en la familia, sus secretos. Cuando esta gramática es descuidada o turbada, todo el orden de las relaciones humanas y sociales sufre las heridas. Y a veces son heridas profundas, muy profundas.

Por ejemplo: el voluntariado social, ¿acaso no saca de estos vínculos generativos y fraternos del amor los símbolos y las modalidades de sus relaciones mejores? La protección del indefenso, ¿No tiene la protección del indefenso su raíz en el cuidado por lo generado? La fraternidad no es una experiencia fácil, cierto, ¿pero acaso hay una manera mejor del haber nacido como hermanos y hermanas para llegar a comprender el sentido del ser –todos y todas– igualmente humanos?

Estas son, hermanos y hermanas, las fronteras de los desafíos que nos insta a retomar desde el principio el hilo de la irradiación de todos los componentes del amor familiar –no solo el de la pareja– para toda la sociedad. La calidad del matrimonio y de la familia decide la calidad del amor de la persona individual y de los vínculos de la misma comunidad humana. Corresponde, pues, tanto al Estado como a la Iglesia escuchar a las familias, en vista de una proximidad afectuosa, solidaria, eficaz: que las sostenga en el trabajo que ya realizan para todos, animando su vocación por un mundo más humano, es decir, más solidario y más fraterno. Debemos custodiar a la familia, pero no encerrarla, hacerla crecer como debe crecer. Estar atentos a las ideologías que se entrometen para explicar la familia desde un punto de vista ideológico. La familia no es una ideología, es una realidad. Y una familia crece con la vitalidad de la realidad. Pero cuando llegan las ideologías a explicar o pintar la familia pasa lo que pasa y todo se destruye. Hay una familia que tiene esa gracia del hombre y la mujer que se aman y se crean, y para entender la familia hay que ir siempre a lo concreto, no a las ideologías. Las ideologías arruinan, las ideologías se entrometen para hacer un camino de destrucción. ¡Cuidado con las ideologías!

No tenemos que esperar que la familia sea perfecta para cuidar su vocación y animar su misión. El matrimonio y la familia siempre tendrán imperfecciones, hasta que no estemos en el Cielo. A los recién casados siempre les digo: si queréis, discutid, todo lo que queráis, pero con la condición de que hagáis las paces antes de que termine el día. Esta capacidad de “rehacerse” que tiene la familia ante las dificultades es una gracia, porque si no se rehace, la “guerra fría” del día siguiente es peligrosa. Sin embargo, entregamos al Señor nuestra propia imperfección, porque sacar de la gracia del sacramento una bendición para la criatura a la que se ha confiado la transmisión del sentido de la vida –no solo la vida física– es el “posible” de Dios.

Mucho depende, en esta sociedad llena de fisuras, de la alegría redescubierta de la aventura familiar inspirada por Dios. Durante treinta años la encarnación del Hijo Unigénito consistió en vivir y arraigarse en los lazos familiares y comunitarios de su condición humana. No fue un simple tiempo de “espera”, fue un tiempo de “comprensión” con la condición humana más común, habitada con la mirada fija en las “cosas del Padre” (cf. *Lc 2, 49*). Quiero contaros una experiencia que tuve en la plaza [de San Pedro], cuando saludaba en la plaza antes de la pandemia. Una pareja, parecían jóvenes –¡60 años de matrimonio!– sí, eran jóvenes, porque ella tenía entonces 18 años y él 20, y yo dije: “¿No os aburrís después de tantos años? ¿Estáis bien?”. Se miraron, me quedé quieto y luego se dieron la vuelta, llorando: “Nos amamos”. Fue la respuesta después de 60 años. Esta fue la mejor, la más hermosa teología sobre la familia que he visto.

Que el Señor acompañe la pasión de vuestra fe y el rigor de vuestra inteligencia, en la formidable tarea de sostener, cuidar, animar –sí animar también– esta bendición creatural y eclesial que es la familia. Me alegra saber y percibir que os estáis dedicando a este compromiso también a través de la maduración de un clima de familia y de espíritu sinodal de la propia comunidad académica. Que la Madre del Señor, que más que ninguno de nosotros es experta en este vínculo entre el misterio salvífico de la nueva criatura y la condición familiar de los afectos humanos, os acompañe y os guarde. Os bendigo de corazón y como de costumbre –porque el Papa es un mendigo– os pido por favor que recéis por mí. ¡Gracias!

HOMILÍA DEL PAPA JUAN PABLO II
VIAJE APOSTÓLICO A ESPAÑA
MISA PARA LAS FAMILIAS
Madrid, 2 de noviembre de 1982

Queridos hermanos y hermanas, esposos y padres:

1. Permitidme que, siguiendo la Palabra de Dios proclamada en la liturgia de hoy, os recuerde el momento en que, mediante el sacramento de la Iglesia, os habéis convertido en esposos ante Dios y ante los hombres. En momento tan importante, la Iglesia sobre todo invitó e invocó solemnemente al Espíritu Santo para que esté con vosotros, conforme a la promesa que los Apóstoles recibieron de Cristo: “El Consolador, el Espíritu Santo que el Padre enviará en mi nombre, os lo enseñará todo y os recordará todo lo que yo os he dicho”.

Él trae consigo el amor y la paz, y por esto dice Cristo: “La paz os dejo, mi paz os doy. No como la da el mundo, os la doy yo”.

Él, el Espíritu Santo, es el Espíritu de fortaleza y por esto mismo dice Cristo: “No se turbe vuestro corazón ni se atemorice”.

Así, pues, al mismo tiempo que por la oración al Espíritu Santo os habéis convertido en cónyuges en virtud del sacramento de la Iglesia –y en este sacramento permaneceréis durante los días, las semanas y los años de vuestra vida–, en este sacramento, en cuanto cónyuges, os convertís en padres y formáis la comunidad fundamental, humana y cristiana, compuesta por padres e hijos, comunidad de vida y de amor. Hoy me dirijo ante todo a vosotros, quiero orar con vosotros y también bendeciros, renovando la gracia en la que participáis mediante el sacramento del matrimonio.

2. Antes de dejar visiblemente este mundo, Cristo nos prometió y nos hizo don de su Espíritu, para que no olvidásemos sus palabras. Hemos sido confiados al Espíritu, para que las palabras del Señor acerca del matrimonio quedasen para siempre en el corazón de todo hombre y de toda mujer unidos en matrimonio.

Hoy más que nunca es necesaria esta presencia del Espíritu: una presencia que siga corroborando entre vosotros el tradicional sentido de familia y que os haga experimentar dichosamente, en lo más profundo de vuestro ser, un impulso constante a orientar el matrimonio y la misma vida de familia según las palabras y el don de Cristo.

Hoy más que nunca se hace también necesario este impulso interior del Espíritu. Para que con él, vosotros, los esposos cristianos, aun viviendo en ambientes donde las normas de vida cristiana no sean tenidas en la justa consideración o puedan no hallar el debido eco en la vida social o en los medios de comunicación más accesibles al hogar, seáis capaces de realizar el proyecto cristiano de la vida familiar. Resistiendo y superando con el dinamismo de vuestra fe cualquier presión contraria que pueda presentarse. Sabiendo discernir entre el bien y el mal: no faltando a la obediencia debida a los preceptos del Señor, continuamente recordados por el Espíritu a través del Magisterio de la Iglesia.

Hablando del matrimonio, Jesús nuestro Señor hizo referencia “al principio”, es decir, al proyecto original de Dios, a la verdad del matrimonio.

Según este proyecto, el matrimonio es una comunión de amor indisoluble. “Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad”. Por ello cualquier ataque a la indisolubilidad conyugal, a la par que es contrario al proyecto original de Dios, va también contra la dignidad y la verdad del amor conyugal. Se comprende, pues, que el Señor, proclamando una norma válida para todos, enseñe que no le es lícito al hombre separar lo que Dios ha unido.

Confiados como estáis al Espíritu, que os recuerda continuamente todo lo que Cristo nos dejó dicho, vosotros, esposos cristianos, estáis llamados a dar testimonio de estas palabras del Señor: “No separe el hombre lo que Dios ha unido”.

Estáis llamados a vivir ante los demás la plenitud interior de vuestra unión fiel y perseverante, aun en presencia de normas legales que puedan ir en otra dirección. Así contribuiréis al bien de la institución familiar; y daréis prueba –contra lo que alguno pueda pensar– de que el hombre y la mujer tienen la capacidad de donarse para siempre; sin que el verdadero concepto de libertad impida una donación voluntaria y perenne. Por esto mismo os repito lo que ya dije en la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*: “Testimoniar el valor inestimable de la indisolubilidad y de la fidelidad matrimonial es uno de los deberes más preciosos y urgentes de las parejas cristianas de nuestro tiempo”.

Además, según el plan de Dios, el matrimonio es una comunidad de amor indisoluble ordenado a la vida como continuación y complemento de los mismos cónyuges. Existe una relación inquebrantable entre el amor conyugal y la transmisión de la vida, en virtud de la cual, como enseñó Pablo VI, “todo acto conyugal debe permanecer abierto a la transmisión de la vida”. Por el contrario –como escribí en la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*–, “al lenguaje natural que expresa la recíproca donación total de los esposos, el anticoncepcionismo impone un lenguaje objetivamente contradictorio, es decir, el de no darse al otro totalmente: se produce no solo el rechazo positivo de la apertura a la vida, sino también una falsificación de la verdad interior del amor conyugal”.

Pero hay otro aspecto, aún más grave y fundamental, que se refiere al amor conyugal como fuente de la vida: hablo del respeto absoluto a la vida humana, que ninguna persona o institución, privada o pública, puede ignorar. Por ello, quien negara la defensa a la persona humana más inocente y débil, a la persona humana ya concebida aunque todavía no nacida, cometería una gravísima violación del orden moral. Nunca se puede legitimar la muerte de un inocente. Se minaría el mismo fundamento de la sociedad.

¿Qué sentido tendría hablar de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, si no se protege a un inocente, o se llega incluso a facilitar los medios o servicios, privados o públicos, para destruir vidas humanas indefensas? ¡Queridos esposos! Cristo os ha confiado a su Espíritu para que no olvidéis sus palabras. En este sentido sus palabras son muy serias: “¡Ay de aquel que escandaliza a uno de estos pequeñuelos! ... sus ángeles en el cielo contemplan siempre el rostro del Padre”. Él quiso ser reconocido, por primera vez, por un niño que vivía aún en el vientre de su madre, un niño que se alegró y saltó de gozo ante su presencia.

3. Pero vuestro servicio a la vida no se limita a su transmisión física. Vosotros sois los primeros educadores de vuestros hijos. Como enseñó el Concilio Vaticano II, “los padres, puesto que han dado la vida a los hijos, tienen la gravísima obligación de educar a la prole y, por tanto, ellos son los primeros y obligados educadores. Este deber de la educación familiar es de tanta trascendencia que, cuando falta, difícilmente puede suplirse”.

Tratándose de un deber fundado sobre la vocación primordial de los cónyuges a cooperar con la obra creadora de Dios, le compete el correspondiente derecho de educar a los propios hijos.

Dado su origen, es un deber-derecho primario en comparación con la incumbencia educativa de otros; insustituible e inalienable, esto es, que no puede delegarse totalmente en otros ni otros pueden usurparlo.

No hay lugar a dudas de que, en el ámbito de la educación, a la autoridad pública le competen derechos y deberes, en cuanto debe servir al bien común. Ella, sin embargo, no puede sustituirse a los padres, ya que su cometido es el de ayudarles, para que puedan cumplir su deber-derecho de educar a los propios hijos de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas.

La autoridad pública tiene en este campo un papel subsidiario y no abdica sus derechos cuando se considera al servicio de los padres; al contrario, esta es precisamente su grandeza: defender y promover el libre ejercicio de los derechos educativos. Por esto vuestra Constitución establece que “los poderes públicos garantizan el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que está en conformidad con sus propias convicciones”.

Concretamente, el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos debe ser particularmente garantizado. En efecto, por una parte, la educación religiosa es el cumplimiento y el fundamento de toda educación que tiene por objeto –como dice también vuestra Constitución– “el pleno desarrollo de la personalidad humana”. Por otra parte, el derecho a la libertad religiosa quedaría desvirtuado en gran medida, si los padres no tuviesen la garantía de que sus hijos, sea cual fuere la escuela que frecuentan, incluso la escuela pública, reciben la enseñanza y la educación religiosa.

4. Queridos hermanos y hermanas, queridos esposos y padres: He recordado algunos puntos esenciales del proyecto de Dios sobre el matrimonio, con el fin de facilitaros el que escuchéis en vuestro corazón las palabras dirigidas a vosotros por Cristo y que el Espíritu os recuerda continuamente.

“La ley de Dios es perfecta, corrobora los ánimos... hace sabio al sencillo. Los preceptos del Señor son justos”. La ley del Señor que debe gobernar vuestra vida conyugal y familiar, es el único camino de la vida y de la paz. Es la escuela de la verdadera sabiduría: “El que la observa obtendrá grandes frutos”. No obstante, no basta reconocer como justa la ley sobre la que se constituye el matrimonio y la familia. ¿Quién no ve descrita la propia experiencia cristiana cuando oye decir a San Pablo: “Me deleito en la ley de Dios, según el hombre interior; pero siento otra ley en mis miembros que repugna a la ley de mi mente”?

Es necesaria una constante conversión del corazón, una constante apertura del espíritu humano, para que toda la vida se identifique con el bien custodiado por la autoridad de la ley. Por esto, en la liturgia de hoy, hemos escuchado de labios del Profeta Ezequiel estas palabras: “Os daré un corazón nuevo y pondré en vosotros

un espíritu nuevo; os arrancaré ese corazón de piedra y os daré un corazón de carne. Pondré dentro de vosotros mi espíritu y os haré ir por mis mandamientos y observar mis preceptos”.

El Espíritu escribe en vuestros corazones la ley de Dios sobre el matrimonio. No está escrita solamente fuera: en la Sagrada Escritura, en los documentos de la Tradición y del Magisterio de la Iglesia. Está escrita también dentro de vosotros. Es esta la Nueva y Eterna Alianza, de la que habla el Profeta, que sustituye a la Antigua y devuelve a su primitivo esplendor a la Alianza original con la Sabiduría creadora, inscrita en la humanidad de todo hombre y de toda mujer. Es la Alianza en el Espíritu, de la que dice Santo Tomás que la Ley Nueva es la misma gracia del Espíritu Santo.

La vida de los cónyuges, la vocación de los padres exige una perseverante y permanente cooperación con la gracia del Espíritu que os ha sido donada mediante el sacramento del matrimonio; para que esta gracia pueda fructificar en el corazón y en las obras; para que puedan dar frutos sin cesar y no marchitarse a causa de nuestra pusilanimidad, infidelidad o indiferencia.

En la Iglesia de España son numerosos los Movimientos de espiritualidad familiar. Su cometido es precisamente el de ayudar a sus miembros a ser fieles a la gracia del sacramento del matrimonio; para realizar su comunidad conyugal y familiar según el proyecto de Dios, custodiado por su ley, escrita por el Espíritu en los corazones de los esposos. Esta propia finalidad ha de conjugarse en todo momento con la tarea más amplia de colaborar a hacer real y operante la comunión eclesial; en este sentido se hace necesario que toda actividad de apostolado sepa asimilar y poner en práctica los criterios pastorales emanados de la Iglesia, y a los que todo agente de la pastoral debe ser fiel.

5. Cuando los esposos caminan en la verdad del proyecto de Dios sobre su matrimonio, se obtiene la unidad de espíritus, de comunión en la caridad, de que habla San Pablo a los cristianos de Filipo.

Hago ahora mías las palabras del Apóstol: “No hagáis nada por espíritu de rivalidad o por vanagloria, sino que cada uno de vosotros, con toda humildad, considere a los demás superiores a sí mismo. Que no busque cada uno solamente su interés, sino también el de los demás”.

Sí, el marido no busque únicamente sus intereses, sino también los de su mujer, y esta los de su marido; los padres busquen los intereses de sus hijos, y estos a su vez busquen los intereses de sus padres. La familia es la única comunidad en la que todo hombre “es amado por sí mismo”, por lo que es y no por lo que tiene. La norma fundamental de la comunidad conyugal no es la de la propia utilidad y del propio placer. El otro no es querido por la utilidad o placer que puede procurar: es querido en sí mismo y por sí mismo. La norma fundamental es pues la norma personalística; toda persona (la persona del marido, de la mujer, de los hijos, de los padres) es afirmada en su dignidad en cuanto tal, es querida por sí misma.

El respeto de esta norma fundamental explica, como enseña el mismo Apóstol, que no se haga nada por espíritu de rivalidad o por vanagloria, sino con humildad, por amor. Y este amor, que se abre a los demás, hace que los miembros de la familia sean auténticos servidores de la Iglesia “doméstica”, donde todos desean el bien y la felicidad a cada uno; donde todos y cada uno dan vida a ese amor con la premurosa búsqueda de tal bien y tal felicidad.

6. Comprendéis por qué la Iglesia ve ante sí, como un campo a cultivar con todo el empeño posible, la institución del matrimonio y de la familia. ¡Cuán grande es la verdad de la vocación y de la vida matrimonial y familiar, según las palabras de Cristo y según el modelo de la Sagrada Familia! Que sepamos ser fieles a esta palabra y a este modelo. Se expresa contemporáneamente el verdadero amor a Cristo, el amor de que Él nos habla en el Evangelio de hoy: “Si alguno me ama guardará mi palabra y mi Padre le amará y vendremos a Él y en Él haremos morada... la palabra que oís no es mía, sino del Padre que me ha enviado”.

Este amor a Dios desde la familia debe ir más allá de la muerte. Hoy, día de los Difuntos, recordamos a los miembros de nuestras familias que nos han dejado: padres, esposos, hijos, hermanos ... Que ellos alienten hacia el Padre a los huérfanos, a las viudas y a cuantos lloran la ausencia de seres queridos de su familia.

Queridos hermanos y hermanas, maridos y mujeres, padres y madres, familias de la noble España, de la nación y de la Iglesia. Conservad en vuestra vida las enseñanzas del Padre que os ha proclamado el Hijo; las enseñanzas que el Hijo ha confirmado con su cruz y con su resurrección.

Conservad estas enseñanzas sagradas con la fuerza del Espíritu Santo que os ha sido dado en el sacramento del matrimonio.

El Padre que ha venido a vosotros en el Espíritu, habite en vuestras familias mediante este sacramento, junto con Cristo su Eterno Hijo. Mediante estas familias españolas, siga desarrollándose la gran causa divina de la salvación del hombre sobre la tierra. Amén.

HOMILÍA DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
Viaje Apostólico a Valencia (España) con motivo
del V Encuentro Mundial de las Familias
Santa Misa
Ciudad de las Artes y las Ciencias
Domingo 9 de julio de 2006

Queridos hermanos y hermanas:

En esta santa misa que tengo la inmensa alegría de presidir, concelebrando con numerosos hermanos en el episcopado y con un gran número de sacerdotes, doy gracias al Señor por todas las amadas familias que os habéis congregado aquí formando una multitud jubilosa, y también por tantas otras que, desde lejanas tierras, seguís esta celebración a través de la radio y la televisión. A todos deseo saludaros y expresaros mi gran afecto con un abrazo de paz.

Los testimonios de Ester y Pablo, que hemos escuchado antes en las lecturas, muestran cómo la familia está llamada a colaborar en la transmisión de la fe. Ester confiesa: “Mi padre me ha contado que tú, Señor, escogiste a Israel entre las naciones” (Est 14, 5). Pablo sigue la tradición de sus antepasados judíos dando culto a

Dios con conciencia pura. Alaba la fe sincera de Timoteo y le recuerda “esa fe que tuvieron tu abuela Loide y tu madre Eunice, y que estoy seguro que tienes también tú” (2 Tm 1, 5). En estos testimonios bíblicos la familia comprende no solo a padres e hijos, sino también a los abuelos y antepasados. La familia se nos muestra así como una comunidad de generaciones y garante de un patrimonio de tradiciones.

Ningún hombre se ha dado el ser a sí mismo ni ha adquirido por sí solo los conocimientos elementales para la vida. Todos hemos recibido de otros la vida y las verdades básicas para la misma, y estamos llamados a alcanzar la perfección en relación y comunión amorosa con los demás. La familia, fundada en el matrimonio indisoluble entre un hombre y una mujer, expresa esta dimensión relacional, filial y comunitaria, y es el ámbito donde el hombre puede nacer con dignidad, crecer y desarrollarse de un modo integral.

Cuando un niño nace, a través de la relación con sus padres empieza a formar parte de una tradición familiar, que tiene raíces aún más antiguas. Con el don de la vida recibe todo un patrimonio de experiencia. A este respecto, los padres tienen el derecho y el deber inalienable de transmitirlo a los hijos: educarlos en el descubrimiento de su identidad, iniciarlos en la vida social, en el ejercicio responsable de su libertad moral y de su capacidad de amar a través de la experiencia de ser amados y, sobre todo, en el encuentro con Dios. Los hijos crecen y maduran humanamente en la medida en que acogen con confianza ese patrimonio y esa educación que van asumiendo progresivamente. De este modo son capaces de elaborar una síntesis personal entre lo recibido y lo nuevo, y que cada uno y cada generación está llamado a realizar.

En el origen de todo hombre y, por tanto, en toda paternidad y maternidad humana está presente Dios Creador. Por eso los esposos deben acoger al niño que les nace como hijo no solo suyo, sino también de Dios, que lo ama por sí mismo y lo llama a la filiación divina. Más aún: toda generación, toda paternidad y maternidad, toda familia tiene su principio en Dios, que es Padre, Hijo y Espíritu Santo.

A Ester su padre le había transmitido, con la memoria de sus antepasados y de su pueblo, la de un Dios del que todos proceden y al que todos están llamados a responder. La memoria de Dios Padre que ha elegido a su pueblo y que actúa en la historia para nuestra salvación. La memoria de este Padre ilumina la identidad más profunda de los hombres: de dónde venimos, quiénes somos y cuán grande es nuestra dignidad. Venimos ciertamente de nuestros padres y somos sus hijos, pero también venimos de Dios, que nos ha creado a su imagen y nos ha llamado a ser sus hijos. Por eso, en el origen de todo ser humano no existe el azar o la casualidad, sino un proyecto del amor de Dios. Es lo que nos ha revelado Jesucristo, verdadero Hijo de Dios y hombre perfecto. Él conocía de quién venía y de quién venimos todos: del amor de su Padre y Padre nuestro.

La fe no es, pues, una mera herencia cultural, sino una acción continua de la gracia de Dios que llama y de la libertad humana que puede o no adherirse a esa llamada. Aunque nadie responde por otro, sin embargo los padres cristianos están llamados a dar un testimonio creíble de su fe y esperanza cristiana. Han de procurar que la llamada de Dios y la buena nueva de Cristo lleguen a sus hijos con la mayor claridad y autenticidad.

Con el pasar de los años, este don de Dios que los padres han contribuido a poner ante los ojos de los pequeños necesitará también ser cultivado con sabiduría y dulzura, haciendo crecer en ellos la capacidad de discernimiento. De

este modo, con el testimonio constante del amor conyugal de los padres, vivido e impregnado de la fe, y con el acompañamiento entrañable de la comunidad cristiana, se favorecerá que los hijos hagan suyo el don mismo de la fe, descubran con ella el sentido profundo de la propia existencia y se sientan gozosos y agradecidos por ello.

La familia cristiana transmite la fe cuando los padres enseñan a sus hijos a rezar y rezan con ellos (cf. *Familiaris consortio*, 60); cuando los acercan a los sacramentos y los van introduciendo en la vida de la Iglesia; cuando todos se reúnen para leer la *Biblia*, iluminando la vida familiar a la luz de la fe y alabando a Dios como Padre.

En la cultura actual se exalta muy a menudo la libertad del individuo concebido como sujeto autónomo, como si se hiciera él solo y se bastara a sí mismo, al margen de su relación con los demás y ajeno a su responsabilidad ante ellos. Se intenta organizar la vida social solo a partir de deseos subjetivos y mudables, sin referencia alguna a una verdad objetiva previa como son la dignidad de cada ser humano y sus deberes y derechos inalienables a cuyo servicio debe ponerse todo grupo social.

La Iglesia no cesa de recordar que la verdadera libertad del ser humano proviene de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios. Por ello, la educación cristiana es educación de la libertad y para la libertad. “Nosotros hacemos el bien no como esclavos, que no son libres de obrar de otra manera, sino que lo hacemos porque tenemos personalmente la responsabilidad con respecto al mundo; porque amamos la verdad y el bien, porque amamos a Dios mismo y, por tanto, también a sus criaturas. Esta es la libertad verdadera, a la que el Espíritu Santo quiere llevarnos” (Homilía en la vigilia de Pentecostés, 3 de junio de 2006: *L'Osservatore Romano*, edición en lengua española, 9 de junio de 2006, 6).

Jesucristo es el hombre perfecto, ejemplo de libertad filial, que nos enseña a comunicar a los demás su mismo amor: “Como el Padre me ha amado, así os he amado yo; permaneced en mi amor” (Jn 15, 9). A este respecto enseña el concilio Vaticano II que “los esposos y padres cristianos, siguiendo su propio camino, deben apoyarse mutuamente en la gracia, con un amor fiel a lo largo de toda su vida, y educar en la enseñanza cristiana y en los valores evangélicos a sus hijos, recibidos amorosamente de Dios. De esta manera ofrecen a todos el ejemplo de un amor incansable y generoso, construyen la fraternidad de amor y son testigos y colaboradores de la fecundidad de la Madre Iglesia como símbolo y participación de aquel amor con el que Cristo amó a su esposa y se entregó por ella” (*Lumen gentium*, 41).

La alegría amorosa con la que nuestros padres nos acogieron y acompañaron en los primeros pasos en este mundo es como un signo y prolongación sacramental del amor benevolente de Dios del que procedemos. La experiencia de ser acogidos y amados por Dios y por nuestros padres es la base firme que favorece siempre el crecimiento y desarrollo auténtico del hombre, que tanto nos ayuda a madurar en el camino hacia la verdad y el amor, y a salir de nosotros mismos para entrar en comunión con los demás y con Dios.

Para avanzar en ese camino de madurez humana, la Iglesia nos enseña a respetar y promover la maravillosa realidad del matrimonio indisoluble entre un hombre y una mujer, que es, además, el origen de la familia. Por eso, reconocer y ayudar a esta institución es uno de los mayores servicios que se pueden prestar hoy día al bien común y al verdadero desarrollo de los hombres y de las sociedades,

así como la mejor garantía para asegurar la dignidad, la igualdad y la verdadera libertad de la persona humana.

En este sentido, quiero destacar la importancia y el papel positivo que a favor del matrimonio y de la familia realizan las distintas asociaciones familiares eclesiales. Por eso, “deseo invitar a todos los cristianos a colaborar, cordial y valientemente con todos los hombres de buena voluntad, que viven su responsabilidad al servicio de la familia” (*Familiaris consortio*, 86), para que uniendo sus fuerzas y con una legítima pluralidad de iniciativas contribuyan a la promoción del verdadero bien de la familia en la sociedad actual.

Volvamos por un momento a la primera lectura de esta misa, tomada del libro de Ester. La Iglesia orante ha visto en esta humilde reina, que intercede con todo su ser por su pueblo que sufre, una prefiguración de María, que su Hijo nos ha dado a todos nosotros como Madre; una prefiguración de la Madre, que protege con su amor a la familia de Dios que peregrina en este mundo. María es la imagen ejemplar de todas las madres, de su gran misión como guardianas de la vida, de su misión de enseñar el arte de vivir, el arte de amar.

La familia cristiana –padre, madre e hijos– está llamada, pues, a cumplir los objetivos señalados no como algo impuesto desde fuera, sino como un don de la gracia del sacramento del matrimonio infundida en los esposos. Si estos permanecen abiertos al Espíritu y piden su ayuda, él no dejará de comunicarles el amor de Dios Padre manifestado y encarnado en Cristo. La presencia del Espíritu ayudará a los esposos a no perder de vista la fuente y medida de su amor y entrega, y a colaborar con él para reflejarlo y encarnarlo en todas las dimensiones de su vida. El Espíritu suscitará asimismo en ellos el anhelo del encuentro definitivo con Cristo en la casa de su Padre y Padre nuestro. Este es el mensaje de esperanza que desde Valencia quiero lanzar a todas las familias del mundo. Amén.

HOMILÍA DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de
la XXVI Jornada Mundial de la Juventud
18-21 de agosto de 2011
Vigilia de Oración con los Jóvenes
Aeropuerto Cuatro Vientos de Madrid
Sábado 20 de agosto de 2011

Queridos amigos:

Os saludo a todos, pero en particular a los jóvenes que me han formulado sus preguntas, y les agradezco la sinceridad con que han planteado sus inquietudes, que expresan en cierto modo el anhelo de todos vosotros por alcanzar algo grande en la vida, algo que os dé plenitud y felicidad.

Pero, ¿cómo puede un joven ser fiel a la fe cristiana y seguir aspirando a grandes ideales en la sociedad actual? En el evangelio que hemos escuchado, Jesús nos da una respuesta a esta importante cuestión: “Como el Padre me ha amado, así os he amado yo; permaneced en mi amor” (Jn 15, 9).

Sí, queridos amigos, Dios nos ama. Esta es la gran verdad de nuestra vida y que da sentido a todo lo demás. No somos fruto de la casualidad o la irracionalidad, sino que en el origen de nuestra existencia hay un proyecto de amor de Dios. Permanecer en su amor significa entonces vivir arraigados en la fe, porque la fe no es la simple aceptación de unas verdades abstractas, sino una relación íntima con Cristo que nos lleva a abrir nuestro corazón a este misterio de amor y a vivir como personas que se saben amadas por Dios.

Si permanecéis en el amor de Cristo, arraigados en la fe, encontraréis, aun en medio de contrariedades y sufrimientos, la raíz del gozo y la alegría. La fe no se opone a vuestros ideales más altos, al contrario, los exalta y perfecciona. Queridos jóvenes, no os conforméis con menos que la Verdad y el Amor, no os conforméis con menos que Cristo.

Precisamente ahora, en que la cultura relativista dominante renuncia y desprecia la búsqueda de la verdad, que es la aspiración más alta del espíritu humano, debemos proponer con coraje y humildad el valor universal de Cristo, como salvador de todos los hombres y fuente de esperanza para nuestra vida. Él, que tomó sobre sí nuestras aflicciones, conoce bien el misterio del dolor humano y muestra su presencia amorosa en todos los que sufren. Estos, a su vez, unidos a la pasión de Cristo, participan muy de cerca en su obra de redención. Además, nuestra atención desinteresada a los enfermos y postergados, siempre será un testimonio humilde y callado del rostro compasivo de Dios.

Queridos amigos, que ninguna adversidad os paralice. No tengáis miedo al mundo, ni al futuro, ni a vuestra debilidad. El Señor os ha otorgado vivir en este momento de la historia, para que gracias a vuestra fe siga resonando su Nombre en toda la tierra.

En esta vigilia de oración, os invito a pedir a Dios que os ayude a descubrir vuestra vocación en la sociedad y en la Iglesia y a perseverar en ella con alegría y fidelidad. Vale la pena acoger en nuestro interior la llamada de Cristo y seguir con valentía y generosidad el camino que él nos proponga.

A muchos, el Señor los llama al matrimonio, en el que un hombre y una mujer, formando una sola carne (cf. Gn 2, 24), se realizan en una profunda vida de comunión. Es un horizonte luminoso y exigente a la vez. Un proyecto de amor verdadero que se renueva y ahonda cada día compartiendo alegrías y dificultades, y que se caracteriza por una entrega de la totalidad de la persona. Por eso, reconocer la belleza y bondad del matrimonio, significa ser conscientes de que solo un ámbito de fidelidad e indisolubilidad, así como de apertura al don divino de la vida, es el adecuado a la grandeza y dignidad del amor matrimonial.

A otros, en cambio, Cristo los llama a seguirlo más de cerca en el sacerdocio o en la vida consagrada. Qué hermoso es saber que Jesús te busca, se fija en ti y con su voz inconfundible te dice también a ti: “¡Sígueme!” (cf. Mc 2,14).

Queridos jóvenes, para descubrir y seguir fielmente la forma de vida a la que el Señor os llame a cada uno, es indispensable permanecer en su amor como amigos. Y, ¿cómo se mantiene la amistad si no es con el trato frecuente, la conversación, el estar juntos y el compartir ilusiones o pesares? Santa Teresa de Jesús decía que

la oración es “tratar de amistad, estando muchas veces tratando a solas con quien sabemos nos ama” (cf. *Libro de la vida*, 8).

Os invito, pues, a permanecer ahora en la adoración a Cristo, realmente presente en la Eucaristía. A dialogar con Él, a poner ante Él vuestras preguntas y a escucharlo. Queridos amigos, yo rezo por vosotros con toda el alma. Os suplico que recéis también por mí. Pidámosle al Señor en esta noche que, atraídos por la belleza de su amor, vivamos siempre fielmente como discípulos suyos. Amén.

Queridos amigos: Gracias por vuestra alegría y resistencia. Vuestra fuerza es mayor que la lluvia. Gracias. El Señor con la lluvia nos ha mandado muchas bendiciones. También con esto sois un ejemplo.

RADIOMENSAJE DE NAVIDAD DE SU SANTIDAD JUAN XXIII* (Jueves 22 de diciembre de 1960)

Vidimus gloriam Eius; gloriam quasi Unigeniti a Patre plenum gratiae et veritatis.
(Io. 1, 14).

Venerables hermanos, amados hijos, esparcidos por todo el mundo. Paz y bendición apostólica.

Aceptad como augurio festivo este mensaje de Navidad, conforme os lo ofrecemos.

Nuestro mensaje se inspira en la primera página del Evangelio de San Juan, en aquel prólogo que es la materia del sublime poema que canta el misterio y la realidad de la unión más íntima y sagrada entre el Verbo de Dios y la humanidad, entre el cielo y la tierra, entre el orden de la naturaleza y el de la gracia, cual resplandece y se transforma en triunfo espiritual desde el comienzo de los siglos hasta su consumación.

En el principio existía el Verbo y el Verbo estaba junto a Dios y el Verbo era Dios. Todas las cosas fueron hechas por Él. En Él estaba la vida, y la vida era la luz de los hombres y la luz brilla en las tinieblas y las tinieblas no la recibieron (Io. 1, 1, 3-5). Hubo un hombre llamado Juan para dar testimonio de la Luz: él no era la Luz, sino solo un testimonio que invitaba a recibir la Luz. El Verbo de Dios con inefable arrebató de divina gracia asumió la naturaleza humana y quiso habitar en la tierra, entre los hombres, y conversar familiarmente con ellos. Cuantos lo reconocieron y recibieron en Él el Verbo de Dios hecho hombre (pronunciemos su nombre sagrado y bendito: *Jesus Christus Filius Dei, Filius Mariae*) fueron asociados a su misma filiación divina, considerados, por tanto, como sus hermanos, destinados a la herencia de los siglos eternos.

*AAS 53 (1961) 5-15; *Discorsi, messaggi, colloqui*, vol. III, 82-94.

Con esta simple y elemental evocación doctrinal e histórica nos llega el anuncio de la Navidad y de Belén. Palabras sagradas son estas, que en una bella sinfonía resuenan por todas partes, difundiendo al punto suavidad y belleza, para prorrumper después, al mismo tiempo, en la plenitud de aquella gran obra que es el triple poema: la creación, la redención, el precio de la Sangre de Cristo y la Iglesia, una, santa, católica, apostólica. Todo esto, ofrecido como tesoro de doctrina divina y como fuente de vida perfecta en la tierra, a las almas y a los pueblos que saben aprovecharse de ello.

En primer lugar está el esplendor del Padre Celestial glorificado en su Hijo, que nos invita a la admiración de las mutuas relaciones inefables de las personas de la Santísima Trinidad. Después, el segundo Juan, el Evangelista, se apresura a hablarnos de las manifestaciones de la misma Trinidad en beneficio del hombre, en beneficio de la Iglesia, cuerpo místico de Cristo, y en beneficio de cada una de las almas. *Vidimus gloriam eius*.

GRATIA ET VERITAS

Con estas palabras termina el prólogo, tomando al mismo tiempo un tono de aclamación gloriosa: *Vidimus gloriam eius*.

¿Qué gloria? Aquella preclarísima del Verbo que existía *in principio et ante saecula*, y que, haciéndose hombre, como hijo unigénito del Padre, apareció lleno de gracia y de verdad. Fijaos bien en estas dos palabras: gracia y verdad.

GRACIA

La palabra *gracia* es la primera que brota de los labios angélicos al anunciar a María el divino misterio y significa plenitud de gracia: *Ave, gratia plena*. Ella se repite después en el libro santo con diversos matices y es siempre expresión de benignidad y de bondad.

“Cuán preciosa es tu gracia, oh Señor –canta el salmista con acentos de ternura que llenan de conmoción el corazón–; los hijos de los hombres se amparan bajo la sombra de tus alas, sácianse de la grosura de tu casa, y en el torrente de tus delicias los abreas. Porque en Ti está lo futuro de la vida, y en tu luz veremos la luz. Conserva, oh Señor, tu gracia a los que te adoran y tu equidad a los rectos de corazón” (*PS. 35. 8-11*).

Hablaros largamente de esta gracia, ¡cuán delicioso nos sería!

VERDAD

Pero Nos debemos confiar, queridos hijos, que es sobre todo hacia la verdad a donde nuestro espíritu se siente elevado, a medida que la experiencia de la vida pastoral nos suministra ejemplos siempre más luminosos de lo que es de primera importancia y conviene profundizar.

San Agustín, para designar al Verbo Divino aparecido en Belén, le llama inmediatamente, y sin más, la Verdad, como Hijo único del Padre, resplandeciente por los tesoros de su naturaleza para iluminar a todas las criaturas visibles e

invisibles, materiales y espirituales, humanas y sobrehumanas (Cfr. *De Trin.*, 15, 11; *PL*. XLII, 1071).

Los dos testamentos contienen el anuncio de una doctrina cuya fuente es eterna. Ella es la esencia y el esplendor de la verdad que se irradia por todos los siglos y aparece al hombre, obra maestra y sacerdote del universo visible. Ella es la substancia de una enseñanza viva que preside todos los desarrollos del orden natural y sobrenatural.

Las primeras palabras del Antiguo Testamento describen, en efecto, los orígenes del mundo; las últimas del Nuevo Testamento *Veni domine Iesu*, son la recapitulación de la historia, de la ley de la gracia.

Para las almas creadas por Dios y destinadas a la eternidad es natural la búsqueda y el descubrimiento de la verdad, objeto primero de la actividad interior del espíritu humano.

¿Por qué se dice la verdad? Porque es comunicación de Dios, y entre el hombre y la verdad no hay, simplemente, relación accidental, sino relación necesaria y esencial.

VERDAD EN EL HOMBRE Y EN EL CRISTIANO

Esta verdad, que brota del Verbo Divino, enciende e ilumina el pasado, y vivifica con sus rayos el presente, es como la respiración que asegura la vida para el futuro hasta el más allá de la postrera aparición de Dios sobre la Tierra en el juicio final, que decidirá la suerte de todos los hombres para la eternidad.

Esta irradiación, esta vibración, esta animación considerada en el mundo físico, pero aún más en el mundo espiritual, es reconocida por el hombre e invade la vida de aquel cuyo rostro refleja los rasgos divinos: “estamos marcados por la luz de tu rostro, Señor” (*Ps.* 4, 7), ella es una fuente de alegría para toda alma: “penetrasteis de alegría mi corazón” (*Ibid*).

Pero lo que importa más retener y percibir es que la actitud para conocer la verdad representa para el hombre la responsabilidad sagrada y muy grave de cooperar con el designio del Creador, del Redentor, del Glorificador. Y ello vale aún más para el cristiano que lleva, en virtud de la gracia sacramental, el signo evidente de su pertenencia a la familia de Dios. Aquí se distinguen la dignidad y la responsabilidad más grandes que son impuestas al hombre –y aún más a cada cristiano– de honrar a este Hijo de Dios, Verbo hecho carne, y que da la vida al mismo tiempo al compuesto humano y al orden social.

Jesús ofreció a la imitación de los hombres treinta años de silencio, para que ellos aprendan a contemplar de Él la verdad, y tres años de enseñanza incesante y persuasiva para que ellos vean un ejemplo y una regla de vida.

El Libro divino es suficiente para llenarnos de esta doctrina y orientarnos mediante ella.

La unión con Cristo, Señor y Maestro –como Él mismo se proclamó–, es, en consecuencia, el triunfo de la verdad, la ciencia de las ciencias, la doctrina de las doctrinas. Juan Evangelista dice del Verbo de Dios exaltado por la luz de los dos Testamentos: “La ley fue dada por Moisés y la verdad fue hecha por Jesucristo” (*Io.*, 1, 17). En otra ocasión, el Maestro Divino repite: “Yo soy la luz del mundo, quien me sigue no camina en tinieblas” (*Io.*, 8, 12).

Queridos hijos, ¿qué es, pues, esta luz si no es la verdad?

En los libros del Antiguo Testamento es corriente el referirse a la verdad.

El salmista repite muchas veces esta invocación de la verdad: “Tu misericordia y tu verdad me han sostenido siempre, Señor” (*Ps.* 39, 12). La verdad y el juicio permanecen siempre cerca de Ti (cf. *Ps.* 88, 15). Tu verdad me rodea como un escudo (cf. *Ps.* 90, 5). Tu justicia, tu justicia eterna (*Ps.* 118, 142). ¡Oh Señor, la verdad permanece siempre! (cf. *Ps.* 116, 2). La verdad se volverá en provecho de todos aquellos que saben emplearla (cf. *Eccli.* 27, 10). Todos los caminos del Señor son verdad (cf. *Ps.* 118, 151).

El Señor ama la verdad, la gracia y la gloria (*Ps.* 83, 12).

EL OCTAVO MANDAMIENTO

¡Qué bella es, bajo esta luz, la invitación hecha al nombre de decir siempre la verdad a su prójimo y qué fuerte y terrible el mandamiento de no decir jamás nada falso contra su prójimo!: “No levantarás falso testimonio contra tu prójimo” (*Ex.* 20, 16). La orden de juzgar según la verdad y con intenciones pacíficas en el umbral de vuestras puertas: “Hablad cada cual verdad a su prójimo, juzgad en vuestras puertas juicios de salud” (*Zach.* 8, 16).

San Pedro Canisio, doctor de la Iglesia, en su célebre *Summa de la Doctrina Cristiana*, que fue el catecismo de generaciones enteras, expresa la parte negativa y la parte positiva de este precepto en palabras penetrantes y convincentes.

En el aspecto negativo se prohíbe todo testimonio falso y engañoso que podría comprometer judicialmente y aun fuera del tribunal la buena reputación del prójimo de cualquier manera que sea, como ocurre a aquellos que murmuran, denigran, critican, acusan y halagan. Prohíbe igualmente toda mentira y todo abuso de lenguaje contra el prójimo, y ello en la misma medida y con la misma energía que los tres mandamientos que preceden, a saber: no matar, no fornicar, no robar.

En el aspecto positivo, por el contrario, alaba el hecho de hablar bien del prójimo de manera cortés, para su defensa y su utilidad, sin disfraz, falsedad o malicia.

Toda esta doctrina está sacada del Antiguo Testamento, que es muy rico en pensamientos referentes a esta materia de la verdad al servicio del inocente, de la justicia, de la caridad.

Y, en el Nuevo Testamento, en los Evangelios y escritos apostólicos, qué enseñanzas sobre la belleza, la solidez y la muy profunda sabiduría de la verdad aprendidas y vividas según el precepto del Señor.

El Evangelista San Juan nos muestra la actitud instructiva de Jesús frente a aquellos que él había logrado convertir: “Si permanecéis en la verdad, seréis verdaderamente mis discípulos y conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres” (*Io.*, 8, 30-32).

Pero esta conversación se convierte de interesante en terrible, cuando Jesús conduce a sus interlocutores a conclusiones desoladoras para todo negador de la verdad conocida.

“Os llamáis hijos de Abraham. Haced, pues, las obras de Abraham. Ahora bien, yo sé que tratáis de darme muerte, porque yo os he dicho la verdad, la verdad que conozco de Dios mismo. Si Dios fuese vuestro Padre, vosotros me amaríais a Mí también, porque yo vengo de Dios que me ha enviado. Vosotros,

por el contrario, sois los hijos del diablo y queréis cumplir los deseos de aquel que es vuestro Padre" (cf. *Io.* 8, 31 ss.).

Al escuchar estas palabras, nos dice San Juan que estos desgraciados tomaron piedras para lanzarlas contra Jesús. Pero Él se oculta y sale del templo (*Io.*, 8, 39-59). Era la verificación de las palabras del salmista: "Amad al Señor, vosotros todos que habéis sido fieles, porque el Señor busca la fidelidad, pero castiga con usura a aquellos que actúan con orgullo" (*Ps.* 30, 24). Igualmente se dice en los proverbios: "Comprad la verdad y no vendáis la prudencia" (Cfr. *Prov.*, 23, 23). Y más abajo: "La lengua mentirosa no ama la verdad" (*Prov.*, 26, 28). Y, finalmente: "Aquel que en materia de justicia hace acepción de personas traicionará la verdad por un bocado de pan" (*Ibid.*, 28, 21).

PENSAR, HONRAR, DECIR Y PRACTICAR LA VERDAD

Pero he aquí que el creyente se encuentra de cara a la verdad que se impone con dulzura y firmeza.

Las palabras de Cristo sitúan, en efecto, a todo hombre de cara a su responsabilidad; se trata de aceptar o de rehusar la verdad invitando a cada uno, con fuerza persuasiva, a permanecer en la verdad, a alimentar sus pensamientos personales de verdad, a obrar según la verdad.

Este mensaje de augurio que os queremos dirigir es, por tanto, una invitación solemne a vivir según el cuádruple deber de pensar, de honrar, de decir y de practicar la verdad. Tal deber deriva de manera clara e indiscutible de las palabras del Libro Santo que os hemos recordado, de la armonía, plena de resonancias a la vez dulces y severas, del Antiguo y del Nuevo Testamento.

Ante todo, pues, se ha de *pensar con verdad*, tener ideas claras sobre las grandes realidades divinas y humanas, de la redención y de la Iglesia, de la moral y del derecho, de la filosofía y del arte, tener ideas justas o procurar formarse en ellas concienzudamente y con lealtad.

Desgraciadamente se ve casi todos los días plantear o discutir las cuestiones con una ligereza desconcertante, fruto –lo menos que se puede decir– de la falta de preparación. De ahí que en un reciente discurso sobre la familia hayamos invitado "a todos aquellos que tienen deseos y medios de actuar sobre la opinión pública para que no intervengan nunca si no es para aclarar las ideas y no para confundirlas, para observar la corrección, respeto" (*A la Sagrada Rota Romana*, 25 de octubre de 1960).

Honrar la verdad es una invitación a ser un ejemplo más luminoso en todos los sectores de la vida, individual, familiar, profesional y social. La verdad nos hace libres. Ennoblece a quien la profesa abiertamente y sin respeto humano. ¿Por qué, pues, tener miedo de honrarla y de hacerla respetar? ¿Por qué rebajarse a acomodaciones con la propia conciencia, a aceptar compromisos en evidente contraste con la vida y la práctica cristianas cuando aquel que tiene la verdad debería estar convencido de tener consigo la luz que disipa toda oscuridad y la fuerza enorme que puede transformar al hombre? Es culpable no solamente quien desfigura deliberadamente la verdad, sino que lo es también aquel que, por no aparecer completo y moderno, la traiciona por la ambigüedad de su actitud.

Honrad, pues, la verdad mediante la firmeza, el valor, la conciencia de quien posee fuertes convicciones.

Además, decir la verdad, ¿no es la admonición de la madre que pone en guardia a su hijo contra las mentiras, la primera escuela de verdad que crea hábito, costumbre adquirida desde los primeros años, que se convierte en una segunda naturaleza y prepara al hombre de honor, al cristiano perfecto, a la palabra pronta y franca y, si es necesario, al valor del martirio y del confesor de la fe? Tal es el testimonio que el Dios de la verdad pide a cada uno de sus hijos.

Por último, *practicar la verdad*: ella es la luz en la que toda persona debe sumergirse y la que da el valor a cada una de las acciones de la vida. Es la caridad que mueve a ejercer el apostolado de la verdad para conocer, para defender los derechos, para formar las almas –especialmente las almas sinceras y generosas de la juventud–, a dejarse impregnar de ella hasta las más íntimas fibras.

EL ANTIDECÁLOGO

Pensar, honrar, decir y practicar la verdad. Proclamando estas exigencias básicas de la vida humana y cristiana, una pregunta surge del corazón a los labios: ¿Dónde está en la tierra el respeto a la verdad? No estamos, a veces, e incluso muy frecuentemente, ante un antidecálogo desvergonzado e insolente que ha abolido el no, ese “no” que precede a la formulación neta y precisa de los cinco mandamientos de Dios que vienen después de “honra a tu padre y a tu madre”? ¿No es prácticamente la vida actual una rebelión contra el quinto, sexto, séptimo y octavo mandamientos: “No matarás, no serás impuro, no robarás, no levantarás falsos testimonios”? Es como una actual conjuración diabólica contra la verdad. Y, sin embargo, ahí está por siempre válido y claro el mandamiento de la ley divina que escuchó Moisés sobre la montaña: “No levantarás falsos testimonios contra tu prójimo” (*Ex. 20, 16; Deut. 5, 20*). Este mandamiento, como los otros, permanece en vigor con todas sus consecuencias positivas y negativas; el deber de decir la verdad, de ser sincero, de ser franco, es decir, de conformar el espíritu humano con la realidad, y, de otra parte, la triste posibilidad de mentir, y el hecho más triste todavía de la hipocresía, de la calumnia, que llega hasta obscurecer la verdad.

Estamos viviendo entre dos concepciones de la convivencia humana. De un lado, la realidad del mundo buscada, ansiada y actuada tal cual está en el designio de Dios. Por otro –no tememos repetirlo– la falsificación de esa misma realidad, facilitada por la técnica y el artificio humano, moderno y modernísimo.

Ante el cuádruple ideal de pensar, honrar, decir y obrar la verdad y el espectáculo cotidiano de la traición manifiesta o encubierta de este ideal, el corazón no logra dominar su angustia y nuestra voz tiembla.

A pesar de todo y de todos, *veritas Domini manet in aeternum*, la verdad del Señor permanece eternamente (*Ps. 116, 2*), y quiere resplandecer cada vez más ante los ojos y ser escuchada por los corazones.

En muchos se ha difundido un poco la sensación de que las horas por que atraviesa el mundo son tremendas.

Pero la historia del pasado ha conocido horas mucho peores. Y, no obstante, las voces clamorosas o astutas de los más violentos, estamos bien seguros que la victoria espiritual será de Jesucristo *qui pendet a ligno*.

HORAS ANGUSTIOSAS

El hecho de comprobar que una tempestad, cada vez más grave, arrecia en algunas regiones del mundo, y amenaza el orden social, pero sobre todo muchas almas débiles, más que malas y malintencionadas, nos impulsa en este mensaje de Navidad a dirigir la palabra a los que tienen una mayor responsabilidad en el orden público y social, y a invitarles, en nombre de Cristo, a ponerse la mano en el pecho y a estar a la altura que les corresponde en los días del universal peligro. En realidad, se trata de la causa de todos, toda distinción entre grandes y pequeños se debe fundir en un unánime esfuerzo común.

Deseamos, pues, alzar nuestros brazos sacerdotales hacia los más altos responsables, que presiden las organizaciones del orden civil –jefes de Estado y Administración regional y local–. Pero también a todos en conjunto: a los educadores, a los padres maestros, a todos los trabajadores del pensamiento, de los brazos, del corazón, y especialmente a los responsables de la opinión pública, que se vienen formando o deformando por medio de la Prensa, de la radio y televisión, del cine, de concursos y exposiciones de todas clases, literarias o artísticas: escritores, artistas, productores, directores y escenógrafos.

A todos nuestros hijos, y, especialmente, a los que por su misión particular son llamados a rendir testimonio de la verdad, como también a cuantos desean vivir su vida individual y familiar, van dirigidas estas nuevas palabras, que brotan espontáneamente de nuestro corazón, y que acogerán con reflexión –de ello estamos ciertos– las almas más rectas y sinceras.

Amados hijos. No, no os prestéis jamás a la falsificación de la verdad. Horrorizaos de esto.

No os sirváis de estos maravillosos dones de Dios, que son la luz, los sonidos, los colores y sus aplicaciones técnicas y artísticas –tipográficas, periodísticas, audiovisivas– para atropellar la inclinación natural del hombre a la verdad, sobre la cual se levanta el edificio de su nobleza y grandeza. No os sirváis de estas cosas para empujar a la ruina conciencias todavía no formadas o vacilantes.

Tened santo terror a difundir los gérmenes que profanan el amor, disuelven la familia, ridiculizan la religión, sacuden los fundamentos del orden social, que se apoya en la disciplina de los impulsos egoístas y en la fraternidad concorde y respetuosa del derecho individual. Colaborad más bien en el trabajo de hacer que el aire que se respira sea siempre más puro y menos contaminado, aire cuyas primeras víctimas son los inocentes y los débiles. Estableced con serena perseverancia y con incansable empeño las bases de tiempos mejores, más sanos, más justos, más seguros.

INALTERABLE CONFIANZA

Amados hijos: Henos de nuevo ante la escena de Belén, ante la luz del Verbo encarnado, ante su gracia y su verdad, que a todos quiere atraer hacia sí.

El silencio de la noche santa y la contemplación de aquella escena de paz, son elocuentísimos. Volvamos hacia Belén con mirada pura y corazón abierto.

Al lado de este verbo de Dios, hecho hombre por nosotros, al lado de esta *benignitas et humanitas Salvatoris nostri Dei* (cf. *Tit.*, 3, 4), deseamos una vez más

dirigirnos con gran respeto y afecto, especialmente a los más altos representantes de los poderes públicos, que ocupan su puesto en los diversos y más importantes puntos del Globo, lo mismo que a los responsables de la educación de las jóvenes generaciones, de la pública opinión, exhortando a cada cual a asumir una conciencia cada vez más madura de su propio deber y de su responsabilidad, a mantenerse en su puesto con sinceridad y con valor.

Nos, ponemos nuestra confianza en Dios y en la luz que viene de Él. Confiamos en los hombres de buena voluntad, satisfechos de que nuestras palabras susciten en todos los corazones rectos un latido de viril generosidad.

Ocurre a veces que una voz tenue, en un tono como de profecía, llega a nuestros oídos con un aire de temor exagerado, voz que luego suscita débiles fantasías.

San Mateo, el primero de los evangelistas, nos cuenta que Jesús, al caer de una jornada fatigosa, se recogió solo en el monte a orar. La barca de los suyos, que había quedado en el lago, era agitada por los vientos y, ya de noche, Jesús bajó, y caminando ligero sobre las olas dijo en voz alta: tened confianza no temáis, porque soy yo. Señor, si eres tú, dijo Pedro, haz que yo pueda llegarme a ti andando sobre las aguas. Y Jesús dijo: –Ven. Y Pedro, bajando de la barca, quiso acercarse al Divino Maestro. Mas por la violencia del viento, tuvo miedo, y, comenzando a hundirse gritó: –Señor, sálvame. Jesús le extendió al punto la mano, lo sostuvo y le dijo: –Hombre de poca fe, ¿por qué has dudado? Y cuando estuvieron todos reunidos en la barca el viento cesó (*Math.*, 14, 22-32).

Amados hijos, este episodio, aún en las sombras de la noche, sobre el lago, es de una transparencia encantadora. El humilde sucesor de San Pedro no siente todavía ninguna tentación de zozobra. Nos sentimos fuertes en la fe, y junto a Jesús podemos atravesar no solo el pequeño lago de Galilea, sino también todos los mares del mundo. La palabra de Jesús basta para la salvación y la victoria.

Esta es una página de las más bellas del Nuevo Testamento. Es alentadora y llena de feliz augurio. A la luz de esta visión deseamos poner término a nuestro mensaje de Navidad, con dos palabras del Antigua Testamento, para expresar vivamente la sustancia de esta conversación en que el corazón del padre y del pastor se abre a sus hijos espirituales con tanto cariño.

Es el final del encuentro del santo rey Ezequías con Isaías, máximo profeta de Israel. Este lo había atemorizado con las amenazas de una invasión no lejana y de enorme ruina, a lo que Ezequías respondió:

“Buena es la palabra del Señor que me has anunciado: me basta únicamente con la paz y la verdad para mis años”.

Mons. Erik Varden, obispo de Trodheim (Noruega) “HAY UNA TRÁGICA ESCASEZ DE PENSAMIENTO CLARO EN GRAN PARTE DEL FORO PÚBLICO”

MONS. ERIK VARDEN: “ME ANIMA MUCHO VER A TANTAS PERSONAS
DESEOSAS DE APRENDER MÁS SOBRE LA FE”

Mons. Erik Varden es sin duda uno de los obispos más destacados del continente europeo. Cisterciense, converso al catolicismo desde el luteranismo, está al frente de la diócesis noruega de Trodheim. El país nórdico está experimentando un importante aumento de los fieles católicos. Mons. Varden, entrevistado por el NCRegister, cree fundamental la formación en la fe y la celebración digna de la liturgia. Algo necesario para afrontar la crisis de un Occidente que ha “perdido en gran medida el sentido de lo que significa un ser humano”.

Noruega es uno de los países que se suelen presentar como el máximo ejemplo de lo que es una sociedad en un estado avanzado de secularismo. Los estudios realizados en los últimos años, que han revelado que la mayoría de los noruegos ya no creen en Dios, dan crédito a las teorías que postulan que Europa ha entrado ya en la era postcristiana.

Sin embargo, al igual que en Suecia, que en los últimos años ha asistido a un inesperado fenómeno de retorno a la fe católica tradicional, el catolicismo en Noruega se ha expandido con especial rapidez en las dos últimas décadas. Según una estimación del sitio web noruego Statistisk sentralbyrå, los miembros registrados de la Iglesia Católica Romana han pasado de 95.655 en 2015 a 160.884 en 2019.

Estas cifras, aunque alentadoras, no recogen del todo una realidad compleja y cambiante que el obispo de Trondheim, en el centro de Noruega, Erik Varden, exploró en una entrevista con el Register, junto con otras cuestiones, como la reciente prohibición del gobierno noruego de las “terapias de conversión” en casos de disforia de género y el viaje espiritual que le llevó a abrazar la fe católica después de haber nacido luterano.

El primer obispo de Trondheim nacido en Noruega en los tiempos modernos y pertenece a la orden cisterciense. De 2015 a 2019, fue abad de la abadía de Mount St. Bernard en Leicestershire (Inglaterra), donde ya atrajo la atención de los medios por supervisar la elaboración de la primera cerveza trapense del Reino Unido en 2018.

Autor también de libros de espiritualidad, el obispo Varden estudió en Cambridge y Roma y enseñó lengua siríaca, historia monástica y antropología cristiana en el Ateneo Pontificio de San Anselmo de Roma de 2011 a 2013.

–Usted asumió la dirección de la Prelatura Territorial de Trondheim en 2020, después de haber residido durante mucho tiempo en el extranjero, especialmente

en Inglaterra, donde el catolicismo también es minoritario. ¿Cuál es la realidad concreta de la Iglesia católica en Noruega y en su diócesis?

A riesgo de parecer banal, diría que la especificidad más destacada es la catolicidad de la Iglesia aquí en la prelatura. Por estar en una situación de extrema diáspora, tenemos entre nosotros a católicos de 130 naciones diferentes, que representan una variedad de ritos. Es un reto, por supuesto, crear unidad a partir de tal diversidad. Pero es un reto interesante y hermoso. Compruebo con agradecimiento que hay una gran vitalidad en la Iglesia de Trondheim, sobre todo entre los jóvenes.

–¿Cómo explica el fenómeno del crecimiento del catolicismo en Noruega?

El crecimiento se ha producido principalmente a través de la inmigración, sobre todo de Polonia y Lituania, pero también hay un goteo constante de conversiones. Antes, los conversos católicos solían proceder de otras confesiones cristianas. A veces sigue siendo así, pero la tendencia general es que la gente se acerque a la Iglesia desde un entorno no religioso. El descubrimiento de la Iglesia católica coincide con un despertar a la fe.

–En Suecia se observa un crecimiento similar de la Iglesia católica, que también se explica en parte por la inmigración. Pero también parece haber un movimiento de conversión de los lugareños porque la Iglesia católica en Suecia, según ellos, se ha hundido menos en los excesos progresistas que las iglesias protestantes. En consecuencia, existe una especial atracción por las iglesias tradicionalistas, sobre todo entre los jóvenes suecos. ¿Es esto algo que también observa en su país?

En 1963, cuando los Padres del Concilio aprobaron la Sacrosanctum Concilium, subrayaron que la liturgia terrenal debía ser “un anticipo de la liturgia celestial que se celebra en la ciudad santa de Jerusalén, donde Cristo está sentado a la derecha de Dios”. Según mi experiencia, esto es lo que anhelan los jóvenes y los mayores. Estamos llamados a perseguir este objetivo con determinación y humildad, en la unidad de la Iglesia.

Además, ser católico, por lo que veo, es alejarse de los excesos, ya sean progresistas o regresivos. Lo que importa es recibir la plenitud de la tradición para, con gratitud y humildad, transmitirla sin merma. El sustantivo *traditio*, no lo olvidemos, indica ante todo un proceso dinámico.

En una época como la nuestra, marcada por la amnesia generalizada, muchos jóvenes desean naturalmente beber en profundidad de las fuentes del pasado. Eso es bueno. Estamos llamados a emular el ejemplo de Isaac, ese misterioso patriarca que pasó gran parte de su vida desatascando los pozos, cavados por su padre Abraham, que los filisteos habían llenado de grava para impedir que prosperaran los rebaños de los israelitas. Pero la tradición no nos llama menos a la prospectiva. Un cristiano es aquel que está en movimiento hacia adelante.

–Usted acaba de cofirmar –junto con los obispos Markus Bernt Eidsvig, de Oslo, y Berislav Grgić, de Tromsø– una carta al gobierno noruego en la que critica la reciente prohibición de la llamada “terapia de conversión” en casos de disforia de género en el país. Sugiere en cierto modo que, bajo el pretexto de proteger a ciertas “minorías sexuales”, estas políticas tienen el efecto de aumentar su confusión y angustia. ¿Qué le hace pensar eso?

Como señalamos en nuestra respuesta a la propuesta del gobierno, nos asombra la falta de fundamento empírico de la reciente propuesta de ley. La intención declarada del gobierno es proteger a los vulnerables; sin embargo, al querer prohibir una gama extraordinariamente amplia de enfoques “terapéuticos” mal definidos, prohíbe de hecho un enfoque pastoral inteligente y sensible a una forma particular de angustia humana. Además, no se intenta preguntar por qué la experiencia de la disforia de género está aumentando tan rápidamente en estos momentos y por qué afecta de forma abrumadora a las mujeres jóvenes. Estos hechos apuntan a preguntas urgentes que hay que plantear y, en la medida de lo posible, responder.

—¿Cómo explicaría esto personalmente?

Lo veo como un indicio entre otros de una crisis antropológica. En Occidente, hemos perdido en gran medida el sentido de lo que significa ser un ser humano. Sin referencias, intentamos furiosamente formarnos a nuestra propia imagen, cambiante y proteica, a veces con consecuencias trágicas. Esto apunta a una gran tarea cristiana: la de explicitar el significado y la orientación de la naturaleza humana en términos bíblicos y cristológicos, y la de dar testimonio del potencial de nuestra naturaleza mediante vidas santificadas.

—¿Diría usted que hay un sesgo anticristiano en el gobierno noruego?

No, pero sí diría que hay una ignorancia casi total de la visión cristiana de la naturaleza humana. Es sorprendente la rapidez con que las coordenadas cristianas que se daban por establecidas ayer mismo pueden desaparecer del discurso público. Por tanto, es crucial que los cristianos sean conscientes de la profundidad y la riqueza que encierra el patrimonio cristiano y que lo compartan de forma inteligible con la sociedad en general. Hay una trágica escasez de pensamiento claro en gran parte del foro público. Como católicos, debemos ponernos un listón muy alto en este sentido.

—Usted se crió en la Iglesia luterana. ¿Cómo se convirtió en católico?

Por la gracia y la llamada de Dios. Encontré a la Iglesia, primero, en los libros, atraído por su historia ininterrumpida y su teología coherente. Luego la encontré en su liturgia, que me hablaba al corazón; después, progresivamente, en la maravillosa herencia de sus santos —y en el compromiso dedicado de comunidades católicas específicas—.

—Viniendo de un entorno monástico cisterciense, ¿cómo experimentó la transición a la vida de un obispo, con todo lo que ello conlleva, en términos de compromisos con el mundo exterior? ¿Cómo compagina hoy las dos cosas?

Todavía estoy elaborando una síntesis existencial. Sin embargo, en lo fundamental, los elementos de la vida siguen siendo los mismos, tal y como los definen los votos benedictinos: obediencia a la gracia y a las exigencias de una llamada particular, bendecida por la Iglesia; estabilidad en la comunidad, que la Providencia nos confía; conversión de la vida en el empeño de conocer, servir y amar mejor a Cristo constantemente.

—Cuando usted asumió el cargo, lanzó el sitio web “*Coram Fratibus*” —en inglés y noruego— con el fin de compartir mejor el mensaje del Evangelio, de acuerdo con

el llamamiento de Benedicto XVI a evangelizar el “continente” de Internet. De su creación se hizo eco incluso Vatican News, ya que no es habitual que un obispo dirija su propio portal de evangelización. ¿Ha visto ya algunos frutos concretos de este empeño?

Concebí Coram Fratibus como un espacio de intercambio y encuentro. Estoy encantado de ver que el concepto parece funcionar. Dirijo el sitio web por mi cuenta, así que deliberadamente no lo hice interactivo: de lo contrario, no tendría los recursos ni el tiempo necesarios. Pero las personas se ponen en contacto de diversas maneras. Eso siempre es una alegría. Internet tiene mucho de siniestro, pero también mucho de maravilloso. Es importante utilizar ese buen potencial para construir la comunión.

–¿Qué iniciativas le gustaría desarrollar en los próximos años dentro de su prelatura?

Una iniciativa fundamental se centra en la predicación y la enseñanza, para dar a conocer mejor los tesoros de la fe. Me anima mucho ver a tantas personas deseosas de aprender más sobre la fe y de encontrar el misterio de la fe en la liturgia, que nos esforzamos por celebrar de forma cuidadosa y digna. Además, me gusta fomentar las experiencias de encuentro y de servicio. Ser miembro de la Iglesia es ser miembro de Cristo. También es ser miembro de una comunidad. Tenemos que explicitarlo. Estamos experimentando modelos de comunidad sacerdotal, de comunidades laicas de estudiantes y jóvenes adultos, de una comunidad de familias jóvenes; espero que pronto podamos realizar también una comunidad de personas mayores, con vistas a crear un espacio hospitalario en el que las generaciones puedan encontrarse, apoyarse y disfrutar.

–¿Qué le inspira la figura de San Olav, famoso rey cristiano y patrón de Noruega, que ha suscitado una devoción popular cada vez mayor en los últimos años? ¿Quiénes son sus otros santos favoritos?

Una de las cosas fascinantes de la historia de San Olav es que nos permite ver el impacto progresivo de la gracia de Cristo en el tiempo. A través de la experiencia, y no menos del sufrimiento, su orientación se vuelve cada vez más sobrenatural, más entregada al Señor con fe y confianza. San Olav nos recuerda que ser cristiano es entrar en un proceso de transformación.

Tengo muchos santos favoritos. Dos que me resultan especialmente cercanos en este momento, cuyas fotografías conservo sobre mi escritorio, son el Venerable Jerónimo Lejeune, el genetista que tenía un sentido tan agudo del valor irreductible de la vida humana, y el Beato Cardenal August von Galen, el “León de Münster”, que es un ejemplo excepcional de valor cristiano, que nos muestra que hay momentos en que los creyentes, para ser fieles a la llamada del Señor, deben decir: “Hasta aquí, pero no más”*.

*Entrevista realizada por Solène Tradié y publicada originalmente en el *NRegister*. Traducida por InfoCatólica y publicada el 3.11.2022.

ES CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA QUE PUEDA DARSE UNA VIDA SOCIAL DIGNA

La sacralidad e inviolabilidad
de la vida humana no es cuestión de opiniones,
S.E.R Cardenal Carlos Osoro, arzobispo de Madrid

En el libro del Génesis hay unas palabras que nos dan luz en estos momentos que vivimos: “Pediré cuentas de vuestra sangre, que es vuestra vida; se las pediré a cualquier animal. Y al hombre le pediré cuentas de la vida de su hermano. Quien derrame la sangre de un hombre, por otro hombre será su sangre derramada; porque a imagen de Dios hizo Él al hombre” (Gn 9, 5-6). Son unas palabras de una hondura y de una belleza única, con las que Dios reivindica la vida del hombre: el ser humano es posesión suya, su vida está directamente protegida por Él y, en definitiva, la vida humana es sagrada.

¡Qué maravilla poder gritar hoy esto! El ser humano ha salido de las manos de Dios, ha sido creado por Dios y, por ello, protegido por Dios; es cosa sagrada desde que se inicia hasta su término. Es muy importante reconocer la sacralidad de la vida humana y, así, su inviolabilidad. Y esto no es cuestión de opiniones; no es un problema secundario. El tema de la sacralidad de la vida humana es fundamental en muchos aspectos, entre los que están: que el respeto a toda vida es condición indispensable para que pueda darse una vida social digna de ese nombre y que, cuando perdemos el respeto a la vida humana como una realidad sagrada, siempre se termina perdiendo la identidad personal.

Vivimos en sociedades plurales, en las que a veces existen orientaciones muy diferentes en lo religioso, en lo cultural, en las ideas... En sociedades así, ¿cómo garantizamos una base de valores que fundamenten una democracia que sea estable y que nos dé capacidad para convivir y vivir? La decisión por el bien o por el mal comienza al contemplar el rostro del otro. Os invito a hacerlo. Esa contemplación hay que realizarla desde el inicio de la existencia misma del otro en el seno de la madre. Hay que acogerlo y cuidar de él; hay que ver y apreciar el valor que encierra su vida, ya desde el inicio, como una persona formada a imagen de Dios. Solamente si tengo la hondura que debe tener todo ser humano daré siempre espacio al otro.

Es bueno que tú y yo nos preguntemos: “¿Quién soy yo?”, “¿quién es el hombre?”. Aun sin poder decir una palabra, sin poder ni fuerzas, sin voz para defenderse, nunca podremos decir: “No sé quién es, no lo conozco, jamás existió”. Deberíamos plantearnos también: “¿Quién es mi prójimo?”. Seamos próximos a todos los hombres desde el inicio de la vida hasta su final, detengámonos, apeémonos de nuestras cabalgaduras, acerquémonos al que está más necesitado, ocupémonos de él, pues ser persona no es ser una cosa... Con la prohibición de matar a todo ser humano también se nos dice que nunca tratemos a los demás como una cosa.

Cuando estoy escribiendo esta página recuerdo aquellas palabras de Jesús: “Seréis juzgados como juzguéis vosotros, y la medida que uséis, la usarán con vosotros” (Mt 7, 2). Aquí está la medida de tu humanidad: en cómo te ocupas del otro, sea quien sea, tenga la edad que tenga, esté en el inicio de la vida o en su término. Ser cristiano supone vivir y tener esa mirada amorosa de Dios sobre el

hombre, que es garante de su dignidad. Anuncia siempre la dignidad del hombre y respeta su vida. Vive con esas palabras de la Carta a Diogneto: “Los cristianos son en el mundo lo que el alma es en el cuerpo”.

Con gran afecto, os bendice,

+CARLOS, CARDENAL OSORO SIERRA*
Arzobispo de Madrid

DEBIDO A *TRADITIONIS CUSTODES* Burke y Schneider reiteran su preocupación por las restricciones a la liturgia tradicional

El cardenal y el obispo tuvieron la amabilidad de compartir sus comentarios como parte de una charla que se dio en la Sociedad de la Misa Latina en Londres el 21 de octubre.

El cardenal Raymond Burke ha cuestionado la base de los esfuerzos liderados por el Papa para restringir y eventualmente eliminar la misa tradicional en latín, mientras que el obispo Athanasius Schneider ha dicho que el “tesoro milenario” no puede ser destruido, ya que es la obra del Espíritu Santo.

El cardenal y el obispo tuvieron la amabilidad de compartir sus comentarios como parte de una charla que se dio en la Sociedad de la Misa Latina en Londres el 21 de octubre.

Mientras se profundiza en la preocupación por las nuevas restricciones de este pontificado respecto de la liturgia tradicional, el cardenal Burke dijo que “en la medida en que prevalezcan la razón y la sana teología, continuará la salvaguarda y promoción del *Usus Antiquior* [la antigua liturgia en uso antes de las reformas de 1970]”.

El prefecto emérito de la Signatura Apostólica dijo que esto es “a pesar de las dificultades e incluso la persecución” inspirada por *Traditionis Custodes* (Guardianes de la Tradición), la carta apostólica del Papa Francisco de 2021 emitida *motu proprio* (decreto) restringiendo la antigua liturgia, y la *Responsa ad Dubia*, las directrices sobre la aplicación del decreto emitido cinco meses después.

Pero el cardenal Burke subrayó que, como *motu proprio*, la *Traditionis Custodes* carece de fuerza suficiente porque solo tiene autoridad en la medida en que está fundada en motivos justos. Añadió que los fundamentos del decreto, y la carta que el Papa Francisco escribió a los obispos que lo acompañaba, “no son verdaderos y justos” cuando se toman juntos, y dio sus razones.

La primera, dijo, es que “simplemente no es cierto” que la liturgia reformada sea la única forma válida del Rito Romano. Señaló que, como reconocieron los Papas San Pablo VI, San Juan Pablo II y Benedicto XVI, el *Usus Antiquior* “nunca

*Carta semanal publicada en *Infocat* el 16.11.2022.

fue suprimido” y, de hecho, se ha seguido celebrando desde la época de la promulgación del Misal del Papa San Pablo VI.

El cardenal Burke dijo que es “contrario a la razón y a la sana teología litúrgica afirmar que una forma del Rito Romano celebrada ininterrumpidamente durante unos 15 siglos ya no es una forma válida del Rito Romano”.

También discrepó con la afirmación de los documentos de que quienes asisten a la liturgia tradicional rechazan el Concilio Vaticano II y son divisivos porque se consideran los únicos católicos verdaderos, algo que rechazó como falso, excepto para algunos “extremistas” que sostienen tales opiniones, al igual que “hay extremistas en cualquier grupo”.

Por el contrario, dijo que es evidente, incluso para quienes no se sienten atraídos por la liturgia tradicional, que los fieles que se sienten atraídos por ella “se nutren espiritualmente de ella, que son devotos en su culto y en su práctica de la fe. También son leales a sus obispos y al Santo Padre”.

También dijo que “tristemente, algunos han concluido erróneamente que no hay hogar para ellos en la Iglesia”.

El cardenal Burke dijo que su dolor es “comprensiblemente intensificado” cuando ven “la desviación abierta de lo que la Iglesia siempre ha enseñado y practicado por el Camino Sinodal Alemán y otros individuos y grupos disidentes, mientras que son tratados como perjudiciales para la Iglesia debido a su profunda apreciación de la Liturgia Romana clásica”.

“La situación es totalmente confusa y divisoria”, dijo.

El cardenal Burke también aludió a los resultados de la encuesta de la Congregación para la Doctrina de la Fe en la que se basaba ostensiblemente la *Traditionis Custodes*, diciendo que no era una base justificada para estas medidas porque los resultados de la encuesta “nunca se han hecho públicos, y varias personas de confianza que han visto los resultados o, al menos, algunos de los resultados, afirman que son favorables a la continuación de la disciplina establecida por *Summorum Pontificum*”.

En cuanto a las *Responsa ad Dubia*, el cardenal Burke dijo que solo tienen la fuerza de la ley a la que se refieren, pero las *Responsa* van más allá de la *Traditionis Custodes* e, incluso, pretenden cambiar la ley universal de la Iglesia –por ejemplo, en lo que respecta a la ley sobre celebrar la misa dos veces en el mismo día–.

Otro problema para el Vaticano, dijo, es que el Dicasterio para el Culto Divino está tomando para sí competencias que pertenecen al obispo diocesano y están bajo su jurisdicción.

El cardenal dijo que hay muchas otras dificultades graves con la *Responsa ad Dubia*, que se derivan del hecho de que fue elaborada y promulgada sin una consulta casi suficiente. “Solo cabe esperar que los obispos la interpreten según los principios perennes del derecho canónico, especialmente el principio de que la cura de almas es la ley suprema”, dijo*.

*Publicada en *Infocat* el 6.11.2022.

PODRÍA TERMINAR EN UN SUICIDIO COLECTIVO DE LA HUMANIDAD

El cardenal Gerhard Müller advierte sobre los peligros del nihilismo

El nihilismo antropológico tiene como padre el orgullo de la criatura que quiere llegar a ser como Dios (Gn. 3,5) y quiere establecer la diferencia entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso por sí misma.

El pasado viernes 30 de septiembre durante el 14º Congreso Mundial de las Familias realizado en México, el Prefecto Emérito de la Congregación para la Doctrina de la Fe, Gerhard Müller, presentó una ponencia en la que alertó a la población mexicana sobre los peligros del nihilismo y sus capacidades de conducir a la sociedad a un gran “suicidio colectivo”.

“El cristianismo promueve una civilización de la vida y desafía la cultura del nihilismo antropológico, que tendría que terminar en el suicidio colectivo de la humanidad. El ateísmo es nihilismo. Su fruto es la muerte”, comenzó a explicar el cardenal.

El congreso llevado a cabo, según se explica en su propia página web, consiste en “un evento público internacional e interreligioso que busca unir y equipar a líderes, organizaciones y familias para afirmar, celebrar y fortalecer a la familia como el entorno fundamental y natural clave para el florecimiento de individuos maduros y sociedades sostenibles”.

El cardenal Müller aprovechó su ponencia para exponer este importante tema. Inició explicando que “el nihilismo, es decir, ‘el sentimiento de la nueva era’ de que ‘Dios mismo ha muerto’”, como afirmaba el filósofo Hegel, puede provocar el sentimiento de que “no hay nada malo en el ser humano y está permitido todo lo que le plazca, si creemos en la amable racionalidad divina sobre y en todo el ser de su creación”.

En otra de sus conferencias, la cual llevó por nombre “El hombre hecho a imagen y semejanza de Dios: Un manifiesto contra el nihilismo antropológico”, Müller habló sobre las tesis de Nietzsche, “profeta del nihilismo postcristiano” y quien anunció “la muerte de Dios”, y del conocido historiador Yuval Noah Harari, quien “se ha convertido en algo así como el gurú del llamado trans y posthumanismo”.

Respecto de estos personajes, el cardenal afirma: “como historiador, el propio Harari debería saber lo rápido que la visión de un superhombre divino puede convertirse en un inhumano diabólico. El siglo XX lo ha demostrado de forma cruel. En Europa Occidental y Oriental. Especialmente en Alemania y Rusia”, y, “si el hombre deja de ser una criatura a imagen y semejanza del Dios trino, se hunde en las profundidades del nihilismo antropológico”.

Además, explica: “El nihilismo antropológico tiene como padre el orgullo de la criatura que quiere llegar a ser como Dios (Gn 3,5) y quiere establecer la diferencia entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso por sí misma”.

Este tipo de filosofía, según ilustra el Prefecto Emérito, “es significativamente hostil a la vida”, pues impulsa el hecho de “matar a los niños en el vientre materno como un derecho humano y la exigencia utilitaria de la llamada ‘muerte piadosa’ (eutanasia) para los seres humanos ‘agotados’ o ‘ya no utilizables’”.

“Pero los frutos podridos del nihilismo antropológico también se muestran en el cuestionamiento del matrimonio entre el hombre y la mujer que se ve como una variante entre cualquier número de posibilidades del disfrute orgiástico de la satisfacción sexual sin la plena entrega en el amor y sin la autotranscendencia a un tercero, a saber, el niño como fruto del amor y el vientre de sus padres”.

Es así como “se niega la referencia a la fecundidad del matrimonio, con la que el Creador ha bendecido al hombre y a la mujer para que transmitan, guarden y promuevan la vida creada por Dios”.

Además de los abortos, la eutanasia, y el matrimonio, el cardenal Müller también tocó el tema de la ideología de género, comentando: “Aparte del hecho biológicamente probado de que no es posible un cambio real del sexo, la ficción de una libre elección del género es una negación de la voluntad de Dios para nuestra persona. Cada ser humano existe en su naturaleza corporal ya sea en expresión masculina o femenina”.

Y continúa acerca del nihilismo, advirtiendo que dicha corriente “se vuelve realmente peligrosa para la Iglesia cuando incluso los teólogos católicos en posiciones centrales ya no asumen el hecho de la revelación históricamente única e insuperable de Dios en Jesucristo, sino que hacen un compromiso perverso con el posthumanismo, solo para que la Iglesia ‘sobreviva’ como organización social en un mundo moderno sin Dios”.

“Si el cristianismo fuera solo una colección de visiones dispares de lo incognoscible divino que se difunde sobre nuestra interpretación teórica del mundo y la pena práctica de hacer frente a la contingencia, entonces realmente no valdría la pena luchar, sufrir y morir por la verdad de Cristo”, explicó el clérigo.

Finalmente, el cardenal Müller destacó el hecho de que “nuestra fe en el Dios y Padre de Jesucristo supera la cultura de la muerte y el nihilismo antropológico. La fe nos abre a una cultura de la vida en el amor del Dios Trino porque somos liberados de la ‘esclavitud de lo pasajero a la libertad y la gloria de los hijos de Dios’”*.

JESÚS CANCELADO

¿Y cuál es la reacción del Jesús cancelado? Su actitud integra la mansedumbre y la firmeza. En el momento cumbre de la cancelación –es decir, en la pasión– combina silencios heroicos, con palabras humildes y certeras. En cualquier caso, Jesús cancelado no se equivoca en ningún momento de enemigo, ya que sabe bien que su batalla no es contra hombres de carne y hueso, sino contra el diablo y sus acechanzas.

En este momento histórico en el que arrecia en Occidente la cultura de la cancelación, que pretende acallar a cualquiera que se resista a someterse al pensamiento único dominante, celebramos la Natividad de Jesús, acontecida

*Publicado en *Infocat* el 2.10.2022.

hace más de dos milenios, pero con una sorprendente capacidad de iluminar el momento presente.

Ciertamente, *no hay nada nuevo bajo el sol* (Eclesiastés 1, 9); y, acercarse a los evangelios es descubrir que Jesús de Nazaret también fue cancelado. Como es obvio, será para nosotros muy aleccionador conocer cómo reaccionó en esa coyuntura.

El primer reto que Jesús hubo de abordar fue el de la indiferencia. No en vano, uno de los versículos más dramáticos de los evangelios lo encontramos en el prólogo del Evangelio de san Juan: *Vino a su casa, y los suyos no lo recibieron* (Jn 1, 11). Es muy elocuente la imagen de san José incapaz de buscar posada en su propio pueblo natal. Cada uno iba a lo suyo en Belén, sin percatarse de la trascendencia de aquel acontecimiento. A buen seguro que la inmensa mayoría serían buena gente, pero el horizonte de su vida era muy corto: solo querían vivir felices sin meterse en problemas. Como decía Edmund Burke, conocido escritor y político irlandés, en reflexiones sobre la revolución francesa: *Para que el mal triunfe, solo se necesita que los hombres buenos no hagan nada*. No cabe la menor duda de que el *humus* principal de la cultura de la cancelación es la indiferencia, de la cual decía con frecuencia la Madre Teresa de Calcuta que es el mal más grave de la humanidad.

A los pocos días del nacimiento en Belén, la envidia y el odio de Herodes mostraron el rostro más agresivo de la cancelación. La Sagrada Familia tiene que huir a Egipto para salvar la vida de Jesús, mientras que multitud de vidas inocentes son injustamente sacrificadas. Durante unos años –no sabemos cuánto tiempo– Jesús fue un exiliado, lo cual nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que, en nuestros días, son muchas las personas a las que el acoso de la cultura de la cancelación les está llevando a sentirse extraños en su propia patria. El dilema que se les plantea es triple: ceder, resistir, o emigrar. Sigue siendo de máxima actualidad la conocida sentencia de san Agustín: *De dos maneras ataca el mundo a los seguidores de Cristo: los halaga para seducirlos o los atemoriza para doblegarlos*.

La cultura de la cancelación siempre ha sido experta en generar odio, como lo demuestran aquellas palabras del libro de la Sabiduría, auténtica profecía del Jesús cancelado: *Acechemos al justo, que nos resulta fastidioso (...) Es un reproche contra nuestros criterios, su sola presencia nos resulta insoportable. Lleva una vida distinta de todos los demás y va por caminos diferentes. (...) Lo someteremos a ultrajes y torturas, para conocer su temple y comprobar su resistencia. Lo condenaremos a muerte ignominiosa, pues, según dice, Dios lo salvará* (Sabiduría 2, 12-20).

A lo largo de la vida pública de Jesús de Nazaret son innumerables los momentos en los que le tienden preguntas trampa, o en los que pretenden manipular sus palabras, bien sea retorciéndolas o sacándolas de contexto, algo muy propio de la estrategia de la cancelación en nuestros días. Entre tantos pasajes, hay uno que considero especialmente emblemático: el encuentro con la mujer pecadora narrado en el capítulo 8 de san Juan. La mala intención de los escribas y fariseos era patente: *Le preguntaban esto para comprometerlo y poder acusarlo* (Jn 8, 6). Su pretensión es que Jesús tome partido entre el dilema de una justicia inmisericorde o una misericordia relativista. Pero Jesús no cae en la trampa, porque su compromiso es inequívoco, tanto con la verdad como con la caridad: *Tampoco yo te condeno. Anda, y en adelante no peques más* (Jn 8, 11). El pensamiento único de nuestros días tiene una especial predilección por esta estrategia de contraposición entre la verdad y la caridad. Acaso sea esta la principal “herejía” contemporánea.

¿Y cuál es la reacción del Jesús cancelado? Su actitud integra la mansedumbre y la firmeza. En el momento cumbre de la cancelación –es decir, en la pasión– combina silencios heroicos (*Y Pilato le dijo: “¿A mí no me hablas? ¿No sabes que tengo autoridad para soltarte y autoridad para crucificarte?”* (Jn 19, 10)), con palabras humildes y certeras (*Jesús respondió: “Si he faltado al hablar, muestra en qué he faltado; pero si he hablado como se debe, ¿por qué me pegas?”* (Jn 18, 23)). En cualquier caso, Jesús cancelado no se equivoca en ningún momento de enemigo, ya que sabe bien que su batalla no es contra hombres de carne y hueso, sino contra el diablo y sus acechanzas (Cfr. Efesios 6, 11-12).

“Cancelación” es sinónimo de “descarte”, término este último acuñado y utilizado con frecuencia por el papa Francisco. En efecto, en su exhortación apostólica *Evangelii Gaudium* el Papa subraya que la nueva cultura del descarte va más allá del simple fenómeno de la explotación y la opresión, ya que este tipo de exclusión incide sobre la misma raíz de la pertenencia en nuestra sociedad (Cfr. E.G. n° 53).

Os deseo a todos una feliz celebración de la Natividad del Señor. Que cada vez que veamos la imagen del Niño Dios, salga de nuestro corazón un beso lleno de ternura, ofreciendo simbólicamente nuestra acogida a Jesús cancelado. Y, a su vez, que cada vez que veamos la imagen de María, José y de cuantos de forma audaz se acercaron a adorar a aquel Niño, nos comprometamos a resistir, con tanta mansedumbre como determinación, ante la pretensión de cancelación del momento presente. ¡Feliz Navidad y Santo Año Nuevo!

+ MONSEÑOR JOSÉ IGNACIO MUNILLA*

ARZOBISPO DE OKLAHOMA CITY: LA ANTICONCEPCIÓN ALIMENTÓ LA FICCIÓN DE QUE EL DESEO SEXUAL PODÍA SER OBTENIDO SIN COSTOS O CONSECUENCIAS

El arzobispo Paul Coakley de Oklahoma City denunció la “locura” de la ideología LGBT. También alertó sobre “nuevas amenazas a las buenas obras de la Iglesia” provenientes de “la intolerancia de algunos extremistas dentro de la izquierda política”.

En un encuentro de dirigentes de empresa católicos, el arzobispo Paul Coakley alertó contra la “plaga del relativismo” y el “eclipse de la verdad”, que están barriendo cada aspecto de la vida estadounidense, y denunció al movimiento transgénero como “una locura bienintencionada”.

El arzobispo de Oklahoma City, quien fue electo secretario de la Conferencia Episcopal de EE.UU. el mes pasado, hizo estos comentarios en la reunión del 30

*Obispo de Orihuela-Alicante, ex-Obispo de San Sebastián/España. Publicado en *Infocat* 22.12.2022.

de noviembre del *Napa Institute*, un grupo de empresarios católicos fundado “para servir como levadura en la educación, formación y creación de redes de católicos” en respuesta a la creciente secularización de la cultura estadounidense y al creciente rechazo de las raíces cristianas de la nación. El discurso del arzobispo se tituló “El transgenerismo y el eclipse de la verdad”.

El arzobispo Coakley dijo: “Vemos la plaga del relativismo en casi todos los aspectos de la vida. En la política hablamos de hechos alternativos, en la educación [se da] este énfasis en las perspectivas igualmente válidas, y lamentablemente a veces incluso en la Iglesia, con la presión para cambiar su doctrina moral, especialmente su ética sexual. No hay prueba más contundente de que vivimos en una cultura donde la experiencia y el deseo eclipsan la verdad, que el movimiento transgénero”.

Coakley señaló los pasos graduales que llevaron a la actual ola de propaganda LGBT, comenzando con la revolución sexual de la década de 1960, la aceptación y práctica prevaletentes de la anticoncepción, la legalización del aborto en la decisión de la Corte Suprema *Roe v. Wade* de 1973 –ahora anulada por *Dobbs v. Jackson*– y la creciente aceptación de la homosexualidad y el “matrimonio entre personas del mismo sexo”. Estos hitos culturales y morales en la sociedad estadounidense, argumentó Coakley, sentaron las bases para que la agenda LGBT se extienda hoy por la nación.

“La píldora dio la ilusión de desvincular completamente el sexo de la reproducción, alimentando la ficción de que el deseo sexual podía ser perseguido sin costos o consecuencias”, lo que resultó en la aceleración de la “rápida ruptura de la familia” y el establecimiento del aborto como un derecho constitucional por si acaso la anticoncepción fallaba, dijo Coakley.

“En 1973 la Asociación Estadounidense de Psiquiatría eliminó a la homosexualidad como una categoría de enfermedad mental”, señaló el arzobispo, estableciendo una conexión entre la homosexualidad y el relativismo moral que subyace a la ideología transgénero. “El apoyo a la homosexualidad cortó la conexión entre la actividad sexual y la diferencia innata entre los cuerpos de los hombres y los de las mujeres, convirtiendo a la orientación sexual en una elección individual basada únicamente en el deseo”, dijo.

Continuó: “Ahora el género está determinado simplemente por cómo uno se siente y cómo uno se identifica. A fin de evitar ser etiquetados como transfóbicos, estos sentimientos deben ser aceptados como los verdaderos indicadores del género y deben ser apoyados incluso hasta el punto de cirugías inalterables de ‘afirmación de género’... Las ‘identidades no binarias’ se han multiplicado y su difusión se ha generalizado. Esta ideología transgénero... se basa en una antropología falsa, defectuosa y totalmente inadecuada”.

Denunciando la locura a la que ha descendido el movimiento transgénero, Coakley declaró que “el movimiento trans está causando un gran daño a la sociedad”. El arzobispo calificó de “locura bien intencionada” a la oposición a la práctica de la “terapia de conversión”, que busca ayudar a hombres y mujeres a aceptar su sexo natural y biológico.

Coakley también defendió los derechos de los padres y la integridad de los deportes femeninos, criticando a los que “marginan a los padres a fin de proteger los así llamados derechos de género de sus hijos” y denunciando “la injusticia de los hombres que se identifican como mujeres en los deportes”.

El arzobispo advirtió que, debido a las medidas de la administración Biden y la agenda de la izquierda progresista, la Iglesia enfrenta ahora “crecientes amenazas legales” a las obras de caridad en las que está comprometida. “Las nuevas amenazas a las buenas obras de la Iglesia se deben a la intolerancia de algunos extremistas dentro de la izquierda política y su matrimonio con las formas más radicales de movimientos sociales”.

Coakley señaló que la administración Biden ha “promovido regulaciones que obligarían a los médicos y hospitales a realizar procedimientos de “transición de género” y exigirían un seguro para cubrir estos procedimientos”.

Pidiendo una respuesta pastoral auténticamente católica, basada tanto en la caridad como en la verdad, el arzobispo dijo: “Frente a todos estos peligros del movimiento trans, estamos llamados a amar y acompañar a todas las personas que luchan contra la disforia de género, especialmente porque por lo general están sufriendo un dolor inmenso”. Pero, advirtió, “si el diablo puede confundir a la sociedad sobre el sexo y el género, él oscurece nuestra comprensión del plan de Dios para la humanidad desde sus mismas raíces”.

+ MONS. PAUL COAKLEY*
Arzobispo de Oklahoma/U.S.A.

EL CARDENAL O'MALLEY AFIRMA QUE LA CIENCIA “PARECE QUE HA HECHO DESAPARECER LA ESPIRITUALIDAD”

El cardenal Seán Patrick O'Malley, arzobispo de Boston, ha asegurado durante unas jornadas teológicas en la Universidad Pontificia de Salamanca (UPSA) que la ciencia “parece haber hecho desaparecer la espiritualidad”, además de la “transcendencia”, pero “la oración, sin embargo, nos da razón de nuestra vida y llena de significado el dolor, el sufrimiento y la muerte”.

El arzobispo de Boston, cardenal Seán Patrick O'Malley (Ohio, EE. UU., 1944), ha participado en las LIV Jornadas de Teología de la Universidad Pontificia de Salamanca (UPSA), en las que ha pronunciado una conferencia titulada “Orar en un mundo que sufre”. Monseñor O'Malley ha compartido su experiencia vital y de servicio eclesial con los más de 150 participantes en las Jornadas.

Antes de la conferencia, el cardenal ha firmado en el Libro de Honor de la Universidad, en un acto en el que ha estado acompañado por el Gran Canciller de la UPSA, el obispo de Ciudad Rodrigo y de Salamanca, monseñor José Luis Retana, y la rectora, Miriam Cortés Diéguez.

En su ponencia, el cardenal Seán Patrick O'Malley, acompañado por el decano de Teología, Francisco García, y el coordinador de las jornadas, Miguel Anxo Pena,

*Publicado en *Infocat* el 22.12.2022.

ha compartido experiencias de su compromiso en defensa de la vida. Miembro de la Orden de los Hermanos Menores Capuchinos, monseñor O'Malley ha reclamado los beneficios de la oración, a pesar de los avances científicos.

“En un mundo en el que la ciencia parece que ha hecho desaparecer la espiritualidad y la transcendencia, la oración, sin embargo, nos da razón de nuestra vida y llena de significado el dolor, el sufrimiento y la muerte. Desde San Francisco podemos descubrir el sentido de estas negatividades leyendo el libro que es la misma cruz de Cristo, donde ofrece toda la historia de la humanidad, lo positivo y lo negativo, al Padre en el Espíritu Santo transformándolo en vida por la resurrección”.

Por otra parte, el purpurado estadounidense ha recordado, citando al cardenal Martini, que lo primero que hizo Jesús fue sanar a los enfermos, echar a los demonios, cuidar de los pobres y bendecir a los niños. En definitiva, las obras de misericordia. Y lo segundo fue evangelizar, dar a conocer el mensaje del Reino de Dios. “Sin embargo, *la gente solo nos creará cuando vea que nos preocupamos por ellos*”, ha advertido.

Recordando a varios maestros de la espiritualidad cristiana, *el cardenal ha invitado a la meditación asidua de los salmos y de los evangelios*, contemplando a Cristo como hombre y maestro de oración. En este sentido *ha destacado la oración del Padre Nuestro*, “donde nos revela la paternidad divina, que incluye la maternidad”.

El arzobispo de Boston ha finalizado su intervención afirmando que “la verdadera oración siempre dice sí a la voluntad de Dios, como nos muestran la vida de María y de los santos”.

+ CARD. S. P. O'MALLEY*
Arzobispo de Boston/U.S.A.

LOS REYES MAGOS Epifanía del Señor

La fiesta de la Epifanía, que celebramos este domingo, es conocida también como el día de los Reyes Magos. Sabemos por los evangelios que los primeros a quienes Dios les revela el nacimiento de Jesús eran pastores, gente sencilla del pueblo de Israel (*Lc 2,8-20*). En cambio, los magos a quienes hace referencia la fiesta de hoy eran hombres de ciencia y sabiduría y provenían de otros pueblos. Ellos se pusieron en camino guiados por una estrella que, según sus conocimientos, anunciaba el nacimiento del rey de los judíos (*Mt 2,1-2*). Con esta fiesta, entonces, la Iglesia celebra la manifestación de Jesús a todas las naciones, es decir que Jesús no vino solo a salvar al pueblo de Israel sino que la salvación que Él ofrece es universal, la ofrece a todos, porque como dice san Pablo “Dios no hace acepción de personas” (*Rom 2,11*) sino que, como nos lo transmite san Mateo, “hace salir su sol sobre malos y buenos, y manda la lluvia sobre justos e injustos” (*Mt 5,45*).

*Publicado en *Infocat* el 27.10.2022.

Es posible que los magos conocieran el anuncio que bastantes siglos antes había hecho Balaán, que tampoco formaba parte del pueblo judío: “Avanza una estrella de Jacob y surge un cetro de Israel”. Según esta profecía, de Israel surgirá un rey al que se someterían todos los pueblos (*Num* 24,14-24). En consonancia con ese anuncio y la peregrinación de los magos de Oriente hasta Belén, a lo largo de los siglos la Iglesia ha interpretado que la estrella que los guio simboliza al mismo Jesús, cuyo nacimiento también había sido profetizado ocho siglos antes por Isaías en Jerusalén: “El pueblo que caminaba en las tinieblas vio una luz grande; habitaba en tierra y sombras de muerte, y una luz les brilló... porque un niño nos ha nacido, un hijo se nos ha dado y lleva a hombros el principado” (*Is* 9,1-5). En esta fiesta de la Epifanía, entonces, celebramos que Jesús es esa luz que nace de lo alto y ha venido a iluminar y dar vida eterna a todos los hombres que habitan en este mundo: varones y mujeres, ricos y pobres, sabios o no, de todos los pueblos y culturas. Así lo afirmó Él mismo: “Yo soy la luz del mundo; el que me sigue no camina en tinieblas, sino que tendrá la luz de la vida” (*Jn* 8,12).

Como hace unos años dijo el papa Benedicto XVI: “El mundo, con todos sus recursos, no es capaz de dar a la humanidad la luz para orientarla en su camino... Pero la Iglesia, gracias a la Palabra de Dios, ve a través de estas nieblas... y ofrece la luz del Evangelio a todos los hombres de buena voluntad” (*Angelus*, 6.I.2012). Es la misión que Jesús encomendó a sus discípulos desde los inicios: “Ustedes son la luz del mundo... Brille así su luz ante los hombres, para que vean sus buenas obras y den gloria a su Padre que está en los cielos” (*Mt* 5,14-16). Jesús es la luz del mundo. Él ha venido a iluminarnos la verdad sobre Dios y sobre nosotros los hombres. Dios es amor, esta es la luz que ilumina nuestra vida y que en esta fiesta de la Epifanía nos invita a no caminar en las tinieblas del pecado y de la muerte, sino a dejarnos amar gratuitamente por Él para que también nosotros podamos amar a todos y, de esa manera, ser reflejo de su luz para que todos los pueblos puedan llegar al conocimiento de la verdad y, acogiéndola, alcanzar la vida eterna.

† JAVIER DEL RÍO ALBA*
Arzobispo de Arequipa

*Publicado *En Camino*, Boletín del Arzobispado de Arequipa, Año 17, N° 753, 6 de enero de 2023.

CARDENAL SARAH: “SI LOS SACERDOTES YA NO HABLAN DE LA VIDA DESPUÉS DE LA MUERTE, SE VUELVEN INÚTILES”

“¿Si buscáramos a Cristo! Tal vez seríamos mal vistos y crucificados por los medios de comunicación, pero entonces seríamos realmente discípulos de Jesús”.

En los días previos a Navidad, todavía vivía Benedicto XVI, la revista *Valeurs actuelles* realizó una extensa entrevista al Cardenal Sarah. Este verano el Cardenal fue polémica en Francia porque la revista Paris Match se atrevió a ponerlo en su portada, una muestra más de que sus libros no dejan indiferentes. La publicación del último libro, *Catecismo de la vida espiritual* también ha generado debate.

En la entrevista responde con paz y con Verdad a numerosas cuestiones: el fin de los días, la identidad, el cristianismo, las raíces cristianas... También con valentía, especialmente para un público francés, el laicismo, la inmigración, los escándalos sexuales o la reforma litúrgica que sigue creando confusión.

Merece la pena *toda la entrevista*, destacamos algunas de las respuestas sobre fe, cultura y misión del cristiano en la sociedad que le ha tocado vivir

RAÍCES CRISTIANAS DE OCCIDENTE

En las sociedades europeas, la Navidad está desapareciendo en favor de las “fiestas de fin de año”, un signo entre otros de una voluntad de borrar las huellas visibles del cristianismo. ¿Cómo analiza el malestar de los europeos frente a su identidad?

Toda la civilización europea está impregnada de cristianismo. Por un fenómeno curioso, Occidente parece querer renegar de su identidad. Como un adolescente en crisis que no asume ni su nombre ni sus raíces, Europa trata en vano de convencerse de que viene de la nada, que se construyó sin recibir el aporte fecundo y decisivo del cristianismo. Esta actitud le parece patética, inmadura y suicida al resto del mundo. ¡Estar avergonzado de lo que se es es una enfermedad mental! Europa solo será verdaderamente ella misma si se reconoce cristiana. Ni siquiera es necesario tener fe personalmente para admitirlo. Queremos celebrar la Navidad, iluminar las calles, darnos regalos, pero ¿para qué alegrarnos si no hay una causa? ¿Si no es porque Dios, que es la luz verdadera, viene a librarnos de nuestras tinieblas y salvarnos naciendo como un niño en un pesebre? La Navidad sin Cristo, sin Jesús en el pesebre, es un cascarón trágicamente vacío que el consumismo intenta llenar con su oropel y su vulgaridad.

¿Cómo reencontrar el sentido original de la Navidad en una sociedad hiperconsumista?

En Navidad celebramos a Dios que se hace niño, accesible, frágil, ¡tan pequeño! ¿Quién no se dejaría conmovir por el pesebre? Para redescubrir el significado de

la Navidad, basta contemplar el pesebre en silencio. Entonces surgirán en nuestros corazones estos sentimientos de dulzura, de acción de gracias, de adoración y de inocencia. Entonces nacerá en nosotros el aprecio por la pobreza, la sencillez y el silencio. Luego, observaremos con sorpresa y disgusto la solicitud llamativa de los anuncios y el frenesí del consumo que, por un momento, tal vez nos había fascinado. ¡Miremos el pesebre! ¡Este es el único remedio!

¡Ninguna civilización tiene la promesa de la vida eterna! ¡Sí, el Occidente cristiano puede morir si renuncia a su alma y a su fe en Cristo Jesús! ¡Sin fe, Occidente es un cuerpo sin alma, es decir un cadáver!

Bajo los golpes de los invasores bárbaros, secciones enteras del cristianismo de la Antigüedad desaparecieron otrora en el norte de África y en Asia Menor. De ahora en adelante, la barbarie materialista está en los corazones y los espíritus. Puede ser que el cristianismo europeo sea finalmente reducido a una minoría muy pequeña, tolerada si calla, perseguida si se atreve a hablar. Entonces los cristianos serán quizás verdaderos discípulos de Cristo crucificado: odiados y despreciados por el mundo. Pero no se puede desear una situación así. Porque los más débiles y los más temerosos ya no se atreverían a anunciar ni a expresar su fe.

El cristianismo europeo también puede despertarse y muchos signos parecen indicarlo. En el corazón del desierto espiritual de la sociedad contemporánea, vemos formarse oasis que reúnen a las familias en torno a parroquias vivas y monasterios fervorosos. Estos cristianos sin complejos se esfuerzan por vivir generosamente una vida cristiana exigente. Ellos causan mi admiración. Rezan, están atentos a la calidad de su formación catequética, evangelizan y se ponen al servicio de los más abandonados.

Hace poco leí un estudio que indica que, si bien se puede hablar de un verdadero suicidio demográfico de Europa, los creyentes son los únicos que todavía crean familias numerosas. Este es para mí un signo muy claro: sin la confianza en un Dios bueno y paternal, se pierde el deseo mismo de la vida y de la fecundidad. Si el niño no es recibido como un don de Dios, entonces se convierte en una carga, un obstáculo en la búsqueda de una vida material cómoda. Si la fe en Dios no nos nutre de esperanza, ¿para qué querer engendrar? ¿No vemos hoy en día a ecologistas radicales sin fe en Dios predicar con resignación la necesidad de la extinción de la especie humana e invitar con convicción a dejar de dar la vida a los niños?

LA VIVENCIA RADICAL DEL CRISTIANISMO EN ÁFRICA O ASIA

En otras regiones del mundo, el cristianismo está progresando. ¿Cómo explicar esta diferencia? ¿Cuál es la receta de los cristianismos asiático o africano?

Tanto en África como en Asia, los cristianos a menudo arriesgan su vida por su fe. Como los primeros cristianos, a menudo eligen vivir la pobreza evangélica y tomar en serio las exigencias de las enseñanzas de Dios. No están anestesiados por la comodidad material. A veces caminan durante horas para venir a la Misa. En Occidente, queremos ser tan “espirituales” que la fe se convierte en una idea, ¡incluso en un fantasma! ¿Puede permanecer viva una fe que no es concreta, que no exige ninguna renuncia, que no cuesta nada? En África, la fe es simplemente

el corazón, el esqueleto de la vida cotidiana. No se tiene miedo de encarnarla a través de prácticas de devoción popular, a través de la oración pública o privada, el ayuno y la penitencia practicados colectivamente. En Europa, la menor expresión de fe en el espacio público es percibida como una transgresión. La laicidad puede ser algo bueno si no prohíbe la expresión pública y social de la fe. Pero a veces se convierte en una carga que nos obliga a relegar las creencias al dominio estrictamente privado. El respeto a todos no nos obliga a amputar nuestra fe tan pronto como estemos en sociedad.

INDIFERENCIA ANTE EL FIN ÚLTIMO: TAMBIÉN RESPONSABILIDAD DE LOS PASTORES

Entre nuestros contemporáneos se observa una creciente indiferencia ante la cuestión del último fin, como si ya no les preocupara lo que ocurre después de la muerte. ¿Cómo despertar este deseo de eternidad en nuestros contemporáneos?

Creo que se equivoca. Nuestros contemporáneos tienen un verdadero deseo de eternidad. Se preocupan por la vida después de la muerte. Más bien somos nosotros, sacerdotes y obispos, los que ya no les hablamos de ello. Sin embargo, eso es lo que vienen a pedirnos. Nuestras enseñanzas deben recordarnos siempre las grandes verdades del alma, del Cielo, del Infierno y del Purgatorio. Quise recordárselo con firmeza en mi último libro, *Catecismo de la vida espiritual* (Fayard). Pero es sencillo: si los sacerdotes ya no hablan de la vida después de la muerte, se vuelven inútiles. Las ceremonias fúnebres deben ser ocasiones para la predicación sistemática sobre la vida eterna y la salvación de nuestras almas. Por desgracia, se da crédito a la idea de que todos iremos al cielo. Esto no es lo que dice el Evangelio. La preocupación por la salvación, la oración por los difuntos, las almas del purgatorio son verdades centrales sin las cuales la fe carece de sentido.

LA CRISIS ESTÁ EN NO LLAMAR AL PECADO POR SU NOMBRE

Las últimas revelaciones de abusos sexuales cometidos por obispos y cardenales han dado a la opinión pública francesa la sensación de que la Iglesia es incapaz de hacer limpieza y gestionar la situación con verdadera transparencia. ¿No corre el catolicismo el riesgo de quedar definitivamente desacreditado por esta crisis de confianza?

La credibilidad de la Iglesia no descansa en la eficacia de las conferencias episcopales, ni en tal o cual obispo o cardenal como individuo humano, con sus fragilidades no suficientemente combatidas por la oración. La credibilidad de la Iglesia se basa en el Evangelio y en la divinidad de Jesús. Si hay santos que nos lo recuerden, serán creíbles. Creo que hay muchos santos entre los sacerdotes e incluso entre los obispos. Saben recordar la Buena Nueva con fuerza y credibilidad. Los santos son creíbles, ¡no estructuras administrativas! Al contrario, estas estructuras son a veces ocasiones de huida y de abandono colegial de Jesús y de su enseñanza por miedo a disgustar al público.

Es cierto que durante años hemos tenido miedo de llamar al pecado por su nombre y de castigarlo. Ya es hora de que esto termine. Hay que denunciar el

pecado. Los culpables deben ser castigados. Más que una cuestión de transparencia y comunicación, es una cuestión de coherencia con el Evangelio.

Frente al auge del Islam, ¿debería la religión católica ser más conquistadora? ¿No se corre el riesgo, en las próximas décadas, de ver cómo se trazan nuevas líneas divisorias entre religiones vivas y otras más apáticas?

No es una cuestión de competencia. Si predicas a medias y tímidamente, creas un vacío, un borrador.

El islam se extiende porque no somos misioneros ni ardientes en nuestra fe. El avance del islam revela la tibieza de los cristianos. Estoy convencido de que muchos jóvenes de familias inmigrantes esperan la Buena Nueva de Cristo. ¿Quién se atreve a llevárselo? Somos tacaños con los tesoros de la fe que hay en nosotros. No nos atrevemos a evangelizar. Tenemos miedo de que nos llamen proselitistas, o incluso fundamentalistas o irrespetuosos con otras religiones. Sin embargo, Jesús dijo: "Id por todo el mundo y proclamad el Evangelio a toda la creación. El que crea y se bautice se salvará. Quien no crea será condenado". La presencia en Europa de tantos jóvenes procedentes del mundo musulmán, desgarrados entre culturas diferentes, es un indicio de la Providencia. Tenemos el deber apremiante de ofrecerles la verdad del Evangelio con claridad y sencillez. ¿Cómo pueden amar a una Europa que solo es un vasto mercado de consumo? Solo pueden respetar y amar a una Europa cristiana y orgullosa de su fe.

CAMINO ALEMÁN Y MUNDANIZACIÓN

¿Podrían las cuestiones del matrimonio de los sacerdotes, la ordenación de las mujeres o la bendición de las uniones homosexuales crear un cisma, especialmente con la Iglesia alemana?

Seguro que has oído hablar del cuento de Andersen, *El traje nuevo del emperador*: un día, unos sinvergüenzas convencen a un rey de que van a hacerle un suntuoso traje, hecho de un material que solo pueden ver las personas inteligentes. Por supuesto, el rey no ve nada, pero no se atreve a decirlo y finge contemplar ese tejido inexistente. Luego desfila por la calle vistiendo esta pseudorropa. Nadie ve nada. Pero nadie se atreve a decirlo por miedo a parecer idiota. Así que todo el mundo, con una prisa ridícula, aclama al rey que desfila semidesnudo. Pero de repente, un niño inocente se atreve. Grita: "¡El rey está desnudo!". Y entonces todo el mundo dice: "Si ese niño tiene el valor de decirlo, ¿por qué yo no?". La Iglesia es ese niño que se atreve ir a contracorriente, que se atreve a denunciar el fraude. Quieren hacernos creer que no es "correcto", ni "inteligente" ir en contra de las ideas de moda. La Iglesia se atreve a decir que la modernidad expone al hombre, no lo hace crecer, lo ridiculiza. Degrada al hombre y lo sitúa por debajo de un animal. Para denunciar todo esto, la Iglesia necesita el valor y el candor de un niño. Para ser ella misma, la Iglesia debe tener el valor de preservar la inocencia de la infancia. Me temo que en Alemania las estructuras eclesíásticas han envejecido los corazones, como dice el Papa Francisco. Me temo que allí ya no quedan almas infantiles capaces de gritar ante la modernidad: "¡El rey está desnudo!".

¡Si buscáramos a Cristo! Tal vez seríamos mal vistos y crucificados por los medios de comunicación, pero entonces seríamos realmente discípulos de Jesús.

Lo que está ocurriendo en Alemania es aterrador. Es una tentación a abandonar el Evangelio, una tentación a la apostasía. La Iglesia allí es demasiado rica, demasiado dependiente del Estado, demasiado atada al mundo. Ya no se atreve ir a contracorriente. Cree que copiando a los protestantes, que bendicen las uniones entre personas del mismo sexo y nombran pastoras a mujeres, tendrá éxito. Sin embargo, ¡estas comunidades protestantes alemanas apenas tienen vocaciones ni seguidores! ¿Qué buscamos? ¿Qué buscan? ¿Popularidad mundana? ¡Si buscáramos a Cristo! Tal vez seríamos mal vistos y crucificados por los medios de comunicación, pero entonces seríamos realmente seguidores de Jesús. Hago un llamamiento a mis hermanos obispos de Alemania: ¡no tengáis miedo del Evangelio, no tengáis miedo de la Cruz, no tengáis miedo de ser pobres y renunciar a las subvenciones estatales, no tengáis miedo de ser criticados! Esta es la única manera de seguir auténticamente a Jesús: subir con él al Calvario.

VIDA MONÁSTICA

En Francia disminuye la práctica religiosa, pero se renueva el interés por las peregrinaciones y la vida monástica: ¿cómo ve esta paradoja?

Los monasterios y las peregrinaciones son oasis en el desierto. Allí se experimenta un cristianismo que abarca toda la vida y no es solo un "suplemento espiritual para los domingos". Estoy convencido de que unos días de retiro en un monasterio son inmensamente beneficiosos. Demuestra lo necesario que es volver a poner a Dios en el centro. Cuánta adoración, silencio y sobriedad de vida son las condiciones de unas relaciones pacíficas y amables.

Los monasterios son centros de civilización porque son fuegos de adoración. El futuro de la Iglesia y de su misión se encuentra en los monasterios, porque en ellos Dios se revela como el único bien*.

*Cardenal Sarah en entrevista con *RomeReports* (2020). (*Valeurs actuelles/InfoCatólica*), domingo 15 de enero de 2023.

ACTUALIDADES

1. ¿CRIMEN DE PENSAMIENTO?

- VOLUNTARIA PROVIDA ARRESTADA EN REINO UNIDO ACUSADA DE “ORACIÓN MENTAL” CERCA DE UN ABORTORIO

Arrestada y cacheada, incluso a través de su cabello, después de rezar en silencio en una zona de exclusión. Las autoridades consideran criminalizar la oración cerca de abortorios en todo el país. Los defensores del aborto parecen tener mucho más claro el poder de la oración más que muchos cristianos.

Isabel Vaughan-Spruce, directora de la organización March for Life en el Reino Unido y voluntaria que apoya a mujeres en crisis de embarazo, fue detenida por la policía frente a una clínica de abortos en Birmingham.

Fue arrestada y acusada de cuatro cargos después de que le dijo a la *policía que “podría” estar rezando en silencio*, cuando le preguntaron por qué estaba parada en una calle pública cerca de un centro de aborto.

La nueva ley aprobada por las autoridades de Birmingham criminaliza a las personas que se considere que “participan en cualquier acto de aprobación o desaprobación o intento de acto de aprobación o desaprobación” en relación con el aborto, incluso a través de “medios verbales o escritos, oración o asesoramiento”.

“Es aberrantemente injusto que me registraran, detuvieran, interrogaran y acusaran simplemente por rezar en la intimidad de mi propia mente. Las zonas de exclusión pretenden prohibir el acoso, que ya es ilegal. Nadie debería ser objeto de acoso. Pero lo que yo hice estuvo muy lejos de ser perjudicial: estaba ejerciendo mi libertad de pensamiento, mi libertad religiosa, en la intimidad de mi propia mente. Nadie debería ser criminalizado por pensar y rezar en un espacio público del Reino Unido”, declaró Isabel Vaughan-Spruce tras su detención por rezar en silencio.

Sin embargo, Vaughan-Spruce no llevaba ningún cartel y permaneció en completo silencio hasta que los policías la abordaron y le mostraron algunas fotos de ella misma afuera de la clínica de abortos, preguntándole si estaba rezando.

“Mi fe es una parte fundamental de lo que soy, así que a veces me paro o camino cerca de una clínica de abortos y oro por este tema. Esto es algo que he estado haciendo casi todas las semanas durante los últimos 20 años de mi vida. Rezo por mis amigas que se han hecho un aborto y por las mujeres que están pensando en hacérselo ellas mismas”, expresó Vaughan-Spruce.

¿UN “DELITO DE PENSAMIENTO”?

Vaughan-Spruce había permanecido cerca del abortorio mientras estaba cerrado, en tres ocasiones, en las que dice que “podría” haber estado rezando.

Durante su estancia en comisaría, se le mostraron fotografías suyas en el exterior del abortorio. Dijo que no podía recordar de las fotos si estaba rezando en esos momentos específicos, o si estas habían sido tomadas en momentos en que estaba distraída y pensaba en otras cosas, como su almuerzo. Sostiene que todos sus pensamientos eran igualmente pacíficos e imperceptibles y que ninguno debería ser penalizado.

“La experiencia de Isabel debería preocupar profundamente a todos aquellos que creen que merece la pena proteger nuestros derechos fundamentales, que tanto nos ha costado conseguir. Resulta verdaderamente asombroso que la ley haya concedido a las autoridades locales una discrecionalidad tan amplia e irresponsable, que ahora incluso los pensamientos considerados ‘erróneos’ pueden conducir a una detención humillante y a una acusación penal”, ha declarado Jeremiah Igunnubole, asesor jurídico de ADF UK, la organización legal que apoya a Vaughan-Spruce.

“Una democracia madura debería ser capaz de diferenciar entre una conducta delictiva y el ejercicio pacífico de derechos constitucionalmente protegidos. Isabel, una mujer de buena reputación y que ha servido incansablemente a su comunidad prestando asistencia caritativa a mujeres y niños vulnerables, no ha recibido mejor trato que un delincuente violento. El reciente aumento de la legislación y las órdenes sobre zonas de seguridad es un momento decisivo en nuestro país. Debemos preguntarnos si somos un país auténticamente democrático comprometido con la protección del ejercicio pacífico del derecho a la libertad de expresión. Corremos el grave riesgo de entrar como sonámbulos en una sociedad que acepta, normaliza e incluso promueve la tiranía de la mayoría”, continuó.

Como parte de sus condiciones para la libertad bajo fianza, a Vaughan-Spruce se le dijo que no debía ponerse en contacto con un sacerdote católico local que también participaba en el trabajo a favor de la vida, una condición que se retiró posteriormente.

La policía también impuso restricciones, como parte de su libertad bajo fianza, para que Vaughan-Spruce rezara en público fuera de la zona de la PSPO, declarando que esto era necesario para evitar nuevos delitos.

OPINIONES PROVIDA BAJO ATAQUE

Vaughan-Spruce es directora de March for Life en el Reino Unido y lleva muchos años trabajando como voluntaria en apoyo de las mujeres con embarazos en crisis.

“He dedicado gran parte de mi vida a apoyar a las mujeres con embarazos en crisis con todo lo que necesitan para tomar una decisión empoderada sobre la maternidad. También me dedico a apoyar a mujeres que han abortado y luchan contra las consecuencias de ello. Me he acercado a muchas de las mujeres a las que he podido ayudar a lo largo de los años, y me rompe el corazón saber que tantas más pasan por esto cada día”, explica Vaughan-Spruce.

“Mi fe es una parte central de lo que soy, así que a veces me paro o camino cerca de un centro abortista y rezo sobre este tema. Es algo que he hecho prácticamente todas las semanas durante los últimos 20 años de mi vida. Rezo por mis amigas que han abortado y por las mujeres que están pensando en hacerlo”, continuó.

Su detención se produce tras otro incidente reciente en Bournemouth, donde las autoridades locales ordenaron a una mujer que se marchara por rezar, incluso fuera de la zona de exclusión local. Más información.

El año pasado, una abuela de Liverpool anuló con éxito su acusación por motivos de derechos humanos tras ser detenida y multada por rezar en silencio cerca de un centro abortista en un paseo durante el cierre. Más información.

WESTMINSTER SOPESA NACIONALIZAR LAS ZONAS DE CENSURA ANTE LA PREOCUPACIÓN POR LOS DERECHOS HUMANOS

En Westminster, los parlamentarios están estudiando legislación para introducir zonas de censura en Inglaterra y Gales. La cláusula 9 del proyecto de ley de orden público, actualmente en debate parlamentario, prohibiría a los voluntarios provida “influir”, “aconsejar”, “persuadir”, “informar”, “ocupar espacio” o incluso “expresar su opinión” en las inmediaciones de un centro abortista.

Quienes incumplan la normativa podrían enfrentarse a penas de hasta dos años de cárcel.

Una revisión gubernamental de 2018 sobre el trabajo de los voluntarios provida fuera de los centros abortistas descubrió que los casos de acoso son raros, y la policía ya tiene poderes para procesar a las personas que participan en tales actividades. Se descubrió que las actividades más comunes de los grupos provida eran rezar en silencio o en silencio, u ofrecer folletos sobre el apoyo caritativo disponible para las mujeres que quisieran considerar opciones alternativas al aborto*.

- **MULTAN A UN HOMBRE POR REZAR EN SILENCIO POR SU HIJO ABORTADO HACE 22 AÑOS ANTE EL ABORTORIO DONDE MURIÓ**

Las autoridades locales han multado a un padre y veterano militar por “rezar por hijo fallecido” cerca de un centro abortista en Ophir Road, Bournemouth. Es la segunda ocasión en que ocurre semejante atentado contra el sentido común y la libertad religiosa en el Reino Unido.

Smith-Connor *permaneció quieto y en silencio en la vía pública durante unos minutos* antes de ser abordado por “agentes acreditados de seguridad comunitaria”. Estaba de espaldas a la clínica para respetar la intimidad del personal y de los asistentes al abortorio. Las imágenes de video muestran a los agentes del ayuntamiento preguntándole qué estaba haciendo. *Smith-Connor les informó de que estaba “rezando por mi hijo, que ha fallecido”.*

Desde el 13 de octubre de 2022 *se aplica una zona de censura o “zona tampón”*. La zona fue implantada por las autoridades locales mediante una Orden de Protección de Espacios Públicos (PSPO, por sus siglas en inglés) que penaliza la realización de “un acto” o incluso “intento de acto” de “aprobación/desaprobación, con respecto a cuestiones relacionadas con los servicios de aborto, por cualquier medio. Esto incluye, entre otros, medios gráficos, verbales o escritos, oración o asesoramiento” en los alrededores de un centro abortista. *La PSPO prohíbe además los actos religiosos, incluida la lectura de las escrituras o persignarse.*

A Smith-Connor se le ha impuesto una multa en virtud de la PSPO. El Consejo declaró en su correo electrónico que *la multa se basa en su declaración de que había estado “rezando por su hijo, que ha fallecido”.*

ADF Reino Unido apoya a Smith-Connor y ha contratado a un equipo jurídico para que impugne la multa.

“Nadie debería ser criminalizado por lo que cree, y menos cuando expresa sus creencias en silencio, en la intimidad de su propia mente. Al igual que en el caso de *Isabel Vaughan-Spruce el mes pasado*, Adam podría ser procesado ahora por tener pensamientos, y elevar esos pensamientos a Dios en oración, dentro de una zona

*Publicado en *Infocat* 22.12.2022.

de censura. La rápida proliferación de órdenes que criminalizan a voluntarios como Adam e Isabel debería ser una *llamada de atención para todos aquellos que valoran la libertad de expresión –incluso la libertad de pensamiento–*, independientemente de sus opiniones sobre el aborto”, ha declarado Jeremiah Igunnubole, asesor jurídico de ADF UK, la organización legal que apoya a Adam Smith-Connor.

SANCIONES POR REZAR

Al enterarse de que Smith-Connor rezaba por su hijo fallecido, el funcionario municipal respondió: *“Lamento su pérdida. Pero en última instancia, tengo que seguir las directrices de la Orden de Protección del Espacio Público, para decir que estamos en la creencia de que usted está en violación de la cláusula 4a, que dice acerca de la oración, y también los actos de desaprobación ...”*. Cuando Smith-Connor intervino: *“Solo estoy de pie rezando”*; ella respondió de nuevo: *“Lo entiendo. Pero la PSPO está en vigor por una razón y tenemos que cumplir esas normas”*.

Reflexionando sobre la sanción, Smith-Connor dijo:

“Hace 22 años llevé a mi ex novia en coche a un centro y pagué para que abortara. Fue un momento crucial en mi vida. Las consecuencias de mis actos de aquel día volvieron a afligirme años después, cuando me di cuenta de que había perdido a mi hijo Jacob por un aborto que yo había pagado. Hace poco, me planté frente a un centro similar y recé a Dios por mi hijo Jacob, por otros bebés que han perdido la vida a causa del aborto, por sus familias en duelo y por el personal de las clínicas abortistas”.

“Nunca me habría imaginado estar en situación de arriesgarme a tener antecedentes penales por rezar en silencio. En el pasado, asistí a abortos en el hospital como parte de mi formación médica en el ejército, pero ahora rezo por quienes practican abortos porque me doy cuenta de lo perjudicial que es el aborto para las mujeres y las familias, y de que cada vida humana es valiosa, por pequeña que sea. Sobre todo, me mueve a rezar lo que le ocurrió a mi hijo Jacob”, continúa*.

2. CAMPAÑA “PLEASE DON’T LEAVE US BEHIND” DE DOWN SYNDROME IRELANDS. LA LEY FUE APROBADA EN 2019

HOSPITAL IRLANDÉS REPORTA QUE EL 95% DE LOS BEBÉS CON SÍNDROME DE DOWN SON ABORTADOS

El hospital dice que es elección de los padres, que ellos son neutros en la prescripción.

Hace seis meses numerosos activistas provida en Irlanda alertaban del *elevado número de bebés con síndrome de Down que son abortados*. Empiezan a llegar las evidencias. Alrededor del 95 por ciento de los padres cuyos bebés son diagnosticados con síndrome de Down en el Hospital Rotunda de Dublín optan por abortar, según el director del hospital.

*Publicado en *Infocat* 20.01.2023.

Según informa *The Irish Times*, el profesor del Hospital Rotunda, Fergal Malone, afirmó que el hospital se esfuerza por ser neutro en su asesoramiento a los padres afectados.

“El 95 por ciento de los que eligen ese camino toman esa decisión ellos mismos. No abogamos mucho por la terminación”, dijo. Aunque “la realidad es que la gran mayoría opta por terminar. No tengo una opinión sobre si eso es lo correcto. No abogamos por eso, esa es solo la experiencia vivida”.

Aunque el riesgo de síndrome de Down se puede identificar a las nueve semanas de embarazo, la confirmación del diagnóstico suele tardar unas 12 semanas, que es el límite para la mayoría de las interrupciones según la legislación irlandesa introducida en 2019.

El síndrome de Down, a menos que se acompañe de otra afección que limite la vida, no es una anomalía fetal fatal según la legislación, por lo que las mujeres afectadas que buscan una terminación después de las 12 semanas tienen que viajar al extranjero para el procedimiento, como también indica Paul Collen en el mismo diario.

Según Down Syndrome Ireland, un bebé con síndrome de Down nace de cada 444 nacimientos. El Rotunda dijo en 2018 que cada año nacían en el hospital entre 20 y 25 bebés con síndrome de Down.

Con más mujeres que retrasan tener bebés y un mayor acceso a los tratamientos de fertilidad, más de una cuarta parte de las madres que dan a luz en la Rotunda ahora tienen más de 35 años, dice.

Además de otras consideraciones, un medio tan poco sospechoso como el *New York Times* ponía de manifiesto que algunas de las pruebas de cribado prenatal más comunes no son tan fiables como a menudo se hace creer a los padres, y que muchos bebés sanos podrían estar siendo abortados por falsos positivos*.

3. SÍNDROME DE DOWN Y ABORTO

Varias cartas y columnas, entre ellas la de Carlos Peña, se han publicado en este mismo medio expresando preocupación porque se permita el aborto de no nacidos con trisomía 21 o síndrome de Down. El origen de estos textos tiene que ver con la sentencia de la Court of Appeals (Second District) que, con fecha 25 de noviembre de 2022, rechazó el cuestionamiento de la ley británica que permite el aborto incluso después de las 24 semanas si “existe un riesgo sustancial de que, si el niño naciera, sufriera anomalías físicas o mentales tales que resultará gravemente discapacitado”.

Las recurrentes fueron Heidi Crowter, una mujer de 27 años con síndrome de Down, y Maire-Lea Wilson, madre de un niño con el mismo síndrome, que asegura fue presionada durante la 34ª semana de su embarazo cuando se detectó que su hijo venía con trisomía 21. Ambas apelantes invocaron que la legislación se oponía a la Convención Europea de Derechos Humanos, principalmente a los arts. 8: derecho a la vida privada sin interferencias, y 14 que prohíbe la discriminación. También se alegó violación al art. 2 que contiene el derecho a la vida, pero la Corte lo desechó por considerar que el feto para la Corte Europea no tiene

*Publicado en *Infocat* 26.12.2022.

derechos. Nada se cita en apoyo de esta afirmación, aunque la Corte Europea nunca se ha pronunciado sobre el estatus del no nacido.

Los tres jueces suman sus votos a la opinión expresada por el vicepresidente Lord Justice Underhill, quien concluye que no hay violación ni al art. 8 ni al art. 14 de la Convención Europea. Pero señala que “no tengo dificultad en aceptar el testimonio de la Sra. Carter y su madre y de la Sra. Lea-Wilson que encuentran ofensivo e hiriente que la ley permita el acceso sin restricciones al aborto de fetos que corren el riesgo de nacer con discapacidades graves, y que lo ven como un mensaje de que la vida de las personas discapacitadas tiene menos valor”, y que lo mismo podrían sentir otras personas con síndrome de Down. Añade que restringir esta forma de aborto no es misión de la Corte, sino del Parlamento.

La jueza Thirlwall agrega que se trata de un derecho de la mujer: “Ella está en una posición única para tomar la decisión. A mi juicio, la decisión de una mujer de abortar en esa situación no tiene el efecto de estigmatizar a los discapacitados”.

Pero que sea un derecho de la mujer no implica que no estigmatice a los discapacitados. Lo que se consigue con esta forma de aborto es que no vengan al mundo personas con síndrome de Down, es decir, seres humanos con discapacidad que para el sistema legal no merecen nacer y quedan sujetos a la voluntad de la madre. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU informó que “considera preocupantes las percepciones de la sociedad que estigmatizan a las personas con discapacidad como personas cuya vida tiene menos valor que la de los demás... Los derechos de la mujer a la autonomía sexual y reproductiva deben respetarse sin legalizar el aborto selectivo por motivos de deficiencia fetal”.

Por la aplicación indiscriminada del aborto ya casi no se ven personas con síndrome de Down en Europa. Esto no sucede en Chile y muchas personas con síndrome de Down llegan al mundo y son un regalo maravilloso para padres y hermanos. Nuestra ley en esto es mucho más restrictiva, ya que dispone que se legaliza el aborto cuando “el embrión o feto padezca una patología congénita incompatible con la vida extrauterina independiente”. El síndrome de Down no es incompatible con la vida extrauterina independiente. Es de esperar que no se legisle para ampliar esta causal.

Se constata que el derecho a la vida del concebido no nacido está siendo anulado por una preeminencia absoluta de la autonomía reproductiva de la mujer. En el caso del síndrome de Down se trata de una eugenesia temprana que impone criterios selectivos para evitar nacimientos de personas con discapacidad, lo que es inhumano y recuerda prácticas del régimen nazi.

Heidi Craver anunció que llevará el asunto a la Corte Suprema británica. Declaró que “enfrentamos la discriminación todos los días en las escuelas, en el trabajo y gracias a esta decisión los jueces han considerado válida la discriminación en el seno materno”.

HERNÁN CORRAL T.*

*Abogado, doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Civil, Universidad de los Andes, reconocido autor de numerosas obras de su especialidad.

4. CONTINÚA LA LUCHA POR LA VIDA EN ESTADOS UNIDOS

EL TRIBUNAL DE APELACIONES BLOQUEA EL MANDATO DE JOE BIDEN QUE INTENTA OBLIGAR A LOS MÉDICOS CRISTIANOS A PRACTICAR ABORTOS

Numerosos médicos cristianos en Estados Unidos alzan su voz para oponerse y detener las leyes de Biden, que obligan a todos los profesionales de la salud a realizar cirugías de cambio de sexo y abortos.

Un tribunal federal de apelaciones ha bloqueado permanentemente el controvertido mandato de Joe Biden que intenta obligar a los médicos cristianos a matar bebés en abortos.

Líderes médicos cristianos dieron la voz de alarma sobre un nuevo mandato proaborto de la administración Biden que podría cerrar la atención médica cristiana en todo EE.UU. Los funcionarios del Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. planeaban revocar una norma de la administración Trump que protegía a los trabajadores médicos provida de ser obligados a matar bebés no nacidos en abortos electivos.

Los abogados de Alliance Defending Freedom presentaron una demanda en la que presentaban a médicos cristianos que impugnaban dos mandatos de la administración Biden. Dicen que el mandato obliga a los trabajadores religiosos sin fines de lucro y con fines de lucro a pagar y realizar cirugías, procedimientos, asesoramiento y tratamientos que buscan alterar el sexo biológico de los pacientes y hacer abortos, acciones que violan sus creencias religiosas.

El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito anuló el mandato abortista de Biden el 26 de agosto, dictaminando que no se podía exigir a los médicos religiosos que realizaran procedimientos como el aborto que violan sus creencias.

La administración Biden tenía hasta el 25 de noviembre para apelar la sentencia y no lo hizo, lo que significa que el mandato está ahora bloqueado por ese tribunal de apelación.

Mientras tanto, en un segundo caso contra el mandato de género, un tribunal federal de apelaciones ha bloqueado hoy permanentemente el intento de la Administración Biden de obligar a médicos y hospitales religiosos a violar su conciencia, concluyendo que el plan de la Administración violaría una ley federal clave que protege la libertad religiosa.

“El gobierno federal no tiene por qué obligar a los médicos a violar su conciencia o a realizar procedimientos controvertidos que podrían dañar permanentemente a sus pacientes”, dijo Luke Goodrich, vicepresidente y consejero principal de Becket. “Se trata de una sentencia de sentido común que protege a los pacientes, se alinea con las mejores prácticas médicas y garantiza que los médicos puedan cumplir su juramento hipocrático de ‘no hacer daño’”.

En el caso *Sisters of Mercy contra Becerra*, una coalición de hospitales católicos, una universidad católica y monjas católicas que dirigen clínicas de salud para los pobres desafiaron el intento de la Administración Biden de invocar la Ley de Asistencia Asequible para obligar a médicos y hospitales a realizar ciertos procedimientos, como el aborto, que violan su conciencia.

“La victoria de hoy sienta un importante precedente en el sentido de que los profesionales sanitarios religiosos son libres de ejercer la medicina de acuerdo con su conciencia y su experimentado juicio profesional”, afirmó Goodrich. “El

intento del gobierno de obligar a los médicos a ir en contra de sus conciencias era malo para los pacientes, malo para los médicos y malo para la libertad religiosa”.

Además del caso de las Religious Sisters of Mercy, Becket también representa a los demandantes en Franciscan Alliance contra Becerra, incluida una red de hospitales religiosos patrocinada por las Hermanas de San Francisco de la Adoración Perpetua y las Asociaciones Médicas y Dentales Cristianas, defendiéndolos del mismo mandato gubernamental. Ese caso también dio lugar a una orden judicial para detener la entrada en vigor del mandato, que el Quinto Circuito confirmó en agosto de 2022.

La Administración dispone ahora de 60 días para pedir al Octavo Circuito que reexamine el caso de las Hermanas Religiosas de la Misericordia o de 90 días para apelar ante el Tribunal Supremo de EE.UU.

Las Asociaciones Médicas y Dentales Cristianas dijeron a *LifeNews* que el fin del mandato de Biden es una gran victoria para los médicos provida para proteger las creencias religiosas de los profesionales de la salud de ser obligados a realizar procedimientos de transición de género o abortos en contra de su conciencia y mejor juicio médico.

“Nadie debería verse obligado a violar su conciencia o sus creencias religiosas sinceras”, dijo el Dr. Jeffrey Barrows, Vicepresidente Principal de Bioética y Política Pública de la CMDA. “Lo más importante es que cada paciente que tratamos está mejor cuando los profesionales de la salud que están motivados por sus convicciones son libres de proporcionar una atención de calidad sin verse obligados a comprobar esas convicciones en la puerta”.

Asimismo, el Asesor Jurídico de la ADF, Jacob Reed, dijo que “todos los empleadores, incluidos los de la Alianza de Empleadores Cristianos, tienen el derecho constitucional de llevar a cabo sus negocios de una manera consistente con sus creencias religiosas profundamente arraigadas”.

La demanda explica que la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo está interpretando erróneamente y aplicando indebidamente la discriminación por razón de sexo del Título VII para obligar a los empleadores religiosos a pagar y proporcionar cobertura de seguro médico para dichas cirugías y procedimientos. Además, la demanda impugna la reinterpretación que hace el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. del término “sexo” en la legislación federal para incluir la identidad de género, obligando así a los proveedores de atención sanitaria religiosos a realizar o facilitar físicamente cirugías y procedimientos que entran en conflicto con sus creencias profundamente arraigadas*.

5. OBISPOS DE EE.UU.: “IMPLORAMOS AL PRESIDENTE BIDEN QUE RECONOZCA LA HUMANIDAD DE LOS NIÑOS ANTES DE NACER”

La semana pasada, el Presidente de EE.UU, Joe Biden, declaró que su principal prioridad legislativa después de las elecciones de mitad de mandato será la codificación (convertir en ley federal) de un derecho nacional al aborto. Ha recibido

*Publicado en *Infocat* 10-12-2022.

una respuesta y una petición por parte de la Conferencia Episcopal de la nación norteamericana.

El arzobispo William E. Lori de Baltimore, presidente del Comité de Actividades Pro-Vida de la Conferencia de Obispos Católicos de EE.UU., ha respondido al presidente enfatizando la enseñanza de la Iglesia Católica sobre la defensa de la dignidad de la vida humana:

“El Presidente se equivoca gravemente al seguir buscando todas las vías posibles para facilitar el aborto, en lugar de utilizar su poder para aumentar el apoyo y la atención a las madres en situaciones difíciles. Este extremismo de mente única debe terminar, e *imploramos al Presidente Biden que reconozca la humanidad de los niños antes de nacer* y el cuidado genuino que da la vida que necesitan las mujeres en este país.

Como pastores que lidian diariamente con los trágicos impactos del aborto, sabemos que *el aborto es un acto violento que acaba con la vida de los niños pre nacidos* y que hiere a un número incalculable de mujeres. La Iglesia católica desea seguir trabajando con nuestro gobierno y nuestros dirigentes para proteger el derecho a la vida de todo ser humano y para garantizar que las madres embarazadas y las que están criando a sus hijos reciban todo el apoyo necesario para cuidar de ellos antes y después del nacimiento”*.

*Publicado en *Infocat* 11.11.2022.

JURISPRUDENCIA

PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SERVICIALIDAD DEL ESTADO Y LEGALIDAD

INTRODUCCIÓN

El 24 de abril de 2020, el Director del Servicio Electoral (SERVEL) dictó la Resolución Exenta N° G019, con la que pone fin a la instancia del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol N° C-2/2018, y en la que aplican sanciones de multas a un grupo de personas vinculadas a un partido político, por infracción a responsabilidades administrativas referentes a la rendición oportuna de cuentas, transparencias, límites y control de gastos electorales, contenidas en la Ley 19.884, en el contexto de las elecciones generales del año 2017.

Sobre lo resuelto en el citado acto administrativo, es que en el presente trabajo abordaremos de forma crítica algunas de las consideraciones a que llegó el director del órgano administrativo para tomar la decisión final, porque creemos desde nuestra perspectiva que estas consideraciones no se ajustan a una correcta aplicación de las normas de derecho administrativo que gobiernan estos procedimientos, ni al espíritu del Derecho Administrativo Sancionador.

DETALLE DEL CASO EN COMENTO

En efecto, corresponde precisar que en el transcurso del Procedimiento Rol C-2/2018, una de las sancionadas, presentó un escrito solicitando la caducidad del procedimiento y de los cargos formulados, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 19.880, que establece un límite de 6 meses a los procedimientos administrativos, solicitud que fue rechazada en el acto final, específicamente en su Resuelvo N° 15, bajo las razones que se remite a los Considerandos N° 79, 80 y 81, los cuales se transcriben en lo sucesivo, y que serán objeto de observaciones en el presente trabajo.

“79. Que, finalmente, tratándose de la alegación de caducidad esgrimida por doña NMGT, cabe señalar, que el Reglamento que establece el Procedimiento Administrativo Sancionatorio de faltas e infracciones electorales de este Servicio, aprobado mediante Resolución O N° 122/2018, en su artículo 18 dispone que, una vez finalizado el término probatorio o practicadas las diligencias pendientes, según corresponda, el Subdirector emitirá la Resolución de Cierre de la Investigación y a partir de su notificación, no se admitirá escritos ni pruebas de ninguna naturaleza. En la especie, el Subdirector decretó el cierre de la investigación el día 07 de enero de 2020, mediante la Resolución N° G002, la cual fue notificada a la investigada con fecha 09 de enero de 2020, según consta a fojas 1008, entendiéndose que a partir de esa data no proceden alegaciones de ningún tipo en contra de resoluciones dictadas durante su tramitación.

80. Que, no obstante a lo señalado pretéritamente, y a mayor abundamiento, resulta pertinente mencionar que la Excm. Corte Suprema ha sostenido consistentemente, que para la Administración Pública los plazos establecidas en la Ley N° 19.880, no tienen el carácter de fatales, tal como señala en su Sentencia Rol N° 7.030-15. En este mismo sentido, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, contenida en los dictámenes N°s 61.059, de 2011; 20.306, de 2012; y 4.571, de 2015, ha precisado que, 'salvo disposición legal expresa en contrario, los plazos que la ley establece para los trámites y decisiones de la Administración no son fatales, toda vez que tienen por finalidad el logro de un buen orden administrativo para el cumplimiento de las funciones o potestades de los órganos públicos, y que su vencimiento no implica, por sí mismo, la caducidad o invalidación del acto respectivo, de modo que la expiración de dichos términos no impide que las correspondientes actuaciones se lleven a cabo con posterioridad a ella'.

81. Que, sin perjuicio de lo anterior, reconociendo la necesidad de un pronunciamiento en un plazo oportuno, la misma Corte Suprema ha sostenido en reiterada jurisprudencia, la procedencia del decaimiento en materia administrativa, asignándole un plazo de dos años, el cual se corresponde con el contemplado en el artículo 53 de la Ley N°19.880, ya que como consta en fojas 512 y 513, la ampliación del Procedimiento Administrativo Sancionatorio fue notificada a doña NMGT, con fecha 18 de abril de 2018, y la alegación de caducidad fue realizada el día 09 de enero de 2020”.

COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN

Como se observa, en un primer punto el Director del Servel señala que no resulta admisible alegación alguna una vez dictada la resolución de cierre de la investigación, situación que habría ocurrido en el caso en cuestión y que se funda en la regulación interna del procedimiento. La segunda postura del órgano administrativo, se refiere a que los plazos dispuestos en la ley 19.880 serían no fatales para ellos, postura que se apoya en la jurisprudencia tanto judicial de la Corte Suprema, como administrativa de la Contraloría General de la República. Por último, arguye que el decaimiento del procedimiento administrativo estaría contemplado en el artículo 53 de la ley 19.880, y que tendría un plazo de dos años. Bajo estos presupuestos, el servicio rechaza la solicitud de caducidad impetrada en virtud del artículo 27 de la ley 19.880.

Primera Observación. En este orden de cosas, queda de manifiesto en primer lugar, que el órgano decisorio no valora expresamente la argumentación vertida por la sancionada, pues no se refiere en parte alguna al artículo 27 de la ley 19.880 y su incidencia en la decisión de fondo, aun cuando lo alude indirectamente al referirse a la jurisprudencia y al contenido de este, sobre los plazos de duración de los procedimientos administrativos.

En este sentido, pensamos que la lectura de la normativa invocada hecha por el órgano administrativo, encierra una vieja doctrina difundida, la que no es fiel a una correcta apreciación del articulado de la ley de procedimiento administrativo, por cuanto ignora aspectos esenciales de la misma.

Así, resulta menester traer presente la norma impetrada, el Artículo 27 de la ley 19.880, el que dispone expresamente que: *Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.*

La simple lectura del artículo citado es perentoria, de tal suerte que da a entender que un procedimiento no puede pasarse de los 6 meses desde que inicia hasta que termina, a menos que producto de un caso fortuito o una fuerza mayor se justifique que se extienda de dicho plazo. De este modo, el sentido de la ley resulta del todo claro, por cuanto no es procedente recurrir a otra idea para consultar su espíritu, conforme lo dispone el Código Civil en su artículo 19.

Ante ello, debemos notar que según lo dispuesto por el propio legislador, para que un ente administrativo traspase el lapso señalado, este debe justificarse en un hecho fortuito o fuerza mayor, lo que por cierto, es una causal cuya calificación depende de la misma administración, o sea que queda en manos del obligado el cumplimiento de la norma, lo que en palabras del profesor Eduardo Soto Kloss *...en verdad viene a arruinar la disposición en sí misma. Y es que el estatismo que exuda esta ley no puede ocultarse, y sale a cada instante*¹, situación que se profundiza en el caso en comento, puesto que aquí el administrador ni siquiera se refirió a tal calificación, puesto que optó por ampararse en otra norma que se comentará.

Adicionado a lo anterior, y pese a la diáfana claridad con que el legislador estableció una norma prohibitiva, la doctrina y la jurisprudencia generalmente han entendido que, los plazos en la administración son no fatales, y en consecuencia el administrador no estaría obligado a declarar el término del procedimiento en virtud de dicha norma, aun cuando fuere reclamada por el administrado², siendo este el razonamiento mayoritario ante la jurisprudencia³, y el dado en el caso en cuestión, razonamiento que por lo demás, no compartimos ni comprendemos su sustento jurídico.

Segunda Observación. Por consiguiente, es necesario referirse al punto que aborda el ente administrativo sobre la regulación del procedimiento interno, que es en lo que justifica la improcedencia de la alegación del sancionado, y la extensión temporal del proceso de marras. En ese sentido, se cita un reglamento de procedimiento administrativo sancionatorio de faltas e infracciones electorales del servicio, el que se encontraría aprobado mediante la Resolución O N° 122/2018 del Servel.

La norma referida, corresponde a una Resolución Exenta del Director del Servel, por la cual se *Establece el texto refundido de Normativa Regulatoria del Procedimiento Administrativo Sancionatorio de faltas e infracciones electorales y ley de partidos políticos*, en esta, se encuentra una de las disposiciones que son decisivas en la *ratio decidendi* del acto terminal, esto es su artículo 18 que se transcribe: *Artículo 18. Informe del Subdirector: Una vez finalizado el término pro-*

¹Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (3ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2012), 332.

²Celiz Danzinger, Gabriel, *Acto y Procedimiento Administrativo* (3ª edición, Editorial El Jurista, Santiago, 2019), 173-177.

³Vergara Blanco, Alejandro, "El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones, diez años (2008-2018)", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 28, número especial, 2019. 28-29.

batorio o practicadas las diligencias pendientes según corresponda, el Subdirector dictará la Resolución de Cierre de la Investigación y, a partir de su notificación, no se admitirá escritos ni pruebas de ninguna naturaleza...

En lo referente a la aplicación de esta normativa, parece ser acertada conforme la claridad de su fórmula, aun cuando en cierto sentido también es oscura, pues de alguna manera choca con la constitucionalidad (hasta ahora vigente), específicamente con lo dispuesto por el artículo 19 N° 14 de la Constitución: *El derecho a presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.*

En orden a lo señalado, nos resulta notable que exista una normativa procesal-administrativa establecida por medio de una resolución exenta, y que por la cual, se establezca una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, al referido derecho a presentar peticiones. Por nuestra parte, nos parece que si una disposición limita a este derecho u otro en el contexto de un procedimiento administrativo, como en este caso lo hace el artículo 18 de la Resolución Exenta O N° 122, esta limitación debería encontrarse en una ley, o al menos en un decreto supremo, pero de todas maneras no debiera ser el mismo organismo que conoce del procedimiento quien lo defina, y que con esto, establezca limitaciones al ejercicio de los litigantes. Además, que dicha norma, es equiparable a aquellas que la Constitución señala en su artículo 63 N° 18, como las que fijan las bases de los procedimientos administrativos, puesto que de eso se trata la norma en cuestión, o bien podría equipararse a un reglamento para la ejecución de una ley, en el sentido del artículo 32 N° 6, y con todo esto, no se vislumbra la competencia del Director del SERVEL para emitir tal regulación, para ello, debiese encontrarse facultado según su ley orgánica de forma expresa.

Dicho lo anterior, debemos mencionar otro asunto que nos parece notable sobre dicha norma, y que es que si bien formó parte de la postura del juez administrativo a la hora de resolver el problema jurídico, no produjo sus efectos naturales, ya que de todas maneras se admitió a trámite el escrito, y se valoraron sus argumentos en el fondo de estos, al menos en parte, no produciéndose un acto inconstitucional o arbitrario, así en el caso en particular primó la aplicación de la Constitución y la Ley por sobre la norma inferior.

Tercera Observación. Como última observación a esta resolución administrativa, haremos presente que nos parece notable la interpretación de ciertas normas legales de derecho administrativo, que sirven para regular la duración de los procesos llevados cabo dentro de los aparatos de la administración, en este caso por una parte el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo, invocado por el sancionado y desechado por el sentenciador, frente al artículo 53 de la misma ley, último que ampliaría el procedimiento hasta un máximo de 2 años.

Pues bien, el artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece la invalidación de los actos administrativos en los siguientes términos: *La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto, fundando en esta disposición el razonamiento del servicio para desestimar la alegación del sancionado.*

Sobre este aspecto, creemos que para el caso en cuestión se da una situación compleja, pues la última se trata de una norma permisiva o facultativa, que confiere la posibilidad de decidir al sujeto que se le otorga dicha potestad, que es la administración, la que se prefirió frente a la norma invocada por el sancionado, la que es una norma evidentemente prohibitiva o impositiva, como lo es el artículo 27 citado, el que emplea la voz: *...no podrá exceder...*, haciendo la administración primar la norma facultativa en lugar de aquella que es impositiva.

Así, para el caso en cuestión, el administrado habría reclamado el contenido de una norma que se desechó en pos de otra, por parte del aparato público, este siguiendo una doctrina común en la jurisprudencia que es la del decaimiento del acto⁴. La situación descrita, nos parece que infringe el Principio de Legalidad, por las razones ya expuestas, y asimismo que infringe el Principio de Servicialidad del Estado, por haber el administrado reclamado una facultad que le nace de una ley, y que va en su beneficio en el contexto del procedimiento sancionatorio, siendo que en su lugar, se prefirió una norma que terminó por afectarle en su seguridad jurídica.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente, la exposición del caso recogido, a la luz de las observaciones presentadas nos permite concluir algunos puntos sobre los procedimientos administrativos, y las prácticas jurídicas que existen por estos, siendo así que, primero, la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, establece en su artículo 27 una norma que fija un límite temporal a la duración de los procedimientos que se rijan por tal ley, dicha norma, a pesar de tratarse de una norma de carácter prohibitiva, es comúnmente soslayada por la jurisprudencia administrativa, como en el caso en comento, en pos de la aplicación de una norma que es meramente facultativa, como lo es el artículo 52 de la misma ley, aun en circunstancias de que el administrado reclame su cumplimiento, esto no solo es contrario al Principio de Legalidad, sino que también contrario a la servicialidad del Estado.

ELIO SEGOVIA OLAVE*

⁴Vergara Blanco, Alejandro, *Op. cit.* 28.

*Magíster en Derecho, Universidad Católica de Chile, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Bolivariana, sede Iquique.

SOTOMAYOR CASTILLO C/MUNICIPALIDAD
DE ALGARROBO

Corte de Apelaciones de Valparaíso
(18.3.2022)

(Acción de nulidad de derecho público/fuente constitucional - régimen jurídico de derecho público - acto administrativo dictado por autoridad carente de competencia/nulo *ipso iure* - invalidación improcedente/acto ha producido todos sus efectos - funcionario sancionado dos veces por el mismo hecho/*non bis in idem*).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, dieciocho de marzo de dos mil veintidós.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada en su parte expositiva y considerativa, con excepción de los basamentos octavo y noveno que se eliminan.

Se reproducen además sus citas legales, con excepción de los artículos 686, 889, 1681 y 1682, que no se reproducen.

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE

1° Que ante el Juzgado de Letras de Casablanca se interpuso demanda en contra de la Municipalidad de Algarrobo, por la que se solicitó declarar nulo de derecho público el Decreto Alcaldicio N° 2028 de 15 de junio de 2017, que puso término al sumario administrativo incoado en contra del demandante y que impuso a este la sanción administrativa de destitución. En lo medular se sostiene que la decisión sancionadora resulta ser desproporcionada desde que por los mismos hechos materia del sumario y en un mismo procedimiento, la autoridad demandada había impuesto al actor un multa ascendente al treinta por ciento de su remuneración, la que, como ya fuera indicado, fue modificada imponiendo una sanción completamente distinta, más aún si la primitiva sanción se encontraba cumplida, por lo que, en la especie, el actor estima que existe una afectación al principio *non bis in idem* e infracción al debido proceso. Añade, que los hechos no ameritaban un castigo tan severo si en el marco de los hechos expuestos en la demanda todo se desencadenó por el hecho de haber denunciado penalmente al funcionario Erwing Yáñez Pacheco como autor de un delito de amenazas proferidas en su contra y su familia, proceso que concluyó con la absolución de este último, dando origen, a requerimiento de aquel, a la instrucción del sumario administrativo ya indicado, dispuesto por Decreto Alcaldicio N° 2610 de 4 de mayo de 2016, el que concluyó con su destitución. Refiere que el decreto alcaldicio cuestionado vulnera los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado, el principio de legalidad establecido en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 y el principio de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución citada.

2° Que en lo pertinente la Municipalidad demanda reseña que los mismos hechos que han motivado la presente demanda fueron objeto de juzgamiento en causas RIT T 19 2017 y T 22 2017 de tutela de derechos fundamentales seguidas ante el Juzgado de Letras de Casablanca, las que fueron rechazadas en todas sus partes, así como los recursos de nulidad interpuestos en su oportunidad, uno por haberse desistido el actor y el otro por haberse desestimado dicho medio de impugnación procesal; que, además, la Contraloría Regional de Valparaíso, ratificó el acto administrativo que dispuso la destitución del demandante, en razón de tener este la calidad de dirigente sindical, siendo aplicable en la especie lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.296, razón por la que el actuar de la Municipalidad se ajustó a derecho.

Corroborando los hechos que dieron origen al sumario la demandada explica que, de acuerdo con la primera vista del fiscal a cargo de la tramitación del sumario administrado de 28 de noviembre de 2016, se estableció la responsabilidad administrativa del demandante proponiéndose la medida disciplinaria de destitución por configurarse la hipótesis del artículo 123 letra e) del Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales, propuesta que fue ignorada por el Alcalde rebajando la sanción a suspensión y rebaja de remuneración, decisión que, por haber sido reclamada por el denunciante Sr. Yáñez ante la Contraloría Regional de Valparaíso, dicho entre contralor mediante Oficio N° 6211 de 20 de abril de 2014 la dejó sin efecto, ordenando aplicar la medida de destitución, conforme lo propuesto por el fiscal, o bien, disponer otra sanción menor entidad, pero mediante un acto administrativo que contuviese las razones de hecho y de derecho que la justificase, concluyendo todo con la dictación del decreto cuya nulidad de derecho público se pretende.

3° Que del examen de los antecedentes probatorios del proceso se pueden extraer los siguientes hechos, respecto de los cuales no existe controversia alguna entre las partes.

- a) Que el demandante ante el Juzgado de Garantía interpuso querrela criminal por el delito de amenazas en contra del funcionario de la Municipalidad de Algarrobo don Erwing Yáñez Pacheco, en causa RIT 591 2015 seguida ante el Juzgado de Garantía de San Antonio, proceso en el que por sentencia de 6 de julio de 2015 se absolvió al querrellado.
- b) Que por Decreto Alcaldicio N° 2610 de 4 de mayo de 2016 la Municipalidad demandada ordenó instruir sumario en contra del actor y Claudio Escudero Sáez, a fin de determinar su eventual responsabilidad administrativa por los hechos denunciados por el funcionario Yáñez Pacheco, vinculados con la querrela criminal antes referida, designándose fiscal a doña Yasna Jacomé Pastén.
- c) Que en la Vista Fiscal de 28 de noviembre de 2016 se propuso al Alcalde la aplicación de la medida de destitución del apelante, contemplada en el artículo 120 letra d) de la Ley N° 18.883, en razón de haber incurrido en la infracción contemplada en el artículo 82 letra i) de ese mismo cuerpo legal de normas.
- d) Que por Decreto Alcaldicio N° 6573 de 2 de diciembre de 2016 se aplicó al apelante la medida disciplinaria de suspensión por un mes, con goce de un

70% de sus remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes a su cargo, sanción que fue notificada el 7 de diciembre de 2016.

- e) Que por Oficio N° 33/2016 de 7 de diciembre de 2016 la Fiscal del sumario administrativo informó al Departamento de Salud Municipal que la suspensión de funciones regía desde esa fecha.
- f) Que por Decreto Alcaldicio N° 6963 de 21 de diciembre de 2016 se puso término al sumario administrativo, manteniéndose la medida disciplinaria ya aludida, acto administrativo notificado al demandante el 27 de diciembre de 2016.
- g) Que, mediante presentación de 13 de febrero de 2017, el señor Erwing Sánchez Pacheco cuestionó ante la Contraloría Regional de Valparaíso la legalidad de la sanción administrativa aplicada, Órgano que mediante Oficio N° 3780 de 10 de marzo de 2017 ordenó a la Municipalidad explicitar, por el acto administrativo correspondiente, los motivos en virtud de los cuales, dejando sin efecto la medida de destitución propuesta, decidió suspender de funciones al demandante con goce de un 70% de sus remuneraciones.
- h) Que por Oficio N° 6211 de 20 de abril de 2017, la Contraloría Regional de Valparaíso a solicitud de la Municipalidad apelada precisó de acuerdo con lo anterior que lo que correspondía era aplicar al funcionario la medida de destitución conforme lo propuesto por la fiscal, o bien, disponer una sanción de menor entidad pero mediante un acto administrativo fundado. Añade el Órgano Contralor que en lo que respecta al descuento realizado a las remuneraciones del actor, deberá estarse a lo que se resuelva en definitiva, de modo que si se confirma la medida disciplinaria de suspensión del empleo por un mes con goce de un 70% de las remuneraciones, no corresponde restituir a este nada.
- i) Que sujeto a lo anterior mediante D.A. N° 1227 de 5 de mayo de 2017, el Alcalde dejó sin efecto los Decretos Alcaldicios N° 6573 y N° 6963, ambos de 2016, disponiéndose mediante Decreto Alcaldicio N° 2028 de 15 de junio de 2017, objeto del presente recurso, el término del sumario y la ratificación de la medida disciplinaria de destitución del demandante, notificado a este el día 12 de octubre de 2017; sanción que la Contraloría, mediante Oficio 015973 de 10 de octubre de ese mismo año, ratificó.

4° Que, como puede advertirse, nada de lo cual se encuentra objetado ni controvertido, el apelante concluido el sumario administrativo mediante la dictación del D.A. N° 6573, de 2016, dio cumplimiento a la sanción administrativa de suspensión por un mes de su empleo y se le descontó de su remuneración el 30% para, más tarde, aplicársele por los mismos hechos que dieron origen al sumario administrativo la medida disciplinaria de destitución.

5° Que el apelante sostiene en su recurso y así fue reiterado en estrados que el fallo desechó la demanda sin pronunciarse sobre la legalidad de la reapertura del procedimiento sumario que concluyó con su destitución, en circunstancias que, por los mismos hechos, ya se había aplicado la sanción de suspensión por un mes y goce del 70% de las remuneraciones. Refiere que el acto administrativo tachado de nulo infringe la cosa juzgada pues pasando sobre ella en un procedimiento

ya resuelto se volvió a sancionar al actor con la medida más grave que puede aplicarse a un funcionario municipal.

6° Que previo a entrar al análisis de la cuestión de fondo propuesta en el recurso, resulta pertinente exponer algunas consideraciones relativas al fondo de la acción ejercida en estos autos y, por cuyo mérito, se pretende la declaración de nulidad del Decreto Alcaldicio N° 2028, de 2017.

7° Que en este sentido la acción de nulidad de derecho público ha sido definida como un mecanismo jurídico cuya finalidad es restar eficacia jurídica a los actos de la Administración del Estado dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. Desde el punto de vista de su fundamento la nulidad de derecho público, no obstante no encontrarse expresamente reconocida en nuestro ordenamiento legal, se sustenta en el derecho general a la acción y a la defensa jurídica contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución citada, en relación con el propio inciso 3° del artículo 7° ya citado.

8° Que en esta cuerda se debe tener en consideración que son cinco los elementos del acto administrativo, a saber, la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto, y que puede existir ilegalidad del mismo en relación a cualquiera de ellos, defecto que en el caso en examen, tal como ha sido reseñado, se ha vinculado a una vulneración a los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración del Estado y, en el caso concreto, en el marco del sumario administrativo objeto del recurso, con la aplicación de la medida disciplinaria de destitución en base a hechos anteriormente ya sancionados con la medida de suspensión y un descuento de un 30% de las remuneraciones, medida que, como fuera indicado, el demandante cumplió efectivamente.

9° Que, a su vez, tal como se ha sostenido por la jurisprudencia, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella solo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados (CS Rol 41724-17).

10° Que junto con lo anterior tampoco se puede soslayar en el presente examen que, constituye igualmente un principio que orienta la potestad sancionadora del Estado en general, la circunstancia de que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho. En el ámbito penal se sostiene que el principio *non bis in idem* "...() proscribire la duplicidad de juzgamiento y de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento..." (Rosa Gómez G., *El non bis in idem en el Derecho sancionador administrativo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 2° Sem., 2017),

lo cual obedece a una interpretación lógica pues, como la ley ha de ser estricta (principio de certeza), necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.

11° Que en lo que atañe a la materia en que incide el presente recurso, en sentencia Rol N° 224 1996 el Tribunal Constitucional ha señalado que los principios penales en la Constitución han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, añadiendo que, desde el punto de vista de su fundamento, su aplicación "...() deriva de la dignidad personal y del respeto de los derechos fundamentales que emana de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello a las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha dicho reiteradamente, no se restringe a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En este sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez un mismo hecho desafía toda noción de justicia" (STC Rol N° 2.045 y Rol N° 2.254).

12° Que a lo anterior cabe añadir que el principio que se examina, entre otras consecuencias, protege y garantiza el efecto de cosa juzgada en orden a que nadie que ya ha sido juzgado y sancionado puede ser sometido y soportar un nuevo juzgamiento por parte del poder punitivo del Estado, como también la seguridad jurídica de que solo puede existir una sola y única decisión sancionadora y no un doble juzgamiento, el que, adicionalmente, debe ser proporcional a la gravedad de la conducta imputada y la sanción aplicada, sin que los mismos hechos que han sido juzgados exacerben una nueva condena.

13° Que, de acuerdo con los antecedentes consignados en los basamentos que anteceden, la irregularidad que afecta al decreto alcaldicio materia en este proceso dice relación precisamente con el hecho que en el sumario administrativo dispuesto por la Municipalidad apelada, se impuso una primera sanción que el actor cumplió haciéndose efectiva la suspensión de cargo por un mes y el descuento dispuesto en su remuneración y, posteriormente, se impuso por los mismos hechos su destitución, quedando, en consecuencia, en evidencia un doble juzgamiento que contraviene clara y abiertamente el principio *non bis in idem* y de paso el ordenamiento constitucional, en tanto toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. No es posible preterir en este contexto que el ejercicio de la potestad punitiva de todo órgano del Estado, solo puede ejercerse de la forma establecida en la Constitución y las leyes, razón por la que en este ambiente no resulta lícito sancionar dos veces un mismo hecho, máxime si como ocurren en este caso la sanción administrativa primigenia que fuera aplicada al actor en un único sumario administrativo fue cumplida.

14° Que de lo ya razonado se desprende con total claridad que el decreto alcaldicio por medio del cual se dispuso la destitución del demandante, dictado como consecuencia de haber exigido el Órgano Contralor la exposición de la fundamentación

que condujo al alcalde de la época a reducir la sanción dispuesta en la vista fiscal por la de suspensión con goce de un 70% de las remuneraciones, importó una nueva revisión de los hechos y aplicación de una sanción administrativa distinta, en circunstancias que esos mismos hechos ya habían sido objeto de la medida disciplinaria ya indicada y que, no obstante, ser esta efectivamente cumplida por el actor, el que permaneció suspendido de su cargo por un mes y soportando un descuento en sus remuneraciones de un 30%, fue destituido.

15° Que nada obsta a la conclusión que antecede la circunstancia que en la causa laboral T 22 2017 seguida ante el Juzgado de Letras y del Laboral de Casablanca, se hubiere desestimado la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por el demandante en contra de la Municipalidad de Algarrobo, en tanto la acción ejercida allí, desde el punto de vista de su causa pedir, tuvo por objeto de desentrañar si con ocasión del despido de este se vulneraron algunos de sus derechos reconocidos y establecidos en el artículo 485 del Código del Trabajo y no establecer si el decreto que dispuso su destitución se dictó sujeto al ordenamiento constitucional y legal vigente.

16° Que, en consecuencia, que al rechazarse la demanda de nulidad de derecho público se incurrió efectivamente en un agravio, que amerita acoger el presente recurso de la forma como se dirá. Por estas consideraciones, disposiciones constitucionales y legales citadas, y lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de mayo de dos mil dieciocho, en la parte que desestimó la demanda y, en cambio, en su lugar, se acoge la demanda interpuesta por don Víctor Hugo Sotomayor Castillo, en contra de la Ilustre Municipalidad de Algarrobo y se declara nulo de derecho público el Decreto Alcaldicio N° 2028 de 13 de octubre de 2017 que ratificó la medida disciplinaria de destitución del demandante, el que queda sin efecto y, como consecuencia de lo anterior, se dispone que la demandada deberá reincorporar al demandante al servicio y proceder al pago de las remuneraciones, emolumentos y cotizaciones que correspondan por todo el tiempo que dejó de percibir las desde que se hizo efectiva la sanción disciplinaria antes indicada.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Droppelmann, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada, teniendo en consideración:

- 1° Que como fundamento de la nulidad de derecho público se alega que con lo actuado por la Ilustre Municipalidad de Algarrobo, se ha infringido el principio *non bis in idem*, toda vez que al demandante se le habrían impuesto dos sanciones administrativas por un mismo hecho; la segunda (destitución) ya cumplida la primera (suspensión por un mes).
- 2° Que el mencionado principio *non bis in idem*, con arreglo al cual una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho, para algunos (Juan Carlos Cassagne, *La Intervención Administrativa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 231) configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo (Corte Suprema N° 196 09, considerando Séptimo).

- 3° Que resulta relevante resaltar que la doble sanción denunciada se produjo en un único procedimiento, esto es, el sumario administrativo iniciado por decreto Alcaldicio N° 2610, de 4 de mayo de 2016, de la Municipalidad demandada; procedimiento regulado en el Título V de la Ley N° 18.883, al que de manera subsidiaria resultan aplicables las normas de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- 4° Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 19.880, los actos administrativos causan inmediata ejecutoriedad, de lo que se desprende que el legislador permitió que se cumplieran a pesar de que se encuentren pendientes plazos para interponer recursos en su contra, como sucedió en la especie. Esto significa que la legislación prevé la posibilidad de que se cumpla una sanción, a pesar de que esta con posterioridad pueda ser modificada; lo que permite concluir que no atenta contra de la legalidad el hecho de que se haya dejado sin efecto una sanción ya cumplida, para imponer otra más gravosa. A lo que se agrega que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; y 9° y 19 ° de la Ley Orgánica de Contraloría, la Ilustre Municipalidad de Algarrobo se encontraba obligada a cumplir lo dispuesto por Contraloría en el oficio N° 6211, de 20 de abril de 2017, a saber: dejar sin efecto la sanción disciplinaria de suspensión de funciones contenida en el decreto Alcaldicio N° 6573, de 2 de diciembre de 2016 y dictar uno nuevo, esta vez fundamentado. Sugiriendo expresamente el órgano contralor se aplicará la medida de destitución finalmente establecida.
- 5° Que de esta manera se concluye que la doble sanción aplicada por la Municipalidad de Algarrobo, no incurre en el defecto de ilegalidad, requisito imprescindible para que se declare la nulidad de derecho público del acto de que se trata, lo que justifica el rechazo de la demanda. Tampoco puede sostenerse una ilegitimidad grave y manifiesta o la existencia de un acto desproporcionado, porque la medida de suspensión debe entenderse subsumida en la de destitución que la contiene. A lo que se agrega que existiendo la posibilidad de decretarse la suspensión de la ejecución del acto administrativo primario (artículo 57 de la Ley N° 19.880), nadie lo solicitó ni fue decretado por la Contraloría; y porque no resulta razonable que el cumplimiento de una sanción inferior, inhiba al Sistema de Control previsto por el legislador, disponer la aplicación de una sanción superior.
- 6° Que, por último, el acto de destitución, por disposición del artículo 25 de la Ley 19.296, fue ratificado por la Contraloría General de la República, lo que implica que para su invalidación resultaba necesario atraerla a juicio, ya que, en la especie, resulta ser un órgano resolutivo.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante don Gonzalo Góngora Escobedo y el voto disidente, de su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso integrada por Ministro Pablo Droppelmann C., Ministro Suplente Leonardo Aravena R. y Abogado Integrante Gonzalo Góngora E. Rol N° 792-20.

COMENTARIO

Al leer el fallo *Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo* me ha venido de inmediato a la memoria el caso de *Lorena Fuentes Ramírez c/Municipalidad de Huechuraba* (Corte de Apelaciones de Santiago, 14.4.2005 confirmada por la Corte Suprema 29.6.2005, rol 1834-2005) que comentamos en esta misma *Revista Ius Publicum*, 16/2006, 235-240). Y es que se podría decir que resulta calçado: esto es aplicación de una sanción a un funcionario municipal, luego del debido procedimiento administrativo disciplinario, sanción aplicada y afinada y luego la intervención de la Contraloría, aquí Regional, no en el trámite de “registro” como en el caso de *Fuentes Ramírez*, sino por reclamación de un tercero, la cual estima que los hechos merecen la sanción de destitución y no de multa como fue la aplicada. Ante ello el Alcalde entiende que debe seguirse lo estimado por la Contraloría referida y procede por medio de un decreto alcaldicio a dejar sin efecto/invalidación la medida ya aplicada y dicta un nuevo decreto destituyendo al funcionario, actor en estos autos.

1. No entro en este comentario a la más que evidente contrariedad a Derecho del decreto alcaldicio que dejaba sin efecto un acto administrativo afinado y “ejecutoriado” y más encima sin ni siquiera existir el debido procedimiento invalidatorio (art. 53 ley 19.880), con notificación de su inicio, audiencia previa del afectado y cumpliéndose los plazos previstos en dicha norma, y si el acto terminal concluye que ha habido ilegalidad en el acto que se pretende invalidar deberá consignar no solo la invalidación de aquel sino también la devolución, con el correspondiente reajuste (IPC) de la multa pagada por el funcionario afectado y, además, que se deje sin efecto la anotación/registro de dicha sanción en el Registro de Funcionarios Públicos que lleva la Contraloría General de la República. Y no cabe duda que, estando consolidada la situación jurídica del funcionario referido, no cabía de manera alguna la posibilidad de proceder a tal invalidación desde que habiendo sido cumplida la sanción en toda su extensión había ella producido todos sus efectos jurídicos y, por lo tanto, la autoridad alcaldicia carecía de toda “disposición” (usando la terminología italiana/Alessi) sobre tal acto. Además, debe insistirse –aunque sea de paso aquí–, que los actos administrativos no solo producen derechos y obligaciones cuando son de beneficio de sus destinatarios sino, asimismo, respecto de los actos de gravamen o sanción, como en este caso. Y el principal efecto, *derecho adquirido*, que producen los actos de sanción respecto del afectado es el no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, esto es el conocido principio del *non bis in idem*, principio fundamental del derecho penal y, en general, de todo Derecho sancionador. Aquí es evidente su violación, lo que conlleva la violación del principio de igualdad “ante” y “en” el Derecho (art. 19 N° 2 CP) fundamentado todo ello en el art. 6° CP (sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado) y específicamente en su art. 7°, *todo acto en contravención a este artículo es nulo...*

2. *Sotomayor Castillo* no incide en una acción de protección, como *Ramírez Fuentes* cit. sino en la “acción constitucional de nulidad de derecho público” (como expresamente lo establece el fallo) que se interpuso en defensa de un derecho tan gravemente violado por la autoridad administrativa municipal, y que cohonestó

el tribunal *a quo* que la rechazó (Juzgado de Letras de Casablanca, 17.5.2018). Es el tratamiento que hace la Corte de Apelaciones de esta acción constitucional sobre lo que nos referimos ahora.

Sin duda, una partida (“arranque”) de caballo inglés; y no podía ser menos si el tribunal de alzada inicia su sentencia fundamentando la nulidad de derecho público muy exactamente como una “acción constitucional” y con fuente normativa en los artículos 6º y 7º, y luego en el caso específico en el artículo 19 Nº 2, puesto que los hechos configuran una evidente vulneración a la igualdad ante y en Derecho desde que se aplicaba una doble sanción por unos mismos hechos.

Al leer el inicio se esperaba que el transcurso de la “carrera” (argumentación) siguiera el mismo ritmo atendido su exacto fundamento jurídico (base constitucional), sin embargo pareciera que “el pingo” se agotó en el “arranque” y comenzó a desfallecer, acudiendo al conocido “copia y pega” (*copy paste*) sin advertir que tal ayuda lo iba a hacer retroceder a los últimos lugares con serio peligro de convertirse en un “engendro” o “mamarracho” (términos muy de moda para referirse a un desastre que es apabullante, contundente, indiscutido y vergonzoso, una “paliza”...). Lo digo porque acude el fallo para continuar en la argumentación (sin advertir que incurre en un *obiter dictum*, que pudiera haberse omitido), algo que no tiene mucho que ver con el fondo del asunto, como es que conforme al art. 13 de la ley 19.880 (inc. 2º) los vicios de procedimiento o de forma solo afectan la validez de un acto administrativo cuando recaigan en un requisito esencial del mismo y que “generen perjuicio al interesado”, porque propiamente en este caso no había “vicio de procedimiento”, ni en el primer decreto alcaldicio, de invalidación de la sanción ya cumplida y agotada plenamente en sus efectos jurídicos, ni en el segundo decreto alcaldicio de destitución, por cuanto el vicio descomunal que hubo fue que ambos decretos fueron dictados por *una autoridad que carecía enteramente de “competencia” para emitirlos*, atendido que el referido acto administrativo de sanción disciplinaria era irreversible por cumplido, afinado y agotado. Curiosamente no hay cita alguna en la parte resolutive al respecto (ausencia de competencia: art. 7º inc. 1º CP) y su considerando 9º solo cita un fallo de la Corte Suprema (rol 41.724-2017). Referir el art. 13 inc. 2º de la ley 19.880 es algo que jamás debería citarse por cuanto es de una escandalosa inconstitucionalidad, pues viola varias normas de la Constitución y además de la ley 18.575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado¹.

También yerra el fallo (consid. 9º) cuando invoca el llamado “principio de conservación”, otro injerto extranjerizante, que la Corte Suprema invoca en algunos fallos, sin asidero alguno en nuestra Constitución (léanse arts. 6º y 7º) y que contradice la propia ley 18.575 cit. (arts. 2º, 3º y 4º). ¿Cómo puede afirmarse –y sin rubor– que conserve su validez un acto administrativo o alguna de sus disposiciones que ha violado la Constitución, si esta expresamente *lo declara nulo*? Afirmar tal pretendida “conservación” y darle aún el título de “principio”

¹Vid. nuestro *La ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿Aleluya o miserere?* en Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003, Ley N° 19.880. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, también en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 323-340, espec. 337-338, ahora en *Derecho Administrativo*, tomo 2. *El acto administrativo*. Thomson Reuters. Santiago de Chile (en prensas).

es una abierta *subversión del ordenamiento jurídico* y al más alto rango; hay allí una muestra de cómo se va erosionando el Derecho con decisiones que hacen omisión flagrante de la aplicación directa de la Constitución –como lo exige su art. 6º incs. 1º y 2º– y que por la vía de fallos se ha convertido la regulación de algunos sectores de la Administración en sectores regulados por fallos judiciales que no por la ley (y esta con plena “conformidad” con la Constitución)².

Luego de este “relajo” en la “carrera” parece que el tribunal retomó con seriedad su rol de juez de alzada y con sensatez vuelve a los hechos del caso; así, en sus considerandos 10º al 15º recalca en lo sucedido, como es la doble sanción que ha sufrido el actor por un mismo hecho, cosa inaceptable en el Derecho de una sociedad medianamente civilizada. En efecto, aquí se da una triple identidad como es respecto del hecho, su fundamento, y el sujeto afectado, ya que no se puede usar el mismo presupuesto para imponer “más de una sanción” (consid. 10º). Se invoca luego, con acierto, tres fallos del Tribunal Constitucional (roles 2.045/2012 y 2.254/2012³), jurisdicción que desde hace años ha venido sosteniendo que los principios penales establecidos en la Constitución han de aplicarse por regla general al derecho administrativo sancionador (aquí, sin embargo se trata del derecho administrativo sancionador “disciplinario” y no del llamado “correctivo” a que se refieren los casos citados del Tribunal Constitucional), ya que ello asegura “la justicia de la decisión jurisdiccional”, porque “sancionar más de una vez un mismo hecho desafía toda noción de justicia” (consid. 11º).

Ya “embalado” el fallo para recuperar el tiempo perdido, entra a recordar que el principio *non bis in idem* protege y, además, garantiza la “cosa juzgada” –en el plano judicial, de sentencias– impidiendo que se pueda estar sometido y soportar un nuevo juzgamiento, lo que implica un efecto de seguridad jurídica en cuanto “solo puede existir un sola y única decisión sancionadora” (consid. 12º).

En este punto el tribunal de alzada se habría podido lucir si sus miembros hubieran tenido un conocimiento un tanto más profundo de lo que es un acto administrativo. En efecto, el acto administrativo que impuso la sanción luego del debido procedimiento llevado a cabo para emitirla (“suspensión” del ejercicio del cargo con disminución de sus remuneraciones, a modo de medida cautelar, y sanción de “multa” como acto terminal) *produjo todos sus efectos jurídicos*

²Es lo que el profesor Aróstica Maldonado llama “la revolución legal”, o sea, la violación de la Constitución por obra del legislador, como se ha visto de modo frecuente en el periodo reciente 2020-2022; *vid.* su “En cumplimiento de la ley. Las leyes administrativas frente a la Carta Fundamental”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* 14/2019, 13-57, una apretada síntesis en “Totalitarismo legal” en *Ius Publicum* 49/2022, 206-207. *Vid.* también el legislar por vía contralora y judicial en nuestro “La confianza legítima y el derecho administrativo chileno. De cómo se ‘legisla’ por vía de dictámenes contralores y sentencias judiciales con total desprecio de la Constitución”, en *Ius Publicum* 44/2020, 115.140.

³El rol 2.045-2011, sentencia de 7.6.2012, se refiere a un requerimiento de inaplicabilidad del art. 207 letra b) de la ley 18.290, Ley del Tránsito, deducido en un caso *sub lite* en el cual se habría violado el derecho al debido proceso del actor en cuanto se pretendía aplicarle dos penas por los mismos hechos, pretensión acogida por el Tribunal, el cual declara inaplicable por inconstitucional dicho precepto legal en el caso litigioso pendiente, precisamente en virtud de la vulneración del *non bis in idem*, según se expresa en sus consids. 4º y 5º; este fallo tiene votos en contra y en lo que respecta al principio referido *vid.* consids. 36 a 51. En igual sentido que rol 2.045 cit. *vid.* rol 2.254-2012, sentencia de 18.12.2012.

desde que fue notificado al destinatario (ahora actor en estos autos de nulidad de derecho público), y le fue aplicada (como lo fue en la realidad de los hechos debidamente comprobados en esta causa). Y produjo dos efectos: 1) el “agotamiento de la competencia” del órgano administrativo que lo emitió (la autoridad municipal/Alcalde) ya que ejecutado el acto queda él “desasido” de ello y, por lo tanto, carece de toda posibilidad jurídica de disponer sobre el asunto y, como consecuencia, ello produce 2) su “inmutabilidad”, porque ni siquiera es posible modificarlo o dejarlo sin efecto por vía administrativa (el verdadero “engendro” de la invalidación/art. 53 L 19.880) desde que ya ha producido todos sus efectos, y las situaciones producidas se encuentran totalmente consolidadas y la autoridad ha agotado su competencia sobre el tema⁴.

De allí que la anulación judicial declarada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso era el fallo que necesariamente debía emitirse, ante la gravedad del desaguado municipal (ocasionado por la decisión de la Contraloría Regional de Valparaíso) y así se revoca el fallo apelado y “se declara nulo de derecho público” el decreto alcaldicio recurrido (de destitución del actor) ordenando a la demandada “reincorporar al demandante al servicio y proceder al pago de las remuneraciones, emolumentos y cotizaciones que correspondan por todo el tiempo que dejó de percibir las desde que se hizo efectiva la sanción disciplinaria antes indicada”⁵.

EDUARDO SOTO KLOSS

⁴Digo “engendro” por su completa inconstitucionalidad ya que incide en una controversia jurídica sobre derechos, y derechos de uno más destinatarios particulares, lo que es de suyo –*per se*– de competencia exclusiva y excluyentes de los tribunales de justicia y no de un órgano administrativo (*vid.* art. 73/76 de la Constitución).

⁵Esta sentencia de alzada fue recurrida de casación en el fondo por la demandada, pero las partes llegaron a avenimiento, el que fue aprobado por la Corte Suprema/Tercera Sala (13.10.2022, rol 10.999-2022).

CORTE SUPREMA

(27.5.2022)

Placencia Delgado c/Fisco

(Responsabilidad del Estado – Malos tratos de obra a grumetes – Afectación de integridad física y síquica – Prescripción de acción constitucional/improcedencia habiendo proceso penal previo – Noción de “recurso judicial”)

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil veintidós.

A los escritos folios N°s 174393-2021 y 174394-2021: estese al mérito de autos.

VISTOS:

Que, en este procedimiento ordinario sobre indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado, caratulados “Placencia con Fisco de Chile”, rol C-273-2018, el Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, por sentencia definitiva de diecinueve de marzo de dos mil veinte, rechazó la demanda interpuesta, sin costas, al estimar que la acción deducida se encontraba prescrita.

La actora apeló dicha resolución, y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil veinte, la confirmó sin modificaciones.

El demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el que fue declarado admisible el arbitrio, trayéndose los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la recurrente basa su arbitrio en que, en la dictación de la sentencia, se habrían infringido los artículos 2503 y 2518 del Código Civil, en cuanto no habría debido acogerse la excepción de prescripción opuesta por la demandada, ya que existiría recurso judicial, el cual tendría por objeto interrumpir el transcurso del tiempo. Señala que en la causa se demanda la indemnización de perjuicios por existir una falta de servicio que configuraría responsabilidad extracontractual del Fisco. Señala que el actor era grumete de la Armada, orientado a telecomunicaciones en el campus Jaime Charles de la Academia Politécnica Naval; que a mediados de febrero se presentaron a la repartición los cabos segundos Juan Vicencio Santis y Juan Godoy Briceño, quienes habrían iniciado agresiones contra los grumetes, tales como golpes de mano, con cordeles, cinturones y aplicación de electricidad a través de un explosor, bajo el concepto de “*justicia criolla*”, en la que se anotaba a los grumetes que cometían una falta en una lista negra para luego imponer castigos físicos. Agrega que el cabo Godoy amenazó a los grumetes con el explosor, y que el 28 de febrero de 2013, éste intentó aplicarle corriente al demandante, quien se negó a tomar los implementos para recibir la

descarga provocando una discusión en la que recibe golpes de cordel, sin dar cuenta del incidente con posterioridad; sin embargo, el 1o de marzo, al volver a su domicilio, estando de franco, su madre se percató de las lesiones, le pregunta por su origen y termina concurriendo al policlínico de Villa Alemana, donde se le diagnostica una dorsalgia. El domingo 3 de marzo de 2013 informa al oficial de guardia lo ocurrido, iniciándose una investigación donde, en primer término, los cabos involucrados niegan los hechos, mientras que los grumetes confirman la existencia de castigos, lo que lleva a que el cabo segundo Godoy admita haber realizado maltratos físicos con cordeles y descargas eléctricas, sugiriéndose la separación del curso de éste. Refiere que el asunto fue referido al Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, causa rol N.º 8761, en la que por sentencia definitiva se condena al mencionado cabo Godoy a dos penas de 541 días de presidio menor en su grado mínimo (*sic*), sustituyéndola por la remisión condicional de la pena, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante la condena y la pérdida del estado militar, contemplada en el artículo 222 del Código de Justicia Militar; la que en consulta ante la Itma. Corte Marcial de la Armada fue confirmada, con declaración de que las penas se rebajaban a un año de presidio menor en su grado mínimo. Alega que la responsabilidad del cabo Godoy se encuentra determinada a través de los fallos antes señalados, por lo que el demandado habría incurrido en una falta de servicio; no obstante, el tribunal de primer grado acogió la excepción de prescripción extintiva, lo que fue confirmado por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Refiere que se infringieron los artículos 2503 y 2518 del Código Civil en cuanto existiría un recurso judicial, en la medida que se denunciaron los hechos a la Fiscalía Naval en marzo de 2013, arribándose al término del procedimiento el 21 de junio de 2016, fecha en la que se dicta el fallo de la Corte Marcial con condena; y que a su juicio ello constituye un recurso judicial, por lo que habrían transcurrido dos años y dos meses hasta la presentación de la demanda. Agrega que el fundamento de la prescripción extintiva estaría en la inactividad del acreedor respecto del deudor, lo que no ocurriría en la especie, ya que fue parte y motor principal del procedimiento ante el Juzgado Naval, buscando ejercer su derecho como víctima; además, sostiene que el concepto de recurso judicial estaría empleado como “ayuda” o “medio” judicial, lo que implicaría que la denuncia ante el juez naval sería un acto útil, especialmente en cuanto el Código de Justicia Militar no contempla la interposición de una demanda civil mientras se ventila la tramitación del procedimiento ante el Juzgado Naval, sin que le asista el derecho o instancia a la víctima para ingresar una que persiga el cobro del crédito contra el Estado.

Agrega que la infracción de los artículos 2503 y 2518 del Código Civil influirían sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que éste no reconocería el concepto de recurso judicial contenido en ellos, ya que de haberse aplicado correctamente, sostiene que se habría rechazado la excepción de prescripción, analizándose la prueba producida para acoger la demanda en todas sus partes. Por ello, solicita acoger su recurso, y con ello, se proceda a invalidar la sentencia impugnada, dictando acto seguido, y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda.

SEGUNDO: Que la sentencia de primer grado tuvo como hechos establecidos los siguientes, que resultan inamovibles para esta Corte:

- 1.- Que el demandante, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos, formó parte de la dotación de grumetes orientados a telecomunicaciones en el campus “Jaime Charles” de la Academia Politécnica Naval.
- 2.- Que, el día uno de marzo de 2013, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos, concurrió al policlínico de Villa Alemana donde fue atendido por la médico de turno del servicio de urgencia doña Karina Cataldo Cerda.
- 3.- Que, el día 3 de marzo de 2013, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos en compañía de su padre, informa al Oficial de guardia T 2° IM Sr. Gustavo Hidalgo Córdova, NPI 040209-1, del Campus Jaime Charles los maltratos y agresiones a que habría sido sometido.
- 4.- Que, en razón de lo anterior se instruyó investigación sumaria administrativa N° 4890, instruida por la Fiscalía Administrativa de la Primera Zona Naval, para establecer las circunstancias y responsabilidades administrativas vinculadas a los maltratos de obras a inferiores atribuidos al Cabo 2° Juan Godoy Briceño. En las conclusiones de este sumario, el fiscal administrativo estima que el Cabo 2° IM (Inf.Co) Juan Godoy Briceño, NPI. 562908-5, debe ser sancionado con el licenciamiento del servicio, por la falta gravísima del siguiente tenor: “asume atribuciones disciplinarias que no le han sido conferidas por la reglamentación vigente, abusando de su superioridad jerárquica, sometiendo a personal subalterno a un procedimiento de justicia y castigos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico. Falta: gravísima (...)” y que el Cabo 2° IM (Inf.Co) Juan Vicencio Santis, NPI 574706-9, debe ser sancionado con el licenciamiento del servicio, por la falta gravísima del siguiente tenor: “encubrir falta gravísima a la disciplina de otro funcionario que asumió atribuciones disciplinarias no conferidas por la reglamentación vigente, abusando de su superioridad jerárquica, sometiendo a personal subalterno a un procedimiento de justicia y castigos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico. Falta: gravísima (...)”. La Investigación concluye con el dictamen del fiscal que estima elevar la Investigación Sumaria Administrativa al Sr. Director de la Academia Politécnica Naval para su conocimiento y superior resolución.
- 5.- Que, por sentencia definitiva dictada en Valparaíso, el 22 de abril de 2016 por el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval en causa Rol 8.761, se condena a Juan Valdemar Godoy Briceño a dos penas de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor de dos delitos de maltrato de obra a un inferior, previsto y sancionado en el artículo 331 número 4 del Código de Justicia Militar, en carácter de reiterado; sustituyendo en ambos casos la pena privativa de libertad por la de remisión condicional por igual tiempo.
- 6.- Que la Ilustrísima Corte Marcial de Valparaíso en causa Rol 051-2016 aprobó la Sentencia consultada de veintidós de abril de dos mil dieciséis con declaración que se reduce la condena impuesta a Juan Valdemar Godoy Briceño, como autor del delito reiterado de maltrato de obra a un inferior, previsto y sancionado en el artículo 331 N° 4 del Código de Justicia Militar a la pena de un año de presidio menor en grado mínimo, sustituyéndose además la pena impuesta por la remisión condicional por igual término, debiendo cumplir las exigencias de la ley 18.216, manteniendo en lo demás la sentencia consultada, en especial, en lo que respecta a la condena por el delito de Maltrato de obra a un inferior, previsto en el artículo 331 N° 3 del Código de Justicia Militar.

TERCERO: Que el tribunal de primera instancia razona, a continuación, que el hecho de no encontrarse franqueada la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria en los procesos penales seguidos ante la judicatura militar, conforme a los artículos 178 y 179 del Código de Justicia Militar no constituyen obstáculo para formularla ante el tribunal civil competente, toda vez que no existe prohibición al respecto, como también por aplicación del artículo 167 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que habilita a la víctima de modo general y sin limitación alguna a entablarla, incluso si el proceso criminal no ha concluido. Por otra parte, sostiene que el procedimiento penal de fuero militar iniciado no constituye requerimiento en los términos del artículo 2518 del Código Civil, que no fue instado por el actor y que no interpuso recurso alguno que pueda considerarse jurídicamente como una demanda judicial capaz de interrumpir la prescripción. Por ello, y teniendo por acreditado que los hechos que motivaron la demanda acaecieron entre enero y julio de 2013, y que la demanda fue notificada al Fisco el 11 de abril de 2018, habría transcurrido con creces el plazo de cuatro años establecido en el artículo 2332 del Código Civil para la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual deducida. Dicho criterio fue confirmado, sin modificaciones por la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

CUARTO: Que el Código Civil en el artículo 2497 preceptúa: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

QUINTO: Que, en autos, se dedujo una demanda de indemnización de perjuicios que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, ejerciéndose específicamente una acción destinada a obtener la indemnización del daño causado por un delito, resultando aplicable en la especie la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.

SEXTO: Que, a su turno el artículo 2518 del Código Civil dispone: “La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503”.

En tanto el artículo 2503 del Código Sustancial refiere en su inciso primero: “Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor”.

SÉPTIMO: Que, para que la prescripción opere, son exigencias, primero, la inactividad del acreedor, el cual deja de ejercer un derecho del cual es titular y, segundo, que dicha inactividad se mantenga por el tiempo que la ley prescribe. A los requisitos mencionados deben agregarse los siguientes: que la acción sea prescriptible, esto es, que legalmente sea posible que se extinga por su no ejercicio; que el deudor que desee aprovecharse de la prescripción la alegue, por

cuanto no puede ser declarada de oficio, y que la prescripción no se encuentre interrumpida, suspendida ni renunciada.

OCTAVO: Que, conforme a lo expuesto en los motivos anteriores, el *quid* del asunto radica en determinar si operó la interrupción o suspensión del plazo de prescripción de la acción civil indemnizatoria durante la tramitación del proceso penal seguido ante la Justicia Militar, pues de ello depende el éxito del recurso de casación. En otras palabras, corresponde examinar si la prescripción invocada por el Fisco debe contarse en la forma que expresa el recurrente y, con ello, si han transcurrido más de cuatro años, entre la fecha del hecho dañoso ocurrido enero y junio de 2013 y la época en que se notificó la demanda civil, el 11 de abril de 2018. Sobre el asunto, es necesario reiterar que los hechos que sirvieron de fundamento a la acción indemnizatoria fueron objeto de una investigación penal seguida ante el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, rol No 8761, en la cual consta la declaración y careos en los que participa Benjamín Placencia Lobos.

NOVENO: Que resulta conveniente traer a colación lo preceptuado por el artículo 178 del Código de Justicia Militar, que dispone: “Las acciones civiles para obtener la mera restitución de alguna cosa que hubiere sido objeto de un delito, se deducirán ante el juez que conociere o hubiere conocido de la causa en primera instancia; y se tramitarán conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil para los incidentes, en expediente o cuaderno especial.

Los recursos que en éste se deduzcan no entorpecerán la marcha de la causa principal, ni viceversa”.

A su vez, el artículo 179 del mismo cuerpo normativo establece: “La regla del artículo anterior se aplicará también cuando, desaparecida o perdida la cosa, se reclamare su valor”.

Como puede observarse, los preceptos transcritos no contemplan dentro del procedimiento seguido ante la justicia militar, la posibilidad de entablar acciones civiles indemnizatorias.

DÉCIMO: Que esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades (a modo ejemplar, Roles 5489-2003, 3074-2003, 68818-2016, 70561-2016, 34329-2017, entre otros) que la expresión “demanda judicial” que emplea el artículo 2518 del Código Civil, no se refiere forzosamente a la demanda civil en términos procesales estrictos, sino a cualquier gestión que demuestre que el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho. Tanto es así, que el artículo 2503 del mismo texto legal, que se relaciona también con la materia de la interrupción de la prescripción, habla simplemente de “recurso judicial”. Al respecto, se ha sostenido por la doctrina que la referida expresión no debe ser interpretada en estricto sentido procesal, sino en uno más amplio, bastando que el acreedor recurra a los tribunales en demanda de protección, ya sea para cobrar directamente su crédito, ya sea para efectuar las gestiones previas necesarias para hacerlo.

La interrupción civil supone que el acreedor intervenga saliendo de su inactividad; basta que el legislador haya exigido que esta actividad del acreedor se produzca ante los tribunales y que ella implique la intención de éste de cobrar su crédito, aunque ello se produce tanto si el acreedor está en condiciones de hacerlo inmediata y directamente como cuando con tal finalidad realiza cualquier

gestión judicial que manifieste su intención de cobrar su crédito (Abeliuk, René. *Las Obligaciones*. T. II, Editorial Jurídica, 1993, p. 1017).

UNDÉCIMO: Que, por otra parte, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil establece una facultad para los litigantes en los juicios civiles, consistente en que, en ellos “podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado”; y su artículo 167 establece que “cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal”, concediéndoles a los juzgadores una facultad destinada a impedir la existencia de decisiones contradictorias en el fondo, para el evento que se haya anticipado la presentación de la demanda civil, sin esperar las resultas del juicio criminal correspondiente.

Esto significa que el Código adjetivo contiene reglas tanto para el caso que la acción entablada se inicie una vez terminado el juicio criminal, permitiendo hacer valer la acción de cosa juzgada respecto de sentencias condenatorias (artículo 178); como antes o durante la tramitación del juicio criminal respectivo, permitiendo la suspensión del civil para evitar decisiones contradictorias (artículo 167), de modo que ambas formas de proceder son alternativas legítimas para el ejercicio de las acciones que corresponda.

DUODÉCIMO: Que es preciso dejar asentado que la regulación aplicable al procedimiento seguido ante la Justicia Militar impide al denunciante ejercer acciones civiles ante sus tribunales. Lo anterior permite establecer que cualquier gestión que se realice por parte de quien tiene el carácter de víctima en el proceso Militar, tiene la virtud de interrumpir el plazo de prescripción, toda vez que es en ese momento que el acreedor (víctima ilícito civil) sale de su inactividad.

Por otro lado, ante la imposibilidad de ejercer la acción civil en sede de justicia militar, resulta claro que la oportunidad para ejercerlas coincide con la ejecutoria del juicio criminal respectivo que, en caso de resultar en sentencia condenatoria, determinará la persona del futuro demandado y permitirá ejercer contra él o las personas que por sus hechos respondan, las acciones para exigir las indemnizaciones que correspondan.

Esta interpretación queda en armonía con lo dispuesto por el legislador en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa en sus dos primeros incisos: “Cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.

Esta suspensión podrá decretarse en cualquier estado del juicio, una vez que se haga constar la circunstancia mencionada en el inciso precedente”.

DÉCIMO TERCERO: Que, en consecuencia, tratándose de procedimientos seguidos ante la Justicia Militar, la sola denuncia de los hechos que causan daño, constituye una conducta que demuestra que el acreedor ha puesto en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho, una demanda o recurso, en el sentido amplio que emplean las disposiciones de los artículos 2158 y 2503 del Código de Bello, respectivamente.

DÉCIMO CUARTO: Que corrobora la interpretación expuesta, la reglamentación que ha sido dada por el legislador al ejercicio de la acción civil en sede criminal. En efecto, el artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal, establece que “El ejercicio de la acción civil durante el sumario, debidamente cursada, interrumpe la prescripción”. Asimismo, el artículo 59 del Código Procesal Penal consagra la posibilidad de que la víctima interponga en contra del imputado la acción civil indemnizatoria derivada del hecho punible, permitiendo el artículo 61 del referido texto legal la preparación de la demanda civil, solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, determinando su inciso tercero que tal preparación interrumpe la prescripción, salvo el caso en que no se dedujere la demanda en la oportunidad prevista en el artículo 60 del mismo Código. Prevé el artículo 68 del Código Procesal Penal: “Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal”.

Así, no puede soslayarse que el ordenamiento jurídico nacional constituye un todo que debe guardar armonía con cada una de sus partes. La regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal ordinaria, tanto en el antiguo como en el nuevo procedimiento, debe servir de base para interpretar normas oscuras o para integrar lagunas legales, que es lo que ocurre en la especie, pues así lo disponen expresamente los artículos 22 y 24 del Código Civil. En este aspecto, es trascendente la regulación entregada a las gestiones preparatorias de la demanda civil, a las que en el nuevo sistema procesal penal se les reconoce expresamente el carácter interruptivo, como asimismo es relevante la circunstancia de contemplar el artículo 68 del Código Procesal Penal, la suspensión del plazo de prescripción de la acción civil ante la imposibilidad de obtener un pronunciamiento de fondo.

La última norma antes referida guarda armonía con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 450 bis del Código de Procedimiento Penal, que dispone: “Si se rechaza la demanda por vicios formales, sin resolver el fondo de la acción deducida, podrá renovarse ante el juez de letras en lo civil, entendiéndose suspendida la prescripción en favor del demandante civil, desde que interpuso la demanda o, en su caso, desde que se constituyó en parte civil”.

Así, la exposición normativa es atingente, toda vez que refleja la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción de la acción civil, no sólo con la presentación de una “demanda civil”, sino que con una presentación en sede penal que inequívocamente constituya una manifestación de interés de demandar en el futuro. En el mismo orden de ideas, interesa destacar la procedencia de la suspensión del plazo de prescripción mientras se sustancia el juicio penal.

DÉCIMO QUINTO: Que todo lo expuesto deja en evidencia que los sentenciadores han incurrido en el yerro jurídico imputado, por la equivocada interpretación del artículo 2518 inciso 3° del Código Civil, en relación al artículo 2503 del mismo cuerpo legal, error de derecho que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo,

puesto que motivó el acogimiento de la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, en circunstancias que ella debió haber sido rechazada.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en contra de la sentencia de 24 de septiembre de 2020, librada por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con el *voto en contra* de la Ministra Sra. Ravanales y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto, ya que éste incumple lo dispuesto en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículos 764 y 767 del mismo cuerpo legal, toda vez que los errores de derecho denunciados, de concurrir, no permitirían resolver la cuestión planteada en el recurso, habida cuenta que no se invocó la totalidad de las normas aplicables en la especie, como sucede, por ejemplo, con el artículo 2332 del Código Civil, que establece el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, habida consideración, además, de la reiterada jurisprudencia de esta Corte que refiere que la mención y desarrollo en el recurso de casación en el fondo de las normas infringidas en el fallo han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquellas normas decisoria litis que dejó de aplicar, puesto que en caso contrario esta Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, dado el hecho que se trata de un recurso de derecho estricto.

Regístrese.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco y la disidencia sus autores.

Rol N° 131.095-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil veintidós.

De conformidad con lo que se dispone en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de sus considerandos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo y vigésimo primero, que se eliminan,

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que, de acuerdo al artículo 2332 del Código Civil, las acciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años

contados desde la perpetración del acto, término que se interrumpe, conforme al artículo 2518 inciso 3°, por la demanda judicial, concepto este último que debe interpretarse de manera amplia, como comprensivo de toda actuación llevada a cabo por el acreedor y que manifieste de manera inequívoca una voluntad de hacer efectivo su crédito.

SEGUNDO: Que, en la especie, el padre del actor presentó una denuncia ante la justicia militar dando cuenta de la ocurrencia de los hechos objeto de estos antecedentes y el demandante, además, realizó una serie de diligencias al interior del proceso militar, reseñadas oportunamente en la sentencia respectiva, prestando declaración ante la justicia naval y sometiéndose a diversos careos, en los que sostuvo la responsabilidad del cabo segundo Godoy por los malos tratos recibidos en el marco de su instrucción en la Armada, lo que debe considerarse como un recurso judicial en los términos del artículo 2518 del Código Civil, en consideración a que persiguió la responsabilidad criminal del autor del ilícito que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual demandada en esta causa.

TERCERO: Que, una vez producido el efecto interruptivo por aplicación del principio contenido en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, se produce la suspensión del plazo de prescripción hasta la ejecutoria de la sentencia. Tal conclusión se justifica en que el tenor del fallo criminal y el establecimiento de la responsabilidad penal no constituye sino la base esencial de la demanda civil futura, de modo que, mientras dicha responsabilidad no se encuentre asentada en una decisión firme, no es posible estimar que se encuentra corriendo, en perjuicio de la víctima, el término extintivo de la acción.

CUARTO: Que lo razonado conduce necesariamente al rechazo de la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile.

QUINTO: Que cabe abocarse a la excepción deducida por el Fisco en subsidio a la anterior, esto es, la de exclusión de responsabilidad civil del Estado, ya que los hechos descritos en la demanda, a juicio de dicho ente, constituyen hechos de carácter delictual que constituirían una falta personalísima, separada del ejercicio de la función pública, alegando que la fuente del perjuicio se encuentra desvinculada de la actividad de la Armada de Chile, que se hizo con móviles personales y ajenos al interés público.

SEXTO: Que, como lo ha señalado esta Corte con anterioridad, cabe señalar que la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4° y 42 del D.F.L N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley No 18.575, ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la “falta de servicio”, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma

irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

Es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

SÉPTIMO: Que, asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4° de la referida ley, que dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público (Rol CS N° 81-2021).

OCTAVO: Que, asentado lo anterior, cabe señalar que los golpes y descargas eléctricas a las que alude la sentencia rol 8761, del Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, propinadas por el cabo segundo Juan Godoy Briceño contra el actor, se hacen en el marco de una forma torcida de aplicar la disciplina interna, conocida como “*justicia criolla*”, que según refiere el propio condenado en el proceso criminal, se realiza ya que era el más antiguo del grupo en el que se encontraba el grumete Placencia, por lo que recibía llamados de atención de parte de los profesores por las faltas del resto, golpeándolos frente a la comisión de alguna o por el retraso en las tareas propias al interior de la Academia Politécnica Naval.

De esta forma, se puede establecer inequívocamente que la “*justicia criolla*” aplicada por el cabo segundo Godoy se dio con ocasión de una función del Estado, y por lo tanto satisface el criterio delineado más arriba, generando una imputación hacia el Estado, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del infractor.

NOVENO: En cuanto a la relación de causalidad, el informe del perito designado en la presente causa, médico psiquiatra Dr. Walter Avdaloff Valencia refiere que el demandante “teme que le vayan a hacer daño y en general eso ha reducido mucho su vida social”, indicando dentro de la historia médica que tuvo malos tratos en la Armada, indicando como diagnóstico Síndrome de estrés postraumático, causando cuadros de crisis de pánico y un estado de ansiedad y angustia elevado, limitando su capacidad laboral y de interacción social. Ello permite determinar que el cuadro

psiquiátrico del actor se produce precisamente por el maltrato sufrido durante su permanencia en la institución castrense.

DÉCIMO: Que, encontrándose acreditada la existencia de daño moral en los términos referidos previamente, en la medida que los malos tratos generaron un síndrome de estrés postraumático en el actor y aun su salida de la Armada –según refiere él mismo conforme establece el informe pericial y la carta dirigida a éste por el Capitán de Navío OM Carlos Falfán Tobar.

Cabe señalar que el daño moral corresponde a la lesión producida en la esfera extrapatrimonial del actor, correspondiendo a “todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolo, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir” (Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica, 2006, p. 290), las que en este caso se manifiestan como una aflicción mental que se caracteriza por la presencia del síndrome de estrés postraumático. Cabe señalar que la apreciación en dinero de este daño es prudencial y subjetiva, en cuanto se trata de aquellos infligidos sobre un área que no resulta susceptible de evaluación según criterios objetivos.

Por ello, se tomará en consideración la forma en que se provoca el daño, a través de la imposición de castigos corporales reiterados en el tiempo frente a faltas menores –el autor de los hechos, por ejemplo, reconoce haber aplicado al actor la “*justicia criolla*” por descubrirlo fumando en los baños de la Academia– y sus consecuencias, ya que el demandante finalmente se retiró de la carrera militar, como ha quedado establecido previamente.

En razón de lo anterior esta Corte regulará prudencialmente en la suma de \$30.000.000, el monto total que se debe entregar al actor como indemnización del daño moral sufrido.-

UNDÉCIMO: Que en lo que respecta a los reajustes e intereses, éstos se considerarán desde que la sentencia quede ejecutoriada, en consideración a que la función de los intereses en el caso de la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual puede cumplir un fin resarcitorio si son concedidos desde la fecha de comisión del ilícito y moratorios para el caso en que se concedan desde que la sentencia cause ejecutoria; por lo que, entendiendo que el daño moral cumple la función resarcitoria de manera completa, no cabe concederlos desde el acto ilícito que lo origina.

De conformidad, además, con lo dispuesto los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I. Que SE REVOCA el fallo de primer grado que acogió la excepción de de prescripción interpuesta por el Fisco de Chile y, en su lugar se decide que se rechaza la referida excepción.

II. Que SE RECHAZA la excepción de exclusión de responsabilidad civil del Estado interpuesta por el Fisco de Chile.

III. Que SE ACOGE la demanda interpuesta por Benjamín Ignacio Placencia Lobos en contra del Fisco de Chile, condenando a éste al pago de la suma de \$30.000.000.- (treinta millones de pesos) por concepto de daño moral, suma

que deberá ser reajustada desde que la presente sentencia quede ejecutoriada y devengará intereses desde que el deudor se constituya en mora.

IV. Que en consideración a que el demandado no ha sido totalmente vencido en juicio, cada parte pagará sus costas.

Acordada con el *voto en contra* de la Ministra Sra. Ravanales y el Abogado Integrante Sr. Munita, quienes estuvieron por no emitir pronunciamiento respecto del fondo de la materia discutida, en razón de lo razonado a propósito de la disidencia del arbitrio de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco y la disidencia de sus autores.

Rol N° 131.095-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

COMENTARIO

Placencia Delgado c/Fisco (Corte Suprema 27.5.2022, rol 131.095, Ministros S. Muñoz G., A. Vivanco M., A. Ravanales A. y M. Carroza E. y abog. int. D. Munita L.) presenta dos temas útiles de comentar, un de índole procesal (prescripción de acciones) y, el otro, de derecho constitucional y administrativo propiamente tal (la responsabilidad del Estado Administración).

1. Comencemos con *el tema procesal*. Tanto el fallo de primera instancia (Tercer Juzgado Civil de Valparaíso) como el de segunda (Corte de Apelaciones de Valparaíso) han admitido la excepción fiscal de prescripción de la acción indemnizatoria deducida por malos tratos, con daño físico y síquico, de un grumete en la Escuela Politécnica Naval.

El *quid* del asunto radica en el hecho de haberse iniciado la intervención judicial a través de una denuncia efectuada ante el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval por los malos tratos recibidos por parte de un Cabo 2º, que fue condenado en dicha instancia penal a una pena de 541 días de presidio menor sustituyéndola por la remisión condicional de la pena más la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y pérdida del estado militar (art. 222 Cód. de Justicia Militar), confirmado por la Corte Marcial pero con declaración que la pena se rebaja a un año de presidio menor en su grado mínimo. Los “malos tratos de obra” se referían a una forma de “castigos físicos” impuestos a grumetes que habían cometido faltas, castigos como “golpes de mano”, golpes con cordeles, o cinturones y aplicación de electricidad a través de un “exploser” (consid. 1º sentencia de casación). Los fallos de las instancias declaran prescrita la acción indemnizatoria –acción propiamente constitucional de responsabilidad

del Estado— por aplicación de los arts. 2503 y 2518 del Código Civil (como si se tratara de dos litigantes privados y de un asunto civil), por cuanto la causa penal ante el Juzgado Naval no habría suspendido o interrumpido el plazo previsto para la demanda de responsabilidad por el daño cometido, la “falta de servicio” en que habría incurrido el fisco (por intermedio de un órgano naval/cabo 2º referido).

El fallo de casación en el fondo que emite la Corte Suprema —deducido por el actor en contra de la sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso— analiza muy bien el punto.

En efecto, los hechos establecidos de la causa señalan que el 3.3.2013 el padre del actor informa al Oficial de Guardia los maltratos y agresiones físicas sufridas por este, lo que inicia el sumario administrativo correspondiente que concluye con el dictamen del fiscal que solicita el licenciamiento del Servicio del Cabo 2º NN, autor de esos castigos físicos, por “faltas gravísimas”¹, dictamen que es elevado al Director de la Academia mencionada para su resolución. Por su parte, el 22.4.2016, el Juzgado Naval indicado condena al Cabo 2º NN a la pena ya referida y remitida en la forma ya citada, lo que la Corte Naval de Valparaíso aprueba, en cuanto ha habido un “delito de maltrato de obra a un inferior” (art. 331, N° 3, del Cód. de Justicia Militar).

La idea según la cual habría operado la prescripción —planteada también por dos votos en contra en el fallo supremo— se fundamenta en que al no existir la posibilidad de deducir la acción indemnizatoria² en el proceso penal seguido ante la judicatura militar (arts. 178 y 179 del C. J. Militar) no es obstáculo para intentarla ante el tribunal civil competente (art. 167, inc. 1º del Cód. de Procedimiento Civil), además de pensarse que el procedimiento penal seguido no constituye “requisito” en los términos del art. 2518 del Cód. Civil. Es decir, desde la ocurrencia de los hechos (marzo 2013) y la notificación de la demanda (abril 2018) habría transcurrido más de cuatro años, según el art. 2332 del Cód. Civil³.

No es esa la percepción suprema porque si bien parte de la misma base del fallo impugnado, o sea de los arts. 2518 y 2503 del C. Civil, estos disponen que la prescripción que extingue acciones “se puede interrumpir” y que la interrupción civil consiste “en todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor”. De aquí la Corte se pregunta si operó o no en este caso la interrupción indicada. Basada en los hechos de la causa, y tomando pie de la denuncia del padre del actor al Oficial de Guardia de la Academia mencionada de los maltratos y agravios (comprobados por el Policlínico de Villa

¹“Faltas gravísimas”, dice el dictamen del fiscal instructor por cuanto el infractor se ha atribuido facultades disciplinarias que no le han sido conferidas, abusando de su superioridad jerárquica sometiendo a subalternos a procedimientos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico.

²Debe hacerse notar que no se trata de una “acción civil” —como dicen los fallos de las instancias— sino de una “acción constitucional” y, por tanto, “de derecho público”, dado que su origen está en el art. 38 inc. 2º de la Constitución, que integra el Título IV “Gobierno”, párrafo (4º) “Bases generales de la Administración del Estado”, la cual no está regida por el Código Civil.

³Los fallos razonan como si el tema de la responsabilidad del Estado fuera regido por el Código Civil no advirtiendo que no se trata ni de un “delito” ni de un “cuasidelito civil” (art. 2314) cometido por un órgano del Estado/Administración como tampoco advierten que la acción deducida en autos es un acción “ordinaria”, o sea si se quiere aplicar la regulación civil (art. 2515) prescribiría en 5 años y no 4.

Alemana), denuncia realizada el 3.3.2013, advierte que el sumario administrativo seguido por los hechos denunciados concluyó con el dictamen del fiscal instructor que señalaba que debía aplicarse al Cabo 2º NN, autor de esos hechos, el “licenciamiento del Servicio por faltas gravísimas”, dictamen que es elevado al Director de la Academia referida para su resolución. El 22.4.2016 el Juzgado Naval citado condena al autor de los castigos ilegítimos aplicados al actor, siendo alumno de dicha Academia, a la pena ya indicada, remitida en la forma ya expresada y aprobada por la Corte Naval, delito que es el maltrato de obra a un inferior (art. 331 Nº 3 del Cód. de Justicia Militar).

El planteamiento que ha aceptado la prescripción de la acción indemnizatoria razona sobre el hecho de que si bien no existe la posibilidad de deducir dicha acción “civil” (sic) en el proceso penal seguido ante la judicatura militar (arts. 178 y 179 Cód. de Justicia Militar), ello no es obstáculo para interponerla ante el tribunal civil competente (art. 167 inc. 1º del Cód. de Proced. Civil), además de pensar que el procedimiento penal seguido no constituía “requisito” en los términos del art. 2518 del Cód. Civil. Es decir, desde la ocurrencia de los hechos, 2013, y la notificación de la demanda civil 10.4.2018, habrían transcurrido más de los cuatro años previstos por el art. 2332 del mismo Código.

Al argumentar la Corte Suprema, se embarca en razonar igual que lo han hecho los tribunales de la instancia aplicando el Código Civil (consids. 4º al 15º). En efecto, admite que los arts. 2518 y 2503 disponen que la prescripción que extinguen las acciones se puede “interrumpir” y que interrupción civil consiste “en todo recurso judicial intentado por el que se pretende dueño de la cosa, contra el poseedor”. Luego, el tema central es determinar si operó la “interrupción” o suspensión del plazo (consid. 8º). Y aquí la solución suprema desbarata el argumento del fallo impugnado de casación en el fondo, pues no contemplando el procedimiento de la justicia militar la posibilidad de entablar acciones indemnizatorias, el art. 2518 cit., al hablar de “demanda judicial”, la Corte Suprema ha entendido en su jurisprudencia que ello se refiere a cualquiera gestión judicial que demuestre que el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho, tanto más que el art. 2503 habla de “recurso judicial”, o sea, un medio por el cual el acreedor recurre a los tribunales en demanda de protección (consid. 10º). Así, se llega también a esta conclusión si se consideran los arts. 178 y 167 del Cód. de Proced. Civil y 103, 59 y 68 del Cód. de Proced. Penal. De allí que la sola “denuncia de los hechos” que causan daño ante la Justicia Militar demuestran que el autor “ha desencadenado la facultad jurisdiccional para proteger su derecho” (consid. 13º). En atención a lo expresado, es que *aparece evidente* que los sentenciadores han incurrido en el yerro jurídico imputado por el recurrente de casación en el fondo por la equivocada interpretación del art. 2518 inc. 3º del Código Civil en relación con su art. 2503, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo que ha acogido la prescripción de la acción deducida en circunstancias que ella no se había producido; así, acogido el recurso interpuesto, *se declara nula la sentencia recurrida* de 24.4. 2020.

2. *El tema constitucional y administrativo.* Sin duda que reconfirma este fallo *Placencia*, que reitera una vez más una jurisprudencia que parece ya asentada y que vemos que proviene particularmente de la sentencia *Jaramillo c/ Fisco* de 2017 (C. Suprema 24.4.2017, rol 52.961, Ministros S. Muñoz G., C. Aránguiz M.,

M. Valderrama R. y abog.int. J. P. Matus A. y A. Prado P., publicado en *Ius Publicum* 39/2017, 228-231, comentario nuestro en 221-227).

2.1. Esta jurisprudencia parte primeramente del fundamento constitucional, que no es otro que el art. 4º, “Chile es una república...”, lo que significa autoridades responsables, y los arts. 6º y 7º que establecen la sujeción integral a Derecho de todos los órganos del Estado, incluidos los administrativos, “a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad” (6º inc. 1º) y cuyos actos u omisiones que la infringen originan las responsabilidades frente a las personas que sufren daño a consecuencia de ese actuar contrario a Derecho (7º inc. 3º). A ello se agrega –lo hago para completar el razonamiento– la verdadera base o fundamento último, el art. 1º inc. 4º (piedra angular del ordenamiento jurídico chileno) en cuanto “El Estado está al servicio de la persona humana”, en su misión de bien común, “debiendo actuar con pleno respeto de los derechos de las personas”, “incluidos los que emanan de su propia naturaleza humana” (art. 5º inc. 2º), derechos “que constituyen “un límite” al poder de los órganos del Estado”. Aunque el fallo lo omite, debe agregarse –y fundamental– el art. 38 inc. 2º que es precisamente la disposición constitucional que establece la responsabilidad del Estado/Administración, lo que sería desarrollado por la ley orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado 18.575, art. 4º, complementaria de la Constitución, disposición legal que esta jurisprudencia suprema ha elevado a idea central del tema, que de modo claro y sin dejar resquicio alguno, consagra esta responsabilidad de derecho público de la Administración estatal, por los daños que produzca, sea en su actividad como en su inactividad (omisión), a lo que se agrega el art.44/42 que expresamente contempla esta responsabilidad por “falta de servicio”, esto es omisión/inactividad debiendo jurídicamente actuar.

2.2. Una segunda base suprema es la afirmación reiterada de la *improcedencia de aplicar a la responsabilidad del Estado normas civiles*, esto es una regulación jurídica aplicable a los privados, a los particulares, regulación que responde a la “idea subjetiva” de entender la obligación indemnizatoria como “sanción a un culpable”, cuya culpabilidad debe probarla la víctima. En lo que no ahonda la Corte Suprema en este punto –porque es un tribunal de justicia y no una cátedra universitaria– es que la responsabilidad civil gira sobre la base de una relación conmutativa, fundada en la justicia conmutativa, propia del *ius privatum*⁴, en cambio la responsabilidad del Estado y de su Administración es la responsabilidad del Estado, que es una “persona jurídica de derecho público”⁵, cuya misión es la promoción del bien común, que gira sobre la base de “relaciones de distribución o reparto”, es decir sobre la base de la “justicia distributiva”, que es la justicia

⁴Recuérdese la célebre noción de Ulpiano al comienzo del *Digesto*, 1.1.1. del *ius privatum*, “el derecho que mira al interés particular”.

⁵Como ya lo entendía don Andrés Bello y lo plasmó expresamente en el art. 547 inc. 2º de su Código Civil, *vid.* nuestro “Bases constitucionales de la Administración del Estado de Chile”, en G. Reyes Román-E. Soto Kloss, *Régimen jurídico de la Administración del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1980, 9-47, espec. 19-20 y nota 14 en 38-40; en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2112, 811-818.

del bien común, del bien de todos los miembros de la comunidad política que conforman y configuran la Nación, para su mayor perfección espiritual y material (art. 1º inc. 4º de la Constitución).

2.3. Un tercer aspecto que aparece pacífico es la aplicación de esta regulación jurídica de derecho público (Constitución cit. y ley 18.575 cit.) a las Fuerzas Armadas, y a las de Orden y Seguridad, ya que su art. 18/21 no significa que sean excluidas del régimen de su art. 4º, puesto que lo que se excluye se refiere a los temas de organización y funcionamiento los que, obviamente, quedan regulados por sus respectivas leyes orgánicas y no por la ley 18.575; pero en cuanto a la responsabilidad de ellas como organismos del Estado les son aplicables plenamente las disposiciones de ella, especialmente sus arts. 4º y 1º dado que ellas son parte integrante de la Administración del Estado como expresamente lo señala dicho art. 1º.

2.4. Un cuarto tema, igualmente pacífico en la jurisprudencia suprema, concierne a lo que llama “factor de imputación”, que vendría a ser la llamada “falta de servicio”, no *del* servicio, como se pretendió entre 2009 y 2011 aplicar el Código Civil (art. 2314/2329) a esta materia de la responsabilidad de las FF.AA.⁶. Como lo recuerda en varios fallos al referir la noción de “falta de servicio”, esta viene a ser una *omisión*, desde que “falta” es ausencia de algo, aquí “ausencia de servicio”, como ocurre cuando la Administración no actúa debiendo legalmente actuar, cuando actúa en forma tardía, o sea inoportuna, o cuando legalmente le es exigida esa actuación, o cuando actúa de manera deficiente, que es también no actuar en la forma que la ley le impone y le exige, puesto que para que actúe de modo oportuno y eficiente es que existe el organismo estatal, se le dota de atribuciones a sus órganos, y de personal para que lleve a cabo la satisfacción de la necesidad pública que ha fundamentado su existencia y los medios atribuidos para tal fin⁷.

2.5. Un quinto aspecto que resulta pacífico es pertinente a la reparación demandada, la cual suele referirse sobre todo a lo que suele llamarse, no muy técnicamente, “daño moral” y que, propiamente, es “la alteración en las condiciones normales de vida de la víctima” a raíz del daño sufrido por la omisión del debido servicio por parte de un organismo de la Administración del Estado⁸, daño que debe probar

⁶Véanse. *v. gr.*, *Seguel Cartes c/Fisco* (3.7.2009, rol 371-208), *Fernández Rodríguez y otro c/Fisco* (24.3.2011, rol 1760-2009), o *Delorenzo Galilea y otro c/Fisco* (26.10.2011) y nuestro comentario en *Derecho Administrativo* cit. 843-845 y 857-867.

⁷No entro aquí a controvertir esto de que el “factor de imputación” sea la “falta/omisión de servicio”, lo que he hecho en otra ocasión, pero debe advertirse que es caer en una visión subjetiva/al modo de la responsabilidad civil/art. 2329 C. Civil, y “sanción al culpable” (que ha cometido “delito” o “cuasidelito”/art. 2314 cit.), cuando se trata aquí de una responsabilidad que está basada “en la víctima”, que ha sido despojada, privada, de algo suyo al sufrir un daño y, por tanto, ha sido vulnerada en algún derecho fundamental, la integridad física o síquica, la propiedad, etc., alteración en su situación jurídica que requiere sea restituida, en lo posible, o resarcida, con el fin de lograr la justicia que debe ser restaurada.

⁸*Vid. Tirado c/Municipalidad de La Reina*, caso basilar en la idea, en *RDJ* t.78/1981, 2.5, 35-44, comentario nuestro en Primera Parte, Sección Derecho, 39-48, también en nuestro

la víctima, sea a través de testigos y especialmente informes médicos, psicológicos o psiquiátricos, según el caso, y en que el monto de la indemnización es fijado de modo prudencial por el Tribunal.

2.6. Un último aspecto relevante es el que se refiere a la pretendida “ausencia de vinculación” que sustenta como defensa el demandado Fisco alegando que hay en el actuar del funcionario fiscal no un actuar del organismo sino propiamente una actuar personal de él, es decir no habría una “falta de servicio” sino una “falta del funcionario” como persona y no como órgano de la institución de la Administración. Esta alegación aparte de no ser verdadera es falaz, y esto en cuanto a que pretende sostenerse que no hay una falta *del* servicio/culpa (a la francesa/*faute*), sino una falta/culpa del funcionario, no reconducible al organismo estatal. Como se ve, quiere hacer creer la defensa fiscal que el texto legal de la ley 18.575, art. 44/42 establecería la “falta *del* servicio” en circunstancia que esta disposición expresamente establece la “falta *de* servicio”: la oposición es clara pues con la expresión “del” servicio está señalando la “culpa” de este, en tanto “de” servicio está indicando la “ausencia” de servicio, es decir *la inactividad de este*, siendo que le es exigida por la ley actuar y actuar de manera oportuna y eficiente, de manera de satisfacer la necesidad pública que le ha sido encargada por el legislador. Pero, además, esa alegación no es verdadera porque contradice los hechos asentados en el proceso, tanto penal como el indemnizatorio de derecho público. En efecto, tan cierto es que la actuación ilícita mencionada tantas veces se ha producido dentro de la actividad de la Academia Politécnica Naval, que ella era “costumbre” en el quehacer disciplinario de la institución al punto que tenía una denominación específica, como “justicia criolla” y con procedimientos específicos, como se detalla en el consid. 8º del fallo de reemplazo y que su consid. 9º llega a expresar textualmente que “se puede establecer inequívocamente que la “justicia criolla” aplicada (por el cabo segundo NN, al actor) se dio con ocasión de una función del Estado y, por lo tanto, ... generando una imputación hacia el Estado, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del infractor”. Esto es, *la ilicitud de la actividad disciplinaria* que sufrió el actor fue cometida dentro de la actividad de la institución, siendo una costumbre su práctica, y ejecutada por un miembro de la institución fiscal en el ejercicio de su cargo, cierto que careciendo de toda atribución jurídica para hacerlo.

Un fallo que debiera ser recordado como un hito esclarecedor e incluso pedagógico en el tema de la responsabilidad del Estado por los daños producidos a las personas por los órganos de su Administración.

EDUARDO SOTO KLOSS

Derecho Administrativo (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 (El principio de juridicidad), 328-333, comentario más amplio en 333-345.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Roberto Esteban Duque, *Nostalgia de futuro y desafíos a la naturaleza humana*. Educuomes Encuentro. Madrid. 2022 (246 pp.).

El transhumanismo quizás no haga tanto ruido como otras cuestiones “sociales”, pero va avanzando en silencio, especialmente en las mentalidades, a la espera de que muchas de sus promesas (¿o más bien habría que decir amenazas?) se hagan realidad. Un paso, el de la teoría a la realidad que, si bien en algunos aspectos está todavía muy lejos, en otros ya podemos casi tocar.

Porque ya está aquí y porque promete alterar profundamente nuestras vidas y la vida de la humanidad en su conjunto, conviene saber a qué nos enfrentamos. Y aquí, el libro de Roberto Esteban Duque, *Nostalgia de futuro*, es sin duda una pieza importante.

El autor, permítanme la exageración, lo sabe todo sobre transhumanismo. Siendo más realista, quizás hay algo que desconoce... pero será muy poco. *Su libro es un ejercicio de erudición en el que nos expone los mil y un detalles de ese mundo*, de ese cosmos de pensamiento que son las corrientes transhumanistas, las que apuestan por superar el ser humano. Es por ello un libro para quien quiera conocer a fondo, para quien no le basta con cuatro ideas y un par de ejemplos.

En *Nostalgia de futuro* encontrarán los detalles que les hacían dudar, cómo distinguir entre posthumanistas y transhumanistas, o entre posthumanistas distópicos y posthumanistas radicales... Aprendemos los orígenes ilustrados del transhumanismo, que *adopta la idea de progreso de Condorcet* y repasamos de la mano de Roberto Esteban Duque a los principales autores de esta corriente. Sale uno de su lectura sabiendo más, desde luego, pero también siendo consciente de lo mucho que aún desconoce. Es aquello que ya experimentaron los clásicos: cuanto más sé, más consciente soy de mis lagunas.

Pero no es solo el libro un ejercicio de exposición erudita. También nos da algunas claves para poder juzgar sobre el asunto. Por ejemplo, insistiendo en que *los transhumanistas no se plantean el estudio de la naturaleza humana, simplemente actúan sobre ella desde planteamientos utilitaristas*. De ahí la dificultad para establecer qué entienden por mejora: *si el hombre no tiene naturaleza, no hay criterio para decidir qué es una mejora y qué empeora las cosas*. O señalando, con Gregory Stock, que *no nos debe caber la más mínima duda de que si somos capaces de manipular embriones, lo haremos. Y ello marcará el inicio del autodiseño humano*. La eugenesia como destino ineludible.

También explica cómo, al menos desde Julian Huxley, el proyecto transhumanista *pretende erigirse en nueva religión “que postula el deber moral de trascender los límites biológicos del ser humano y de dirigir conscientemente la evolución”* como modo de *manifestar al Dios inmanente en la historia*. Un proyecto en el que también colaboró el amigo de Julian Huxley, entonces director general de la UNESCO; el jesuita Pierre Teilhard de Chardin.

Los dos últimos capítulos del libro son importantes, pues después de exponer las diferentes versiones del credo transhumanista, el autor hace una lectura crítica que incide en la importancia de saber qué es un ser humano y alerta sobre el peligro de que *el propio cuerpo humano queda degradado en tanto es tomado*

como una herramienta mejorable al servicio de fines externos. Resuenan aquí ecos gnósticos. Y es que, explica Roberto Esteban Duque, *el transhumanismo parte de un postulado difícilmente demostrable, a saber: el hombre es un ser que se reduce solo y exclusivamente a sus conexiones neuronales... El transhumanismo utiliza un concepto reduccionista de naturaleza humana donde esta queda simplificada a pura materia*. Tampoco es aceptable la confusión en la que incurre el transhumanismo entre límites y males, ni la identificación entre cerebro humano y cerebro artificial, lo mismo que la asunción de la acientífica teoría de género.

Como ven, estamos ante un tema apasionante, con cruciales derivadas. Quienes quieran profundizar en él, encontrarán en este *Nostalgia de futuro* abundante materia para su reflexión.

JORGE SOLEY

Jaime Arancibia Mattar, Juan Carlos Rivas Flores, María Fernanda Gómez González, *Procedimiento administrativo electrónico. Análisis de la reforma a la ley 19.880*. Ediciones DER-Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 2022 (234 pp.).

Este libro, de divulgación y, en general, descriptivo, pero no por ello menos valioso e importante, resulta muy útil en este tema que deviene fundamental desde que por la ley 21.180/11.11.2019 (sobre transformación digital del Estado), la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos (ley 19.880) se ha impuesto como un medio efectivo de agilización, transparencia y desburocratización del actuar de la Administración (sin perjuicio de las excepciones que procedan).

Dividido en cuatro secciones, la primera de ellas, de autoría del profesor Arancibia Mattar, estudia la “obligatoriedad de la ley 21.180”, tanto general y especial, como las excepciones, y la aplicación general del Reglamento dictado para su aplicación (DS/Segpres N° 4//2020); la segunda, del mismo autor, se refiere a los “principios” de dicha ley, tanto “explícitos”, como gratuidad, actualización tecnológica, equivalencia funcional, fidelidad del expediente, interoperabilidad, cooperación y neutralidad tecnológica, como también los “implícitos”, autenticidad documental, ciberseguridad, accesibilidad, disponibilidad y confidencialidad de información sensible. La sección tercera, del profesor Flores Rivas analiza “el expediente administrativo en las leyes 19.880 y 21.180”, con especial mención al valor del expediente, vicios que puede contener y el control de la discrecionalidad, y derecho a la devolución de documentos e información sensible, la obligatoriedad del expediente electrónico, y los derechos de los interesados en este expediente. La cuarta sección, a cargo de la profesora Rosa Fernanda Gómez González, está referida a un punto específico como es el de las “notificaciones” por medios electrónicos, en sus aspectos más relevantes, en la ley 19.880, en la regulación sectorial de estas notificaciones, las modificaciones que ha introducido la ley 21.180 y sus apreciaciones en torno a esta nueva forma de notificar, como regla general, su validez y efectos. Cabe señalar que cada sección va acompañada de un bibliografía, más o menos extensa según el tema tratado.

La obra contiene tres Anexos, uno sobre Normas Generales en el cual se incluye la ley 19.880 en su texto completo artículo por artículo con las modificaciones introducidas por la ley 12.180, a la fecha de 9.6.2022, asimismo el DFL/Cultura N° 1/2020, que determina los requisitos del método de elaboración, conservación y uso de las microformas y de aquellos a emplear en la destrucción de documentos originales en virtud de la ley 18.845, como también el DS/Cultura N° 24/2022, reglamento de estándares técnicos y administrativos del archivo electrónico desarrollado por el Archivo Nacional; del mismo modo se incluye el DS/Segpres N° 4/2022, que reglamenta la forma en que los procedimientos administrativos deberán expresarse a través de medios electrónicos en las materias que indica, y el DS/Cultura N° 23/2020, reglamento que establece los medios y procedimientos técnicos y administrativos que se utilizarán en la generación de microformas; por último, el texto de la ley 21.464/2022, que modifica cuerpos legales sobre transformación digital del Estado (ley 21.180 y DFL/Cultura N° 1/2020. Un segundo anexo contiene un resumen del contenido de las normas técnicas y un tercero se refiere a la gradualidad en la aplicación de la ley 19.880 en este aspecto.

No pocas veces este tipo de obras no suele tener el debido agradecimiento, por el hecho de ser descriptivas, pero en un tema como el de este libro debe felicitarse a los autores por haber emprendido la tarea de ponerlo al alcance del foro con claridad y acertada sistematización, lo que constituye una gran utilidad para quien ejerce su actividad ante la Administración e incluso para los funcionarios públicos que ejercen su función en ella.

Rafael Aita, *Los Incas Hispanos. La historia no contada de la conquista del Perú*. La Tribuna del País Vasco. San Sebastián, 2022 (151 pp.).

Rafael Aita Ramírez-Gastón. Magíster en Administración Estratégica de Empresas en CENTRUM Católica y MBA specializing in General and Strategic Management en Maastricht School of Management (Holanda), Ingeniero Industrial de la Universidad de Lima. Docente de la Facultad de Ingeniería Industrial de la Universidad de Lima.

—¿Por qué un libro sobre los Incas Hispanos?

Es necesario contar la historia de los descendientes incas durante el virreinato del Perú, la cual es poco difundida no solamente en España, sino incluso en Perú, para así evitar la propagación de versiones que se acercan más a la leyenda negra que a los hechos históricos. Lo que se suele pensar es que el linaje de los Incas fue cortado violentamente durante la conquista y este libro demuestra que no fue así, que existieron descendientes Incas que fueron reconocidos como nobles por la corona de Castilla y mantuvieron sus bienes y privilegios.

—¿Por qué lo subtitula como *La historia no contada de la conquista del Perú*?

Porque existe un vacío de unos 200 años en el relato histórico del virreinato del Perú. Desde la muerte de Túpac Amaru I, último Inca de Vilcabamba, en 1572, se suele dar un salto a la rebelión de Túpac Amaru II en 1780 al punto que el mismo History Channel los confundió en una publicación pensando que eran

padre e hijo. No se cuenta que en estos 200 años se consolidó la organización del Virreinato del Perú a través de asentarse en el poder de los curacas, Incas nobles y líderes locales, que fueron los primeros aliados de los españoles para reestablecer el orden luego de la conquista.

—*Para empezar hablemos de la grandeza del Imperio Inca y su importancia en la historia.*

El Imperio Inca, o Tahuantinsuyo, fue el mayor en extensión del continente. El proyecto de Pachacútec Inca Yupanqui que fue continuado por sus hijos Túpac Yupanqui y Huayna Cápac, fue el de llevar la civilización incaica, sus técnicas agrícolas, de irrigación y cultivo, su idioma, sus creencias, su ingeniería, su arquitectura, etc., hasta el último rincón de los Andes. Ahí se creó la infraestructura física (ciudades, caminos) y organizacional sobre la cual se construiría el virreinato del Perú, no es casualidad que las principales ciudades del virreinato (Cusco, Cajamarca, Quito, etc.) eran al mismo tiempo los centros administrativos más importantes en el Tahuantinsuyo.

—*Hablemos de lo que supuso para España llevar la fe y la civilización católica a los Incas...*

Sin la integración imperial realizada por los Incas y sus caminos que unían a los Andes, la conquista hubiera sido una empresa mucho más ardua y la construcción del virreinato una tarea imposible. Por ello, el Inca Garcilaso de la Vega afirma que los Incas prepararon la llegada del cristianismo a esta parte del continente, tal vez de manera muy similar a cómo la integración imperial romana y su infraestructura facilitó la expansión del cristianismo por toda Europa. Esto sin mencionar las coincidencias que los mismos cronistas, como Guamán Poma de Ayala, encuentran entre las creencias incaicas y el cristianismo, lo cual llevó a muchos descendientes Incas a convertirse rápidamente, lo cual también ayudó al proceso de evangelización. Por ejemplo, las primeras ermitas y parroquias de Cusco fueron construidas por hijos y nietos de Incas, como Cristóbal Paullu Inca y Carlos Inca.

—*¿Qué aspectos de la cultura inca fueron asimilados por los españoles?*

Muchos desconocen que, hasta el día de hoy, algunas de las palabras del idioma español tienen origen quechua, por ejemplo la carpa viene del quechua karpa, chancar de changay (triturar), calato de q'ala (desnudo). En Galicia se toma mate por las mañanas y por las tardes sin saber que esta palabra proviene del quechua mati. En la literatura, las crónicas del Inca Garcilaso de la Vega fascinaron a toda España, siendo reconocido como el padre de la literatura hispanoamericana y en música, el Diccionario de Autoridades de 1735 establece que el fandango fue un "baile introducido por los que han estado en los reinos de las Indias", siendo de origen hispanoamericano, al igual que el cajón flamenco, que en realidad es el cajón peruano al ser visto por Paco de Lucía en la Embajada de España en Perú. Aunque tal vez el mejor ejemplo de la influencia andina en España es que el plato de bandera español, la tortilla española, tenga como ingrediente la papa peruana, la cual fue adaptada para su cultivo en todos los climas por los Incas.

—Según los documentales anglosajones tipo Discovery Max los incas fueron exterminados por los españoles en la Conquista, cuando en realidad se incorporaron a la Corona española. ¿Cómo podemos probar que no existió realmente el genocidio?

Para responder a Discovery y otros canales, los productores españoles deberían viajar a Cusco y filmar todo tipo de evidencia dejada por los descendientes Incas, desde cuadros que retratan a los nobles Incas durante el virreinato hasta las Iglesias que construyeron. Basta recorrer las calles de Cusco y ver a su gente, así como los apellidos que tienen para darse cuenta que no cabe la posibilidad de genocidio alguno. Incluso podrían contactar a descendientes que llevan apellidos de la nobleza Inca hasta el día de hoy, pues aún existen y se han hecho estudios sobre ellos por historiadores como Donato Amado y Ronald Elward.

—No solo se incorporaron sino que fueron los grandes aliados del Imperio español.

Fueron grandes aliados en el aspecto administrativo, siendo el enlace entre el mundo andino y el hispano e incluso también en el aspecto militar. Muchos de estos curacas y descendientes Incas lucharon lado a lado con los españoles, y en algunos casos incluso apagando sublevaciones. Tal fue el caso de Fernando Pizarro Lucana Pachaca, curaca de Pausamarca, que sofocó una rebelión en Cumba, perdiendo la vida “en defensa de la fe católica y la Corona de Castilla”, otorgándosele el título póstumo de Gran Capitán. Así mismo, Alonso Tito Atuchi de la familia del último Inca Huáscar y luchó contra la rebelión de Hernández de Girón, quien se sublevó contra la implantación de las Leyes de Indias, por lo que se le concedió ser Alcalde Mayor de Cusco y mantener su propio ejército. Imagínense, un descendiente Inca luchando contra un español por defender la corona de Castilla.

—El virreinato de Perú era el más importante de América durante siglos y con la independencia Perú se convirtió en una más de las repúblicas americanas. ¿No cree que el balance de la independencia en Perú ha sido decepcionante?

Los primeros años de República lo confirman, donde reinó la anarquía y el caudillismo. En los primeros 20 años después de la independencia, el Perú tuvo 5 constituciones y 9 presidentes, los dos primeros presidentes del Perú se desconocieron entre sí, manteniendo gobiernos en paralelo en Lima y Trujillo, estando a punto de entrar en guerra civil. Hasta el día de hoy, el período de democracia más largo en los 200 años de historia republicana ha sido tan solo de 25 años. Muchos en el Perú andino buscan que regrese la figura del Inca, encarnado en un líder que ponga orden y mano dura, tal vez les sería más fácil encontrar a ese líder si supieran que los mismos Incas fueron los más fervientes cristianos y defensores de la monarquía durante el virreinato.

JAVIER NAVASCUÉS*

*Publicado en *Infocat* 28.10.2022.

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 acerca de un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>El derecho, un arte de lo justo</i>	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito	\$ 5.000
<i>Derecho y familia</i>	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña	\$ 7.000
<i>Los derechos de la persona que está por nacer</i>	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro	\$ 7.000

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>La mujer ante la sociedad y el derecho</i>	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
<i>Moral y derecho, hoy</i>	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000
<i>Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos</i>	2003 (234 pp.)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica	\$ 18.500
<i>Sanciones administrativas, camino de servidumbre</i>	2005 (171 pp.)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500
<i>La responsabilidad del Estado-Administración</i>	2006 (156 pp.)	Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Merteikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
<i>Familia, sociedad y vida</i>	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
<i>Familia, matrimonio y vida</i>	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado</i>	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público</i>	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
<i>Teoría tópica del derecho natural</i>	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
<i>El derecho natural en la realidad social y jurídica</i>	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
<i>Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos</i>	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500
<i>El poder constituyente entre mito y realidad</i>	Santiago de Chile. 2016 (99 pp.)	Sergio R. Castaño	\$ 9.500

ESTUDIOS

- CARLOS I. MASSINI-CORREAS: *Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana*
LYDIA JIMÉNEZ GONZÁLEZ: *Proponemos la fe, transmitimos un legado*
IVÁN AROSTICA MALDONADO: *Fuentes del derecho público. Una comprensión vertical*
SERGIO RAÚL CASTAÑO: *La forma política de la monarquía indiana a la luz de las categorías del derecho político*
MIGUEL AYUSO: *Las tribulaciones de la Constitución*
ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: *Cinco brochazos constituyentes santiaguenses*
JAIME ARANCIBIA MATTAR: *Los deberes legales de derecho público: noción y características distintivas*
EDUARDO SOTO KLOSS: *La nulidad de derecho público, una síntesis del último sexenio de la jurisprudencia suprema: puntos para la reflexión*
JOSÉ LUIS LARA ARROYO, CAROLINA ANGLITA LIZANA: *Notas sobre el proyecto de ley de modernización de las compras públicas en Chile*
CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS: *De la legitimidad de la prisión preventiva ante el peligro de reiteración delictiva*

IN MEMORIAM

- Benedicto XVI: testigo de la esperanza, servidor de la verdad (16.4.1927-31.12.2022)
Fray Aníbal Fósbery, O.P. (1933-2022): un sacerdocio fecundo

CRÓNICA

- Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro, *Reflexiones éticas*: Jesús Ginés Ortega, Juan Manuel de Prada

DOCUMENTOS

- MAGISTERIO PONTIFICIO: Benedicto XVI: mi testamento espiritual. Discurso del Santo Padre Francisco al participanti al Congresso Tomistico Internazionale, Promosso Dalla Pontificia Accademia Di San Tommaso D'Áquino, 22 settembre 2022. Discurso del Santo Padre Francisco al Movimento Cristiano Lavoratori, Aula Paolo VI, 9 dicembre 2022. Discurso del Santo Padre Francisco a la comunidad académica del Pontificio Instituto Teológico Juan Pablo II para las Ciencias del Matrimonio y de la Familia, 24 de octubre de 2022. Homilía del Papa Juan Pablo II, Viaje Apostólico a España. Misa para las Familias, Madrid, 2 de noviembre de 1982. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Valencia (España) con motivo del V Encuentro Mundial de las Familias, Santa Misa, Ciudad de las Artes y las Ciencias, domingo 9 de julio de 2006. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud, 18-21 de agosto de 2011, Vigilia de Oración con los Jóvenes, Aeropuerto Cuatro Vientos de Madrid, 20 de agosto de 2011. Radiomensaje de Navidad de su Santidad Juan XXIII, 22 de diciembre de 1960. MAGISTERIO EPISCOPAL: Mons. Erik Varden, obispo de Trodheim (Noruega): "Hay una trágica escasez de pensamiento claro en gran parte del foro público". Es condición indispensable para que pueda darse una vida social digna. La sacralidad e inviolabilidad de la vida humana no es cuestión de opiniones, S.E.R. Cardenal Carlos Osoro, arzobispo de Madrid. Debido a *Traditionis Custodes*, Burke y Schneider reiteran su preocupación por las restricciones a la liturgia tradicional. Podría terminar en un suicidio colectivo de la humanidad; el cardenal Gerhard Müller advierte sobre los peligros del nihilismo. Mons. J. J. Munilla, Obispo de Orihuela-Alicante, Jesús cancelado. Arzobispo de Oklahoma City: la anticoncepción alimentó la ficción de que el deseo sexual podía ser obtenido sin costos o consecuencias. El cardenal O'Malley afirma que la ciencia "parece que ha hecho desaparecer la espiritualidad". Mons. J. del Río Alba, Los Reyes Magos: Epifanía del Señor. Cardenal Sarah: "Si los sacerdotes ya no hablan de la vida después de la muerte, se vuelven inútiles"

ACTUALIDADES

1. ¿Crimen de pensamiento?. 2. Campaña "Please don't leave us behind" de Down Syndrome Ireland. La ley fue aprobada en 2019. 3. Síndrome de Down y aborto. 4. Continúa la lucha por la vida en Estados Unidos. 5. Obispos de EE.UU.: "Imploramos al Presidente Biden que reconozca la humanidad de los niños antes de nacer"

JURISPRUDENCIA

- Plazos en el procedimiento administrativo. Servicialidad del Estado y legalidad (E. Segovia)
Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo. Corte de Apelaciones de Valparaíso (18.3.2022)
(Acción de nulidad de derecho público/fuente constitucional - régimen jurídico de derecho público - acto administrativo dictado por autoridad carente de competencia/nulo *ipso iure* - invalidación improcedente/acto ha producido todos sus efectos - funcionario sancionado dos veces por el mismo hecho/*non bis in idem*) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (27.5.2022). Placencia Delgado c/Fisco (Responsabilidad del Estado - Malos frutos de obra a grumetes - Afectación de integridad física y síquica - Prescripción de acción constitucional/improcedencia habiendo proceso penal previo - Noción de "recurso judicial") (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS