

IUS PUBLICUM

Nº 44 / 2020



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 44 / 2020

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).

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

REPRESENTANTE LEGAL:

Catalina Ugarte

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

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

Extranjero aéreo certificado: US\$ 50.

Ejemplar suelto: \$ 10.000.

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

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

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

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

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

Vol. 23 N° 44

MARZO 2020

ÍNDICE

ESTUDIOS

SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>Las reservas y declaraciones interpretativas frente a los derechos del Estado</i>	11
JOSÉ DURAND MENDIOROZ: <i>El asedio a la familia por la ideología de género. Algunas ideas para la acción</i>	39
LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ: <i>El principio constitucional de inexcusabilidad resolutive</i>	57
EDUARDO MEINS OLIVARES: <i>El recurso de queja y la reforma procesal penal</i>	79
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>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</i>	115

IN MEMORIAM

JORGE PEÑA VIAL: <i>Juan de Dios Vial Larraín (10/8/1924-7/11/2019)</i>	143
---	-----

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas</i> : Esther Gómez de Pedro. <i>Reflexiones éticas</i> : Héctor Aguer, Francisco José Delgado, Josep Miró i Ardévol, Álvaro de la Peña, Javier Gutiérrez, Gregorio Luri, Ramiro Mendoza Zúñiga, Jorge Nicolás Lafferriere, Miguel Vinuesa, Juan Manuel de Prada. <i>Reflexiones fuertes</i> : María Menéndez, Harald Beyer, Loreto Cox, Alonso Gracián	149-186
--	---------

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, Sala Clementina (Lunes, 25 de junio de 2018). Mensaje del Santo Padre Francisco, III Jornada Mundial de los Pobres, Domingo XXXIII del Tiempo Ordinario (17 de noviembre de 2019). Discorso di Paolo VI ai membri del Pontificio Seminario Lombardo (Sabato, 7 dicembre 1968). La crisis de fe en el siglo XXI: causas y salidas, Mons. Athanasius Schneider. La importancia de la educación en la misión de la Iglesia hoy, Cardenal Robert Sarah.....	189
---	-----

ACTUALIDADES

I. Orden y desorden (en Chile)	219
II. Insurrección revolucionaria.....	220
III. Sucedido en Chile.....	223
IV. Las redes “nómades” y su estrategia rumbo al caos.....	224
V. El complot	227
VI. Chile: ¿remate al mejor postor?.....	229
VII. Carabineros de Chile: gracias	230

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (19.8.2019). Arenera Price Ltda. c/Municipalidad de Hualpén (responsabilidad municipal/Ley N° 18.695, art. 152) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	235
Corte Suprema (22.10.1908). Ochoa con Fisco (responsabilidad del Estado/Fisco) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	249
Corte Suprema (16.9.2019). Paredes Álvarez c/Municipalidad de Quilpué (recurso de protección/igualdad ante la ley) (Comentario de Eduardo Soto Kloss) ..	259
Tribunal Constitucional. 15 de noviembre 2019. Requerimiento de cesación en el cargo parlamentario (Constitución Política art. 93 inc. 1 N° 14).....	266

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES	281
EDICIONES IUS PUBLICUM	307

ESTUDIOS

LAS RESERVAS Y DECLARACIONES INTERPRETATIVAS FRENTE A LOS DERECHOS DEL ESTADO*

*Sergio Raúl Castaño***

SUMARIO: 1. Principios políticos fundamentales y figuras jurídicas liminares. 1.1. Estado y soberanía. 1.2. El tratado, concreción jurídica de la interdependencia interestatal. 1.3. Tratados multilaterales y tratados de derechos humanos. 1.4. Reservas y declaraciones interpretativas. 1.4.1. Caracterización general. 1.4.2. Sobre las reservas. 1.4.3. Las declaraciones interpretativas. 2. El origen de la cuestión y las controversias de la doctrina. Las críticas a la Convención de Viena. 3. Las reservas, entre el internacionalismo doctrinal y la realidad efectiva. 3.1. Las ideas-fuerza maestras de las corrientes internacionalistas 3.2. Un jalón teórico-institucional clave: la *Guide* de 2011. 3.3. El escenario político internacional y la praxis de los Estados. 4. El *pondus* a la constitucionalización de las relaciones surgidas de los tratados de derechos humanos en dos pronunciamientos jurisprudenciales. 4.1. El caso europeo: un “orden público”. Los ecos en la doctrina jurídica. 4.2. La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1982. 5. A modo de conclusión. Doctrina jurídica y realidad política. 5.1. El problemático papel de los cuerpos de monitoreo. 5.2. La pretendida mutación de la naturaleza del tratado. 5.3. Refrendo empírico de los principios: el predominio de la decisión soberana en la praxis internacional. 5.4. Cabo: un ensayo de esclarecimiento desde los fundamentos. Sobre los derechos humanos como fin del Estado y principio supremo de legitimidad.

1. PRINCIPIOS POLÍTICOS FUNDAMENTALES Y FIGURAS JURÍDICAS LIMINARES

1.1. ESTADO Y SOBERANÍA

La facultad soberana del Estado como sujeto primario del derecho internacional público comprende todo un haz de derechos, de ejercicio

*Deseo agradecer la gentileza del Profesor Joaquín García-Huidobro, a cuya gestión debo algunos de los trabajos consultados o utilizados en este estudio, que forma parte de un Proyecto PIP del CONICET bajo mi dirección. Su primer esbozo fue leído en las XIIIas. Jornadas Internacionales de Derecho Natural, celebradas en Santiago de Chile en noviembre de 2018.

**Catedrático de Derecho Político, Universidad Nacional del Comahue. Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA).

facultativo, por los cuales el Estado, como último árbitro sobre lo propio, se vincula libremente con sus otros pares en el plano internacional¹.

Esos sujetos primarios son iguales desde el punto de vista jurídico y poseen la última palabra en cualquier proceso decisorio que los vincule jurídicamente; la paridad legislativa que ostentan los Estados hace que no puedan verse obligados por una norma a la que no hayan consentido o prestado consentimiento. Lo cual conlleva asimismo que, sin su previo consentimiento, un Estado no se vea compelido a sujetarse a una decisión judicial que podría afectar sus intereses. El caso de la Corte Internacional de Justicia es ilustrativo al respecto. La jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos requiere de un doble consentimiento: el Estado involucrado debe ser signatario del estatuto del tribunal y además debe haber accedido a ser juzgado por la Corte, mediante declaración expresa, “respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación” (art. 36.2 del estatuto²). Por lo demás, las opiniones consultivas de la Corte no son vinculantes³.

La independencia política y jurídica de las comunidades políticas (hoy, “Estados”), en síntesis, constituye el basamento axionormativo del orden internacional. Para el derecho internacional público el término canónico que designa esa independencia política y jurídica es el de “soberanía del Estado”. Si Francisco de Vitoria delineó axialmente a la comunidad perfecta como “la que es por sí misma un todo; esto es, la que no es parte de otra república, sino que tiene sus propias leyes, su propio régimen y sus propios gobernantes”⁴; por su parte el gran teórico del Estado contemporáneo

¹Verdross, A., *Derecho internacional público*, trad. de P. Bravo, Madrid, Aguilar, 1974, 132; Rousseau, Ch., *Droit international public*, París, Dalloz, 1971, 94; Cassese, A., *International Law in a divided World*, Oxford, O. U. P., 1994, 129; Remiro Brotóns, A. et al., *Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1997, 43-44; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2013, 279; Adolfo Miaja de la Muela, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1979, 254. Es importante una obra específica sobre el problema aquí tratado: Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase asimismo Castaño, S. R., *El Estado como realidad permanente*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, caps. V y VI; *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de R. Depalma, 2006, cap. VI y VII. Entre las declaraciones de organismos internacionales y los pronunciamientos judiciales deben citarse: Asamblea General de la ONU, *Resolución 2625 (XXV)* del 24 de octubre de 1970. Disponible en www.dipublico.org (consultado el 27 de junio de 2019); y el fallo “Nicaragua vs. Estados Unidos”, sentenciado por la C. I. J.: “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, [27 de junio de 1986] (disponible en www.icj-cij.org/files –consultado el 27 de junio de 2019–). A su respecto véase el *Leiden Journal of International Law* (2012), 25, dedicado al fallo en su 25º aniversario.

²Disponible en: www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2 (consultado el 5 de junio de 2019).

³Cfr. Benatar, M., “From Probative Value to Authentic Interpretation”, 44 *Rev BDI* 170 (2011), 174-175.

⁴Cfr. *Relectio posterior de Indis*, II, 7 (en Alonso Getino, L. A., *Relecciones Teológicas de Francisco de Vitoria*, Madrid, La Raza, 1934, t. II).

Gerhard Leibholz identificó a la soberanía, uniendo de alguna manera la dimensión decisoria efectiva con la dimensión normativa, como la capacidad (y el derecho) de decir la última palabra en lo que le concierne; gráficamente, la de “decir ‘no’ en el terreno existencial de su política”⁵.

Analizaremos en lo que sigue el despliegue de esa facultad en el terreno de los tratados de derechos humanos. No se tratará tal vez aquí de un radical “decir no”; aunque sí, por lo menos, la de un decir “sí, pero”.

En el presente estudio recalaremos, específica y formalmente, en la *doctrina jurídica* que se ha formulado sobre esta cuestión.

1.2. EL TRATADO, CONCRECIÓN JURÍDICA DE LA INTERDEPENDENCIA INTERESTATAL

El instrumento jurídico que por antonomasia regula las obligaciones pactadas de los Estados independientes, establecidas a partir de relaciones horizontales de coordinación, es el tratado. Los tratados internacionales y todo su respectivo proceso (que va desde la libre adhesión hasta la eventual denuncia) cae, pues, dentro de la facultad discrecional del Estado⁶. En sentido estricto, el concepto de tratado se circunscribe a los acuerdos entre Estados, excluyendo a las organizaciones internacionales, según la Convención de Viena, 2.1.a): “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”⁷. Aunque excluidos del concepto estricto, los acuerdos entre organizaciones internacionales poseen parejo valor jurídico y se rigen por la Convención de 1986. Por su parte, los acuerdos entre un gobierno y un particular extranjero no son tratados⁸.

1.3. TRATADOS MULTILATERALES Y TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Los tratados multilaterales, que comienzan a extenderse durante el pasado siglo, tienen características peculiares. La opinión consultiva de la CIJ en 1951, respecto de las reservas a la Convención para la Prevención del Genocidio, señala que las cláusulas propias de los contratos no pueden

⁵Cfr. Leibholz, G., “La soberanía de los Estados y la integración europea”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 124, julio-agosto 1962, 5-25.

⁶Cfr. Arp, B. “Denunciation followed by re-accession”, *Netherlands International Law Review*, vol. 61 (2014), 141-165 –aquí, 142-143–).

⁷Se consulta la Convención de 1969 según el texto auténtico en castellano, tal como aparece en Vanossi, J. R., y Dalla Via, A., *Régimen constitucional de los tratados* (2.ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000), 424-462.

⁸Cfr. Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, 88-90.

extrapolarse fácilmente a esta clase de tratados. Por ello, y en orden a estimular una más amplia aceptación del tratado, para la CIJ las reservas que no contradijesen el objeto y fin del tratado debían ser admitidas⁹. Aparece de esa manera un gran jalón en el contemporáneo proceso de configuración de la legitimidad (entendida como compatibilidad con el tratado) de las reservas. Estas, en los instrumentos bilaterales, se solventan en el momento de la adopción del texto, etapa de la celebración del tratado en la que, por necesidad, impera la unanimidad entre ambas partes. Pero en los tratados multilaterales la mecánica con la que se enfrentan los desacuerdos de las partes respecto de algunas provisiones del tratado generará la necesidad de implementar y hacer lugar a las reservas. El mencionado criterio de compatibilidad con el objeto y fin del tratado (verdadero “test de validez”) será retomado y adoptado por la Convención de Viena para su régimen de reservas, tal como se plantea en los art. 19 a 23 de esa Convención¹⁰.

Los tratados de derechos humanos entran dentro de la categoría de los instrumentos internacionales multilaterales. Ahora bien, su objeto y fin, en los más comprensivos de ellos, no resultan tan unívocos o definidos como podrían serlo en otros tratados multilaterales. Es así como el Comité (“Consejo”, desde 2006) de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario N° 24 (52) de 1994, refiriéndose precisamente al Pacto de Derechos Civiles y Políticos –del cual dicho Comité es el órgano de monitoreo– expresa que con ese tratado se ha pretendido “crear *standards* jurídicamente obligatorios para derechos humanos, definiendo ciertos derechos civiles y políticos y emplazándolos en una estructura de obligaciones jurídicamente vinculante para los Estados que lo ratifican; y proveer una maquinaria eficaz de supervisión para las obligaciones asumidas”¹¹. Como se ve, no aparece un objeto específico sino, más bien, en su lugar, un haz de metas –pasibles, casi forzosamente, de interpretación–. La cual, dada la naturaleza de los tratados y, antes, de los sujetos que se obligan mediante ellos (los Estados), debería necesariamente tener en cuenta la voluntad de las altas partes signatarias, sus intérpretes naturales; así como el patrimonio ético-espiritual de que los ordenamientos jurídicos de esas partes son portadores. Resulta sintomático el hecho de que el Comité, al

⁹Cfr. Schabas, W., “Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform”, *Annuaire Canadien du Droit International*, 1994, vol. XXXII, 39-81 (aquí, 45-46).

¹⁰Respecto del *momento* en que puede formularse válidamente una reserva a los tratados multilaterales (i.e., que sea considerada como admisible y llegue a desplegar sus efectos jurídicos) cfr. Riquelme Cortado, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, U. de Murcia, 2004, 230; Müller, D., “Reservations and Time: Is There Only One Right Moment to Formulate and to React to Reservations?”, *European Journal of International Law* (2013), vol. 24 núm. 4, 1113-1134.

¹¹Redgwell, C., “Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment núm. 24 (52)”, *International and Comparative Law Quarterly*, 46 (1997), 390-412 (aquí 394).

agrupar las numerosísimas reservas hechas a ese Pacto (150 de parte de 46 Estados), detecte tres grandes categorías: las reservas que excluyen la obligación de garantizar ciertos derechos; aquellas que miran a mantener la vigencia de disposiciones legales nacionales; y aquellas que cuestionan competencias del Comité de Derechos Humanos, entre ellas la de establecer interpretaciones auténticas e invalidar reservas¹². He allí en escorzo los principales ítems sobre los que girarán las discrepancias de los Estados signatarios de los tratados de derechos humanos. Y los puntos álgidos en torno de los cuales se generan los principales cuestionamientos teóricos a la hora de evaluar las funciones de los órganos de monitoreo (*treaty bodies*) y el valor y sentido de las reservas y declaraciones interpretativas¹³.

Pero veamos ante todo qué es una reserva, y cómo se distingue de la declaración interpretativa, la otra especie del género próximo.

1.4. RESERVAS Y DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

1.4.1. Caracterización general

La *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, de la Comisión Jurídica Internacional de la ONU (adoptada en el curso de su 63.^a sesión, en el año 2011) –a la cual nos referiremos más ampliamente *infra*– define a la reserva como “una declaración unilateral, cualquiera sea su denominación, hecha por el Estado o por una organización internacional cuando firma, ratifica, confirma formalmente, acepta, aprueba o accede a un tratado o por un Estado cuando hace una notificación de sucesión a un tratado, por la cual el Estado o la organización se propone excluir o modificar el efecto legal de ciertas provisiones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización internacional” (*Guidelines* 1.1.)¹⁴. Por su parte, una declaración interpretativa es “una declaración unilateral, cualquiera sea su denominación, hecha por el Estado o por una organización internacional, por la cual ese Estado o esa organización internacional se propone especificar o clarificar el sentido o el alcance de un tratado o de alguna de sus disposiciones” (*Guidelines* 1.2.)¹⁵. Según la misma *Guide* se debe

¹²*Id.*, *ibíd.* Nótese que, en su carácter de cuerpo de monitoreo (*treaty body*), el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sido el encargado de juzgar la validez/permisibilidad de las reservas a la Convención de Derechos Civiles y Políticos.

¹³Para el proceso de conformación de estos cuerpos de monitoreo véase Korkelia, K., “New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant of Civil and Political Rights”, *EJIL* (2002), 446 y ss.

¹⁴Se la consulta en: legal.un.org/ilc/sessions/63/consultada: enero de 2019.

¹⁵Esta definición coincide con la que el relator especial Alain Pellet dio en la 55.^a sesión de la CDI en 1999; allí también definió las *declaraciones interpretativas condicionales*; por ellas el Estado o la organización supedita su consentimiento en obligarse por el tratado o por alguna de sus disposiciones a la aceptación de esa condición (Fitzmaurice, M., “Human rights, the Rome Statute and reservations to multilateral treaties”, (2006) 10 *SYBIL*, 133-173, aquí 160).

presumir, con una presunción *juris tantum*, que toda declaración unilateral no constituye una reserva.

La línea divisoria entre ambas figuras no es nítida. Baste con recordar que en el relevante caso “Belilos” (1988), la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretaron la misma provisión del gobierno suizo (formulada en 1974), respectivamente como una declaración interpretativa y como una reserva¹⁶. Esto de alguna manera se explica porque, aunque reservas y declaraciones poseen una especificidad propia en su núcleo conceptual, dicha especificidad nocional no impide que la concreción efectiva de ambas en la praxis internacional pueda llegar a adquirir contornos difusos. De hecho, la distinción formal entre estas figuras jurídicas tampoco tiene una larga tradición detrás. Todavía la Convención de Viena no incluye entre sus definiciones a la declaración interpretativa, a pesar de la propuesta de Hungría de igualarlas con las reservas¹⁷. Por lo demás, cuando la formulación de reservas se encuentra obstaculizada por los términos del tratado, no es raro que los Estados planteen declaraciones interpretativas que materialmente vehiculizan el contenido de cabales reservas. Este fenómeno se verifica precisamente respecto de los tratados de derechos humanos: los Estados se ven compelidos a veces a enmascarar su reluctancia a aceptar algunas provisiones del tratado echando mano del recurso de declaraciones interpretativas que no son tales¹⁸. En su clásico trabajo sobre las declaraciones, McRae aporta, precisamente, el testimonio de importantes autoridades doctrinales contestes en señalar que los Estados se inclinan a menudo por hacer declaraciones para evitar sufrir el contralor del régimen de reservas, siempre más estricto¹⁹.

1.4.2. *Sobre las reservas*

La reserva, en principio, se dirige a alterar una disposición del tratado, o a modificar sus efectos jurídicos; con ello, modifica también la situación de quien la emite respecto de las otras partes del tratado, al punto que puede llegar a impedir la entrada en vigor del tratado entre el reservante y un Estado que la objete de plano²⁰. Ahora bien, las no infrecuentes declaraciones de los Estados –decía la Comisión de Derecho Internacional

¹⁶Cfr. Cameron I. & Horn, F, “Reservations to the European Convention on Human Rights: the Belilos Case”, 33 *German Y B Int'l Law* 69 (1990), 72-86. Los autores sostienen que una disposición de carácter jurídico incierto debe ser entendida como una (mera) declaración interpretativa; pero por otra parte estiman verosímil que el gobierno suizo, en su formulación de 1974, haya buscado conseguir a la vez los efectos de ambos tipos de provisión (cfr. 83 y 86).

¹⁷Cfr. McRae, D.M., “Legal effect of declaratives interpretations”, *BYIL* (54), 1978, 155-173 (aquí 155-158).

¹⁸Cfr. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 170.

¹⁹Cfr. McRae, D.M., art. cit., nota 12, 159.

²⁰Cfr. Marco Benatar, M., art. cit. nota 4, 176.

ya antes de la Convención de Viena– pueden no ser sino una mera clarificación de la posición del Estado, sin por ello pretender “variar o excluir la aplicación de los términos de un tratado adoptado”²¹. Dado que los alcances de la reserva tienen de suyo consecuencias mayores en términos de las obligaciones que genera el tratado, los especialistas, a la hora de evaluar la reacción que podría haber ante los planteos de los Estados signatarios, asignan relevancia a la determinación previa de cuándo tales planteos solo son declaraciones interpretativas²². Quienes han profundizado la distinción entre ambas ponen la línea divisoria en la modificación o extinción de los efectos jurídicos del tratado, lo que constituye una propiedad de las reservas, pero no de las declaraciones²³.

1.4.3. *Las declaraciones interpretativas*

De las dos especies que estamos tratando, las declaraciones tal vez constituyan la forma con manifestaciones más variadas y complejas. Asimismo, los especialistas consideran que han recibido en general menor atención de los organismos e instancias internacionales²⁴. Ocupémonos pues de ellas con algún detenimiento, recalando en el no desdeñable tratamiento que, por contrario, sí han recibido por parte de la doctrina.

Estableciendo sus efectos jurídicos como interpretación del tratado –es decir, no como interpretación válida solo para el ámbito interno, sino en el plano colectivo– Marco Benatar establece cuatro niveles, que van desde un valor probativo mínimo de las declaraciones, que solo confirmaría las conclusiones de un intérprete autorizado (como para algunos lo sería el *treaty body*); pasando por una determinación normativa que solo ligaría al declarante, sin hacerlo con las demás partes; alcanzando, en un tercer nivel, consentimiento de otras partes del tratado; hasta llegar, como hipótesis máxima, a ser considerada la interpretación auténtica del tratado, aceptada por todas las partes²⁵. Para que estas declaraciones

²¹ILC (1966), citado por Bowett, D. W., “Reservations to non restricted multilateral treaties”, *British Year Book of International Law*, vol. 48, issue 1, 1977: 67-90 (aquí, 68). Sin embargo, Bowett trae a cuento un caso no insólito, en el cual la declaración se erige en condición resolutoria de la voluntad pacticia del Estado: se trata del caso en que un Estado plantea una declaración interpretativa a cuya aceptación supedita su inclusión en el tratado (cfr. 68-69). Este supuesto (el de las *declaraciones cualificadas*) será visto enseguida.

²²Cfr. Bowett, D.W., art. cit., nota 22, 75.

²³McRae, D.M., art. cit., nota 12, 158-159.

²⁴“El núcleo duro de las omisiones que dejó subsistir la Convención de Viena de 1969 tiene que ver con la definición y el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas”, sostiene Riquelme Cortado, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, 33 (*op. cit.*, nota 11). Por su parte, también Pellet síndica a esta ausencia como una laguna en la Convención de Viena; véase Alain Pellet, “The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties”, *EJIL*, 24 (2013), 1082.

²⁵Cfr. Benatar, M., art. cit., nota 4, 196.

surtan efectos jurídicos internacionales (i.e., en el plano colectivo) deben ser aprobadas por lo menos por un Estado; en caso contrario se reducen a actos unilaterales autónomos, que solo rigen en el ámbito interno del Estado declarante²⁶. Pero no resulta habitual que se produzcan actos de aprobación expresa e inequívoca de las declaraciones; lo común es el silencio, el cual sin embargo no debe ser entendido como aprobación tácita, tal como ocurre con las reservas²⁷.

Por su lado, D. M. McRae, reconocido especialista en este tema, introduce una nomenclatura y unas categorías que ameritan ser mencionadas, por la trascendencia de que han gozado. Cuando el Estado se propone simplemente ofrecer una interpretación de todo o una parte del tratado, estamos frente a una “mera (*mere*) declaración interpretativa”. Si por el contrario la ratificación o adhesión del tratado se ve supeditada a la aceptación de dicha interpretación, nos hallamos frente a una “declaración interpretativa calificada (*qualified*)”. En el primer caso, agrega McRae, el Estado no parece aspirar a que su interpretación sea definitiva. En el segundo caso, el Estado se desentiende de que una subsecuente decisión pueda impugnar su interpretación, y además liga a esta su condición como parte del tratado. Esta última clase de declaración podría proponerse inclusive modificar o alterar los efectos jurídicos del tratado. Tal interpretación calificada, señala McRae, vale ya como una reserva.

Aparecen bajo ese supuesto dos cuestiones, distintas y de crucial significación: si la declaración solo interpreta, o si por el contrario también busca modificar los términos del tratado; y si ella es condición resolutoria para la ratificación, o no. La primera pregunta –dice nuestro autor con apoyo en el fallo arbitral de la Corte que entendió en la delimitación de la plataforma continental del Canal de la Mancha– se concreta en la intención –o no– de modificar *los efectos jurídicos* de alguna provisión del tratado respecto del Estado que la formula. La segunda pregunta la ejemplifica el autor con el caso de la India al ingresar a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental. La manifestación del gobierno indio (aceptada como declaración interpretativa) de que todo lo hecho y por hacer por la India para asistir a la actividad naviera era coherente con la I. M. C. O. constituiría un caso de *estoppel*²⁸ y debería ser considerada como una declaración de política interna, sostiene McRae²⁹. El *estoppel* adquiere relevancia aquí en tanto manifestación de la voluntad del Estado signatario a la hora de interpretar el modo de su adhesión al instrumento

²⁶Cfr. *ibíd.*, 185-186.

²⁷Cfr. *ibíd.*, 189-191.

²⁸Sobre la naturaleza del *estoppel* véase Pastor Ridruejo, J., *op. cit.* nota 9, 148-151.

²⁹Cfr. Mc Rae, D.M., art. cit., nota 12, 161-165.

internacional: se trata, subraya Mc Rae, de “la intención a la luz de la cual el tratado ha de ser interpretado” (para ese Estado particular)³⁰.

Existen otras clasificaciones, como la de la acreditada obra de Frank Horn, libro de cabecera en el problema que nos ocupa. Atendiendo al objeto mismo de la interpretación, Horn identifica cuatro distintas categorías de declaraciones interpretativas: 1) interpretaciones afirmativas (*interpretation intra legem*): un reconocimiento de que el texto es claro y se halla desprovisto de ambigüedades; 2) interpretaciones clarificadoras (*interpretatio secundum legem*): ponen remedio a la falta de certeza del texto, lo cual puede deberse a su vaguedad (los términos son usados de modo no siempre coherente), o a su ambigüedad (los términos son usados para significar referentes diversos); 3) interpretaciones amplificatorias (*interpretatio praeter legem*): se interpreta un texto para incluir en él nuevos actos y eventos, no aludidos por los términos de la provisión. Esta clase de interpretación resulta más difícil de aceptar que aquellas puramente interpretativas, y la posibilidad de que tal aceptación se dé dependerá de la voluntad de las partes para aceptar tales extensiones y de la naturaleza de la convención de que se trate; 4) interpretaciones correctivas (*interpretatio contra legem*): estas interpretaciones van ostensiblemente contra el sentido usual del texto del tratado. No existe amplio consenso en aceptar a esta última clase como declaraciones interpretativas. Se producen, por ejemplo, cuando una lectura normal de la provisión del tratado llevase a un absurdo o a un resultado injusto, contrario al principio de la buena fe, el cual constituye la piedra angular de toda hermenéutica jurídico-internacional³¹.

Acotemos por fin que la característica de la relativa irrelevancia de la aceptación de las declaraciones por los demás Estados (si se las compara sobre todo con la importancia que revisten las objeciones a las reservas), se pone aun más de relieve en el caso de aquellas manifestaciones del Estado que se refieren a su política interna. En tales supuestos, el efecto jurídico de la aceptación no se erige en parte del tratado, sino que queda independiente de él en tanto instrumento internacional y vale solamente para el Estado declarante en la conducción de los asuntos que conciernen a su propia jurisdicción soberana.

³⁰*Ibid.*, 165-170.

³¹Cfr. Horn, F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam-New York, North Holland, T.M.C. Asser Instituut, 1988, 249-258.

2. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN Y LAS CONTROVERSIAS DE LA DOCTRINA. LAS CRÍTICAS A LA CONVENCIÓN DE VIENA

Como se ha dicho *supra*, la Convención para la Prevención del Genocidio, dadas las reservas que motivó, aparece como el inicio del debate jurídico contemporáneo sobre este problema³². El número de ratificaciones a la Convención necesarios para considerarla en vigor podía no ser alcanzado debido a la cantidad de reservas de los Estados a su art. 9, que facultaba a los signatarios a acudir unilateralmente a la CIJ si encontraban que algún Estado había transgredido la Convención. Por esa razón la Asamblea de la ONU solicitó una opinión consultiva a la CIJ. La respuesta de la Corte, en decisión 7 a 5, básicamente, consistió en considerar que las reservas estaban permitidas. La posibilidad de ampliar el radio de ratificación de la Convención justificaba la aceptación de reservas por parte de los signatarios, reservas que serían aceptables en tanto y en cuanto no contradijesen el objeto y fin del tratado³³. He allí el principio ciliar que gobernará la compatibilidad de las reservas con el tratado, al ser reafirmado en 1969 por la Convención de Viena, en su art. 19 c³⁴. Y no dejemos de remarcar que la CIJ no juzga incompatible con la Convención sobre la Prevención del Genocidio que los Estados no puedan ser llevados unilateralmente ante su estrado.

No obstante la prestancia del principio formulado por la CIJ y la Convención de Viena (a saber, el de la legitimidad de las reservas a los tratados multilaterales, cualquiera sea su naturaleza), son muchos los operadores internacionales que, por un lado, lo ven como insatisfactorio; y, en la misma línea, postulan la extensión de las facultades de los comités y cortes encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, con el propósito de sustraer al tratado de toda restricción o interpretación por parte de los Estados signatarios³⁵. En efecto, en los últimos años la misma Convención de Viena ha recibido críticas, a causa de una pretendida incapacidad de sus provisiones para evitar la introducción de reservas no permisibles en los tratados de derechos humanos. El art. 20 de la Convención, se arguye, deja librado a la acción de los Estados el objetar las reservas de otros signatarios. Luego, la “inercia” de los Estados, unida al hecho de que estos pueden seguir considerando parte del tratado a Estados que han formulado reservas no permisibles, son ideas que sirven

³²Para una hojeada histórica del tema de las reservas a tratados multilaterales ver Coccia, M., “Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 15: 1-51 (1985), especialmente 4-16.

³³Las correspondientes citas jurisprudenciales en Schabas, W., art. cit., nota 10, 45-46.

³⁴Se halla un análisis de la Convención de Viena en el contexto de la teoría y la praxis contemporánea respecto de nuestro tema en Hilpold, P., “Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention”, *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 34, Heft 4 (1996): 376-425.

³⁵Cfr. Fitzmaurice, M., art. cit., nota 16, 156-7.

de fundamento a los críticos para sostener la conveniencia de cuerpos especialmente creados por los pactos internacionales (los *treaty bodies*) para vigilar la validez de las reservas –o sea: controlarlas y restringirlas–³⁶.

Es así como el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario General N° 24 (52), expresa que tanto la opinión consultiva de la CIJ de 1951 cuanto la Convención de Viena resultan inapropiados para regular las reservas a los tratados de derechos humanos³⁷. Se trata de un pronunciamiento, digámoslo desde ya, que constituye un momento clave en la contemporánea deslegitimación de las reservas a este género de tratados. Y que aparece como emergente de toda una serie de manifestaciones contestes en retacear en general los fueros de los Estados en el orden internacional, ante todo frente a la malla axionormativa –con fundamento cosmovisional– de los derechos humanos. Baste un ejemplo para ilustrar esta afirmación: un especialista ha llegado a sostener –en detrimento de la naturaleza misma del orden político-estatal y del orden internacional– que el Convenio de Derechos Civiles y Políticos resulta “imposible” de denunciar³⁸.

Aunque sin llegar a tales tesis, ya el mismo Comentario del Comité de la ONU recibió la crítica oficial de varios Estados, como el Reino Unido, que llama a aplicar las reglas generales sancionadas por la CIJ y por Viena, de modo de atender las peculiaridades propias de los tratados de derechos humanos. Esta posición, preconizando no preterir los principios de la Convención de Viena, por muchos considerados como derecho internacional consuetudinario, no es privativa de los Estados críticos de las agencias internacionales. Una prueba significativa de esto se la encuentra en las afirmaciones del mismo Alain Pellet, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, a cargo de lo que terminó siendo la *Guide to Practice on Reservations to Treaties*. Para Pellet el régimen de Viena es “bien balanceado, flexible y adaptable”, algo que sus críticos (los *human rights bodies* y el “terrorismo intelectual ejercido por algunos extremistas de los derechos humanos”: *sic*) demasiado a menudo olvidan³⁹.

Cerremos este párrafo mencionando una consecuencia adicional a las posiciones criticadas por Pellet: se trata de la deriva atomizadora que la *constitucionalización de la protección internacional de los derechos humanos* comporta para el derecho internacional público como orden de la interdependencia entre los Estados del orbe⁴⁰.

³⁶Cfr. Redgwell, C., art. cit. nota 12, 405-406.

³⁷15 HRLJ, 464, at 467, parág 17. Cfr. Korkelia, K., art. cit., nota 14, 449.

³⁸Se trata del austríaco Manfred Nowak (cit. por Schabas, W., art. cit. nota 10, 44).

³⁹Pellet, A., art. cit., nota 25, 1074 y 1078; cfr. Redgwell, art. cit. nota 12, 391-2.

⁴⁰Craven, M., “Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 11 núm. 3”, 489-519 (aquí 490).

3. LAS RESERVAS, ENTRE EL INTERNACIONALISMO DOCTRINAL Y LA REALIDAD EFECTIVA

3.1. LAS IDEAS-FUERZA MAESTRAS DE LAS CORRIENTES INTERNACIONALISTAS

Si bien la Convención de Viena se ocupa de las reglas de aceptación de las reservas y de las objeciones a ellas (art. 20), así como de los efectos jurídicos de ambas (a. 21), dicha Convención no alcanza a determinar (explícitamente) si esas provisiones son aplicables a reservas admisibles o inadmisibles, o cuáles son los efectos jurídicos de las reservas inadmisibles⁴¹. Esto último (una “brecha”) provocó en la red institucional-doctrinal que promueve la juridización internacional de los derechos humanos una viva preocupación, por cuanto esa red busca preservar la integridad o relativa intangibilidad de los tratados frente a la actitud potencialmente crítica de los Estados signatarios⁴².

En primer término, se plantea lo que podríamos llamar el mecanismo de invalidación. En respuesta a ese problema aparece la doctrina de la *permissibility* o *admissibility*. Postula que la validez de las reservas tiene un límite perentorio en el test del objeto y fin del tratado. Solo serán *opposables* ante otros Estados en la medida en que cumplan con ese requisito⁴³. Los otros signatarios, por su parte, podrán aceptarlas o plantear objeciones a esa reserva, pero ya con fundamento diverso a la contrariedad con el objeto y fin (razones políticas, etc.). Bajo esta óptica, la aceptación de las partes (expresa o tácita: los Estados tienen 12 meses para plantear objeciones) no hace válida de por sí a la reserva. Esta doctrina encuentra adeptos entre los *scholars* británicos (Aust, Bowett, Regdwell)⁴⁴. *A contrario sensu*: no son las objeciones de los Estados las que tornan inválidas a las reservas, sino que la permisibilidad de estas pende de su compatibilidad con el objeto y

⁴¹Así plantea la situación Konstantin Korkelia (art. cit. nota 14, 452), un especialista adscrito a la corriente crítica de Viena, que preconiza la autonomización de la esfera de los derechos humanos, a partir de la autonomía de los organismos que los enuncian. No se le escapa a este autor, sin embargo, la tensión que existe entre ese polo internacionalista y la soberanía de los Estados (*ibíd.*, 338).

⁴²De más está decir que en esta tesitura internacionalista los Estados no quedan subordinados, de hecho, a las *normas* de los tratados, sino a las interpretaciones dinámicas de sus intérpretes; *rectius*: a los titulares de los organismos supranacionales, es decir, a *poderes* supranacionales.

⁴³Para una discusión acerca de si contrariar las normas de *jus cogens* constituye uno de los supuestos de la transgresión del objeto y fin del tratado cfr. Linderfalk, U., “Reservations to treaties and norms of *jus cogens*. A Comment on Human Rights Committee’s General Comment N° 24”, en Ziemele, I. (ed.), *Reservations to the Human Rights Treaties and the Vienna Convention Régime*, Springer, 2012, 213-234. Allí el *jus cogens* visto como el reaseguro de un *international Public Order*.

⁴⁴Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 140.

fin. Se postula así la necesidad de que el tratado pierda carácter pacticio y de que los términos del acuerdo escapen a libertad de sus sujetos⁴⁵.

Para la doctrina de la *opposability, oponibilidad* (también *acceptability*), la validez de la reserva depende de la aceptación de los Estados y, como dijo el juez argentino Ruda (luego presidente de la CIJ), “la provisión del art. 19 c de la Convención de Viena (reserva incompatible con el objeto y fin del tratado) debe solo ser vista como una mera aserción doctrinal, que puede servir de base para la guía de los Estados respecto de la aceptación de reservas, pero no más que eso”⁴⁶.

El Comité de Derechos Humanos no aprobaba en su *Comentario* que los Estados fuesen instrumentos apropiados para declarar la invalidez de las reservas, debido a la ausencia de interés jurídico en hacerlo. Por otra parte, y en su condición de *treaty body* de la Convención de Derechos Civiles y Políticos, sostenía la tesis de que la instancia encargada de tomar vista de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado eran los comités creados por los tratados⁴⁷.

En segundo término, se plantea el problema de los efectos jurídicos de las reservas inválidas. Puede ocurrir que ella sea condición del Estado para aceptar el tratado, en cuyo caso no se lo considerará parte. Ahora bien, si el Estado no hace a la reserva condición resolutoria de su acesión, un sector significativo de la doctrina vigente afirma la aplicación de la *severability, separabilidad*, por la cual el Estado es considerado parte del tratado pero no se tiene en cuenta su reserva⁴⁸.

Vemos cómo en este último caso la consecuencia de la reserva inválida, mediante la *severability*, redundante en que ella no tiene efectos jurídicos. Bowett sostiene que, *judicialmente* –es decir, en una instancia arbitral o contenciosa a la que las partes hubieran recurrido o aceptado–, debería hacerse una ponderación entre la reserva inválida y la voluntad del Estado de obligarse por el tratado; luego toda reserva no permisible que se halle en contradicción con el objeto y fin del tratado puede ser no tenida en cuenta, como una nulidad (como en el caso de la reserva francesa a la Convención sobre plataforma continental). Pero si la reserva sí se halla en contradicción con el objeto y fin y ha sido formulada de modo tal que muestra que de su aceptación depende la voluntad del Estado de obligarse, luego esta reserva no será *severable* y el acto de ratificación o acesión del Estado será inválido. De todas maneras, el propio autor, adscripto a la doctrina de la *severability*, había admitido que no existe autoridad di-

⁴⁵Para una crítica operativa a esta visión, visión que justifica por principio las imposiciones deónticas transculturales, cfr. Klabbers, J., “On Human Rights Treaties, Contractual Conceptions and Reservations”, en Ziemele, I. (ed.), *op. cit.* nota 44, 149-182 (aquí 178).

⁴⁶Ruda, J. Ma., “Reservations to Treaties”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1975-III, Sijthoff, 1977, vol. 146, 95-218 (aquí, 190).

⁴⁷Cfr. Korkelia, K., art. cit. nota 14, 452-454.

⁴⁸Cfr. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 141.

recta que pueda determinar la invalidez y hacerla efectiva; o, lo que es lo mismo, tornar no efectiva la reserva⁴⁹. Redgwell, por su parte, preconiza la *severability* como superación de las lagunas de Viena y como remedio contra la corrosión de la integridad de los tratados; pero reconoce que su operatividad pende en buena medida de la existencia de *treaty bodies* –y pone como ejemplo de ello los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como “Belilos”–⁵⁰. Es la posición alentada por el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que postula la extensión de las facultades que se atribuye a todos los órganos de la misma clase. Ellos serían, concuerda Schabas, los encargados de juzgar las dos grandes hipótesis de las reservas inválidas: o que, por ser la reserva parte substantiva de la voluntad de adhesión del Estado, la ratificación misma sea inválida, o que la reserva pueda no tener ese carácter y sus efectos jurídicos ser declarados nulos, con lo cual el Estado queda obligado incluso por la provisión reservada⁵¹. En cualquier caso, Schabas reitera un lema de las teorías internacionalistas: el tratado no entra en vigor entre los Estados, sino entre los Estados y todos los individuos en su territorio y sujetos a su jurisdicción⁵².

La *severability* no es la única alternativa doctrinal a la reserva inválida. Otras posiciones preconizan la *reacción (backlash)*, en virtud de la cual, al hallarse viciado el instrumento de ratificación o adhesión por la invalidez de la reserva, no se considera al Estado como parte del tratado. Por último, una doctrina quirúrgica (*surgical*) considera al Estado ligado por el tratado, aunque su reserva sea ilegal⁵³.

La *severability*, a pesar de ser la posición más preconizada por los organismos internacionales y sus corifeos académicos, es al mismo tiempo resistida en general por los Estados⁵⁴. Por otra parte, aunque la *severability* considera que las objeciones de los Estados son formalmente innecesarias para establecer la invalidez de las reservas contrarias al objeto y fin del tratado, con todo no deja de preconizar la conveniencia de que los Estados formulen objeciones contra ellas. Es así como la *Guide* elaborada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, que adhiere a esta doctrina, recomienda en esos casos “formular objeciones razonadas tan pronto como sea posible”. De hecho, como señala Swaine, la principal

⁴⁹Cfr. Bowett, D.W., art. cit. nota 22, 76 y 77.

⁵⁰Cfr. Redgwell, C., art. cit. nota 12, 410-412.

⁵¹Cfr. Schabas, W., art. cit. nota 10, 70-72.

⁵²Id., *ibid.* Ésta es la tónica general de una franja protagónica en los ámbitos institucionales y doctrinales enrolados en la promoción internacionalista de los Derechos Humanos.

⁵³Cfr. Týc, V.; Janku, L.; Sipulová, K., “Reservations to Human Rights Treaties: a Case Study on the Practice of Czechoslovakia and its Successor States”, *International Community Law Review*, 16 (2014), 371-398 (aquí, 375).

⁵⁴Cfr. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 140-141; véase asimismo I. Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 115.

base para evaluar las relaciones de los tratados, en los hechos, estriba en las reacciones recíprocas entre los Estados⁵⁵.

3.2. UN JALÓN TEÓRICO-INSTITUCIONAL CLAVE: LA GUIDE DE 2011

La Comisión de Derecho Internacional (ILC, por sus siglas en inglés) emprendió una larga tarea, bajo la dirección de su relator especial Alain Pellet, para elaborar un documento orientativo (según el propio Pellet, no tiene ni ha tenido aspiraciones de ser otra cosa, si por “otra cosa” entendemos carácter vinculante para la praxis estatal de concertación de tratados) respecto de las reservas a los tratados, que revisara y actualizara las disposiciones de Viena sobre el tópico⁵⁶. Esta tarea comenzó en 1993 (un año antes del Comentario de la Comisión de Derechos Humanos) y culminó en 2011, con la adopción oficial del documento por la CDI (*Guide to Practice on Reservations to Treaties*), en su 63ª sesión, cuyas consideraciones se conocían desde 2008⁵⁷.

Ya hemos visto que el propio Pellet advierte que la *Guide* no puede ser tomada como una norma preteritoria ni de cumplimiento obligatorio por los Estados⁵⁸. Restando crédito a las pretensiones de exaltación axiológica de los tratados de derechos humanos, Pellet defiende la validez de la formulación de reservas, así como rechaza que la existencia y acción de los *treaty bodies* represente una *condicio sine qua non* de estos tratados, ello hasta el punto de alterar el régimen de reservas establecido por Viena y los principios a ser aplicados para determinar su validez⁵⁹.

⁵⁵Cfr. Swaine, E. T., “Treaty Reservations”, en Hollis, D. B., *The Oxford Guide to Treaties*, (Oxford, O. U. P., 2012), 277-301 (aquí, 287-288). En las páginas anteriores el autor trae una interesante comparación entre las doctrinas de la *severability* y la *opposability*. Y en 289-290 muestra las dificultades que genera la prohibición de reservas en los tratados que pretenden establecer tal prohibición –así como las vías indirectas de formulación que terminan produciéndose en esos casos–.

⁵⁶Alain Pellet también es autor, cabe mencionarlo aquí, de un exhaustivo estudio del régimen de Viena sobre reservas a los tratados –cfr. Pellet, A., “Section II, Reservations. Article 19”, en Corten, O. y Klein, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, T. I (Oxford, O. U. P., 2011), 405-482–.

⁵⁷Cfr. Arp, B., art. cit. nota 7, 145.

⁵⁸Cfr. Pellet, A., “The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties”, art. cit. nota 25, 1074 y 1094. En el mismo sentido se pronuncian el académico Mirko Milanovic y el juez de el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Linos Sicilianos. Poniendo de relieve que ese “*Vienna-plus*” que es la *Guide* desarrolla y precisa a la Convención de 1969 sin contradecirla, ambos aclaran algo por lo demás obvio: que no se trata de norma obligatoria alguna, y que el Comité de Derechos Humanos de la ONU no podría arrogarse las facultades que por ejemplo ostenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –cfr. Milanovic, M. y Sicilianos, L.-A., “Reservations to Treaties: an Introduction”, *European Journal of International Law*, vol. 24 (2013) núm. 4, 1055-1059–.

⁵⁹Cfr. Pellet, A., art. cit. nota 25, 1079-1081.

Las reservas, explica Pellet, debe cumplir tres condiciones: formulación en la forma y procedimiento requerido, ser permisibles (en cuyo núcleo se halla el criterio del objeto y fin)⁶⁰ y verse aprobadas por las contrapartes o cuerpos de monitoreo que quepan en cada caso. Una tal reserva produce efectos jurídicos previstos, esto es, el tratado entra en vigor para la parte y la reserva surte los efectos propuestos por el Estado que ha formulado la reserva. Por el contrario, si la reserva es inválida –y la reserva es inválida (“nula y vacía”), nótese, más allá de las reacciones de las otras partes (aquí reside, reconoce Pellet, “la más delicada porción de la *Guía*”)–; entonces el *status* del autor depende de si pone como condición para obligarse la subsistencia de la reserva, o no. En el primer caso, el Estado no forma parte del tratado; en el segundo, sí forma parte del tratado aunque (y aquí la *Guide* asume la cuestionada doctrina de la *severability*) sin el beneficio de la reserva⁶¹.

3.3. EL ESCENARIO POLÍTICO INTERNACIONAL Y LA PRAXIS DE LOS ESTADOS

La situación político-jurídica muestra un verdadero estallido de reservas a los tratados de derechos humanos, que son numerosísimos. Hacia 2014 existían 192 tratados de derechos humanos, de los cuales 35 provienen del período posterior a la caída del muro⁶². Ya hemos dicho que el Convenio de Derechos Civiles y Políticos había movido 150 reservas de parte de 46 de los 127 signatarios (el 36 por 100)⁶³. Otros casos típicos son el de la Convención de los Derechos del Niño, con 165 ratificaciones y 40 Estados que formulan reservas; o el de la Convención contra la Discriminación a la Mujer, con 42 Estados reservantes, de 142 que ratifican (ambos datos de 1994, el año del Comentario General del Comité de DD.HH. de la ONU)⁶⁴.

Ahora bien, salta a la vista que ese escenario no se condice con la vigencia de las teorías postuladas por las instituciones consagradas a la promoción internacionalista de los derechos humanos y por sus corifeos académicos. De hecho, una de los más relevantes *scholars* enrolados en

⁶⁰Cumpliendo con ambas condiciones, las reservas son *válidas*.

⁶¹Cfr. Pellet, A., art. cit. nota 25, 1087-1092. El avance respecto de la Convención de 1969 es explicado por dos especialistas a partir del hecho de que la *Guide* ha capitalizado la praxis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU –Ziemele, I. y Liede, L., “Reservations to Human Rights Treaties: from Draft 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6.”, *European Journal of International Law*, vol. 24, (2013) N° 4: 1135-1152, aquí 1151–. Debemos señalar por nuestra parte que esos organismos, con razón y derecho o sin ellos –y esto de acuerdo con su naturaleza respectiva–, han tensado sus prerrogativas en la línea de la *constitucionalización* de un *orden público* fundado en los derechos humanos.

⁶²Cfr. Týc, V. et al., “Reservations to Human Rights Treaties”, art. cit. nota 54, 393.

⁶³Cfr. Redgwell, C., art. cit. nota 12, 393.

⁶⁴Cfr. Schabas, W., art. cit. nota 10, 42.

esta posición, Catherine Redgwell⁶⁵, observa, por ejemplo, que incluso los Estados que han objetado contra las reservas de Estados Unidos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos por considerarlas “contrarias al objeto y fin”, no han dejado de considerar que el tratado entraba en vigor entre ellos y Estados Unidos. Es decir: la invalidez o no permisibilidad absoluta de la reserva no ha desembocado ni en la *severability* ni en la invalidación del acto de ratificación del Estado reservante –como así tampoco los Estados objetores niegan su vinculación jurídica con el reservante–⁶⁶. Por otra parte, es la doctrina misma de la separabilidad de las reservas “no permisibles”, adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la que ha sido objeto de críticas e impugnaciones del Reino Unido y de Estados Unidos. Gran Bretaña observó que el criterio de la opinión consultiva sobre la Convención sobre el Genocidio satisface los requerimientos de los tratados de derechos humanos; y que el test de incompatibilidad debe ser de resorte de los Estados, con el agregado de la aseveración de que era difícil de imaginar una reserva contraria al objeto y fin del tratado que no fuera objetada por ninguna de las partes signatarias. Estados Unidos, por su lado, agregó que una reserva forma parte de la voluntad del Estado cuando se obliga en el tratado, y que mal podría entonces ser ignorada arbitrariamente⁶⁷.

Asimismo, siempre a propósito de la praxis efectiva de los Estados –y como ya había observado la Comisión de Derecho Internacional en 1966 (ver *supra*, nota 22)–, es relevante tener en cuenta que las objeciones a las reservas a veces se hacen por razones de principios o de conveniencia política, pero sin la intención de impedir la entrada en vigor del tratado entre los Estados objetor y reservante⁶⁸.

Finalicemos señalando una consecuencia de la validez y de la vigencia del principio de soberanía (independencia) del Estado en el orden internacional para el ámbito que concierne específicamente a este estudio, el de las reservas y declaraciones interpretativas. Lo haremos aduciendo, también en línea con dicha perspectiva de abordaje, dos conspicuas voces de la respectiva doctrina jurídica. Respecto de las tesis que ponen en tela de juicio la legitimidad de la formulación de reservas, viene a cuento citar nuevamente a Allain Pellet, cuya conclusión es taxativa en este punto: “[e]xcepto por razones puramente ideológicas no existe fundamento para alegar que por esencia los tratados de derechos humanos no están

⁶⁵“Leading proponent of the school of *permissibility*”, la llama Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 147.

⁶⁶Cfr. Redgwell, C., art. cit. nota 12, 406.

⁶⁷Cfr. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 148.

⁶⁸Y *B ILC*, 207, citado por Jan Klabbers, art. cit. nota 46, 172. Sobre la aceptación de la práctica de denuncia del tratado con ulterior nueva ratificación con reservas, véase Arp, B., art. cit. nota 7, 144-148.

abiertos a reservas”⁶⁹. En cuanto a la pertinencia de las declaraciones interpretativas, en la autorizada doctrina de McRae hallamos un mentís a la idea de que ellas adolecerían de una suerte de invalidez por principio. En efecto, el *scholar* británico sostiene que la declaración interpretativa provee la evidencia a la luz de la cual el tratado debe ser interpretado. Una interpretación individual, agrega, realza su valor en la medida en que otros signatarios la aceptan. Tal aceptación por parte de los otros Estados no obliga a estos respecto del contenido de la declaración, mas sí por lo menos alcanza valor probativo respecto del sentido del tratado –y puede abrir la vía para una recta interpretación del instrumento⁷⁰–.

4. EL *PONDUS* A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SURGIDAS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN DOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

4.1. *EL CASO EUROPEO: UN “ORDEN PÚBLICO”. LOS ECOS EN LA DOCTRINA JURÍDICA*

El caso “Belilos c. Suiza” (21 de abril de 1988) representa un verdadero jalón en la historia del específico problema que nos ocupa. Se trata de un canoro ejemplo de la acción de *treaty bodies* (en este caso, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) dejando sin efecto la reserva formulada por un Estado. Con apoyo en la doctrina jurídica más calificada que lo ha tratado daremos noticia de este fallo con el fin de evaluar brevemente su significación.

La Comisión había sostenido en el anterior fallo “Temeltasch c. Suiza” (1982) que la Convención Europea de Derechos Humanos le había conferido competencias para determinar la admisibilidad de una reserva⁷¹. Por su parte la Corte, en “Belilos”, reconoce esa competencia de la Comisión. Precisamente en este contexto de afirmación de las competencias de los cuerpos de monitoreo para decidir sobre la validez de reservas y declaraciones se engrana la idea, que ya había aparecido en el caso “Austria c. Italia” (1961), de que la Convención se propone establecer un *common public order* para el espacio jurídico europeo⁷². Es así como la Corte persistirá afirmando en el posterior fallo “Loizidou c. Turquía” (1996), con respaldo en el texto del tratado, que la Convención resulta “un instrumento del orden público europeo para la protección de los individuos” y que

⁶⁹Pellet, A., art. cit. nota 25, 1080.

⁷⁰Cfr. McRae, D.M., art. cit. nota 18, 169-170.

⁷¹Temeltasch vs. Switzerland, App. N° 9116/80, Report of 5 May 1982, & 63 –cit. por Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 87–.

⁷²Cfr. Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 88.

su misión institucional como cuerpo de monitoreo es “asegurar la observancia de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes”⁷³.

El sentido de la afirmación de un orden público europeo se asienta en bases en última instancia políticas, las únicas que podrían proveerle asidero. La dinámica integrativa europea es causa de que el tratado de derechos humanos que liga a los respectivos Estados pueda llegar a ostentar visos constitucionales y a dar lugar a la existencia y a la acción de órganos que, paulatinamente, han ido asumiendo poderes decisorios últimos –*aunque solo respecto de la normativa del tratado*–⁷⁴. Hay un interés común que trasciende al interés particular de los Estados, tanto tomados individualmente cuanto tomados en su sumatoria total; y de ese interés común son custodios la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁵. Es por ello que –muy certeramente– M. Fitzmaurice observa que la idea de un orden público supone un tejido comunitario ya de alguna densidad, como el europeo; razón por la cual tal idea no podría ser lícitamente extrapolada a un nivel global, en el que esos vínculos políticos no existen⁷⁶.

4.2. LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1982

Este trabajo pivota en especial sobre la *doctrina* jurídica relativa al problema que nos ocupa. Pero resulta pertinente el análisis directo de una posición emanada de sede jurisprudencial a la hora de ejemplificar con mayor nitidez las posiciones que extreman la sujeción de los Estados a los organismos supranacionales.

Un eje de la tesis de la peculiaridad de los tratados de derechos humanos consiste en la afirmación de su irreductibilidad a un esquema pacticio basado en la reciprocidad⁷⁷. Para el ya citado Craven la mejor aunque

⁷³“Loizidou vs. Turquía”, ECHR (1995), serie A, N° 310, & 75 y 93 –citados por Korkelia, K., art. cit. nota 14, 445; y Redgwell, C., art. cit. nota 12, 407–.

⁷⁴Pues no debe olvidarse que la UE no es un Estado. Los fallos “Maastricht” y “Lissabon” del *BVerfGE* muestran –cfr. Castaño, S.R., “La secuencia ontológica del orden político como presupuesto de la politicidad del derecho y de la legitimación del poder. A propósito del fallo ‘Maastricht’”, *Criterio y conducta* N° 3, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, enero-junio 2008–. Murswiek, D., “Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip”, Hans Cristof Kraus, H. C.- Wolff, H. A., (eds.), *Souveränitäts probleme der Neuzeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010; Grimm, D., “Defending Statehood against Transforming the UE into a State”, *European Constitutional Law Review* volumen 5, issue 3, october 2009, 353-373.

⁷⁵Cfr. Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 92-93.

⁷⁶Cfr. M. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 143.

⁷⁷Cfr., por todos, Schabas, W., art. cit. nota 10, 65-66; Redgwell, C., art. cit. nota 12, 404; Korkelia, K., art. cit. nota 14, 442. Y ya no era ajena a esta misma perspectiva la posición de la Opinión Consultiva de la CIJ de 1951 (*Reservations to the Genocide Convention Advisory Opinion*: I.C.J. Rep. 1951, 16, cit. por Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 94).

no más conocida expresión de esta idea la provee la Opinión Consultiva de la Corte IDH, “Efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención americana de Derechos Humanos” (1982). El juicio no es antojadizo. Se trata de una instancia jurisdiccional supranacional que (a pesar de no ser órgano de ningún tratado de incoada integración política, como los de la UE) incluso no ha hesitado recientemente en atribuirse “la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (la *compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)”⁷⁸ –es decir, de atribuirse, y con la expresión canónica del derecho político, la mismísima *soberanía*–. Los considerandos pertinentes de dicha opinión están nucleados principalmente en los párrafos 29 y 33, y consideramos conveniente transcribirlos *in extenso*, dada la diafinidad y radicalidad del planteo:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. 33. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”⁷⁹.

Nótese que la unilateralidad en el pacto llega a alterar cualitativamente la estructura del tratado: cada Estado pacta *unilateralmente* con los individuos. Ahora bien, debe observarse que los *individuos* en el orden internacional, al igual que el *pueblo soberano* del mítico principio del derecho político moderno, no asumen realidad institucional y operativa si no son representados. Cabe decir entonces que, bajo este supuesto, los

⁷⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 9 de enero de 2018, considerando 15 (disponible en www.corteidh.or.cr. –consultada el 27 de junio de 2019–).

⁷⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*, 24 de septiembre de 1982 (disponible en www.acnur.org –consultada el 27 de junio de 2019–). Para un análisis general de esta Opinión Consultiva: Bazán, Víctor, “Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 6, (2000) N° 2, 171-225.

Estados se comprometen con los derechos humanos de los individuos, los cuales están representados por los cuerpos de monitoreo. Luego, en esta realidad político-jurídica *sui generis*, los Estados se ordenan a un fin cuyo cuidado está a cargo de los *treaty bodies*, a los cuales, en su radio de acción expansivo, estarán sujetos, necesariamente, los Estados signatarios. Estos ya son partes de un pacto que ha *constitucionalizado* la relación jurídica que los nuclea entre sí y con los cuerpos de monitoreo⁸⁰. Y –en la misma medida de esta pretendida constitucionalización– impuesta consecuentes relaciones de subordinación en principio orgánicas, formales e inapelables entre los cuerpos de monitoreo y los poderes de los estatales soberanos.

Si en el caso de la Unión Europea se verifican dinámicas políticas que pueden dar pábulo a la idea de una relación jurídica de raigambre incoactivamente constitucional, no ocurre lo propio con los Estados del Caribe, Hispanoamérica y Brasil, signatarios del Pacto de San José de Costa Rica. Aunque sin poder extendernos en este trabajo en la exposición de un tema fundamental para dirimir el error del planteo de marras, sí debemos, al menos, señalar una cuestión axial. Para que se establezcan relaciones de integración política –generadoras, a su vez, de relaciones de subordinación legítimas, orgánicas y *de jure*, plasmadas en forma constitucional– debe presuponerse la existencia de un bien común político. En el acápite final intentaremos dilucidar si los derechos humanos puedan fungir de bien común político y desencadenar la dinámica etiológica correspondiente.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN. DOCTRINA JURÍDICA Y REALIDAD POLÍTICA

5.1. EL PROBLEMÁTICO PAPEL DE LOS CUERPOS DE MONITOREO

La cuestión que se dirime en torno de las reglas a aplicar respecto de la admisibilidad de las reservas y de las consecuencias jurídicas que ello acarrea en el caso de los tratados de derechos humanos (esto es, en torno de su naturaleza distintiva frente a los tratados multilaterales en general) concierne decisivamente al principio de soberanía del Estado. Esta, en efecto, resulta confrontada por el así llamado “interés de la comunidad internacional”. Tal interés se pretende institucionalmente concretado –además de en las organizaciones depositarias de los tratados (como la ONU)– en los *treaty bodies* (creados por esta especie de tratados multilaterales), cuyas exigencias aparecen publicitadas por un conspicuo arco de

⁸⁰Fitzmaurice, M., quien no se encolumna acriticamente en la corriente internacionalista, apunta a propósito de la lectura de Mathew Craven: “the critical point around which the discussion of reciprocity turns is that of ‘enforcement’ and the characteristics of the ‘supervisory’ regimes instituted within human rights treaties” (cfr. Fitzmaurice, M., art. cit. nota 16, 154-155).

la doctrina. Aunque de modo no unánime: el distinguido jurista norteamericano Swaine observa también que, más allá de su potencial tensión con la soberanía del Estado, la acción de estos nuevos sujetos con facultades de declarar inválidas las reservas –a la par y por encima de los Estados mismos– acrecienta la probabilidad de pronunciamientos conflictivos. Y agrega: “los cuerpos de monitoreo de los tratados acentúan también los riesgos inherentes a la teoría de la permisibilidad. Si las reservas no son meramente oponibles por los Estados –un derecho que se extingue dentro de los doce meses– no hay potencialmente límites reales de oportunidad para invalidar reservas”⁸¹.

Pero además de poder resultar inconducentes para preservar la integridad del tratado, el problema de fondo respecto del papel de los cuerpos de monitoreo estriba, hay que reiterarlo, en la colisión de sus pretensiones con los legítimos derechos de los Estados para determinar, como árbitros últimos, las condiciones en que se obligan en el ámbito internacional⁸².

5.2.LA PRETENDIDA MUTACIÓN DE LA NATURALEZA DEL TRATADO

El sector tal vez dominante de las doctrinas aquí espigadas se halla signado por el *internacionalismo* (en términos jurídico-normativos, la primacía del tratado sobre la constitución de los Estados) y, lo que resulta esencial a esta especie de internacionalismo y en buena medida lo fundamenta, por una forma de *derecho-humanismo constitucionalizante*. Concretamente: la idea de que los tratados de derechos humanos no obligan a los Estados entre sí, sino que los obligan con un fin que los trasciende: los derechos humanos de los individuos.

Un estudio que no se encuadra dentro de dicha tónica generalizada es la sugerente aportación de Jan Klabbers⁸³. Una de las consideraciones inusuales –mas harto razonables– que este especialista aporta a la discusión es la tesis de la conveniencia práctica de asumir la perspectiva contractual a la hora de plantear la problemática de las reservas y de las respectivas objeciones. Al contrario de la aproximación propia de un “orden público” (*vide supra*, el caso “Belilos” y la Convención Europea de Derechos Humanos), la perspectiva contractual pone límites a la imaginación y al poder de los ideales que quieren convertirse en realidad. Pero por otro lado permite al Estado objetante, continúa Klabbers, amparar su objeción en la neutralidad del regateo horizontal, sin necesidad de acudir a im-

⁸¹Swaine, E.W., capítulo citado not 56, 300.

⁸²No nos hemos ocupado en este estudio de un tema vinculado con la realidad de los Estados que se sujetan a la acción de los tribunales internacionales: el del llamado *margen de apreciación*; al respecto se puede remitir a Iñíguez Manso, A.R., “Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación”, *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, a. II (2013) núm. 3, 75-105.

⁸³Cfr. art. cit. nota 46.

pugnaciones que necesariamente deberán recalar en su propio sistema ético –y en la descalificación del sistema ético del Estado reservante–. La afirmación de un orden de derechos humanos, agrega Klabbbers, excede el proponer una mera serie de normas y pone en juego la exaltación de un plexo de valores (por momentos minucioso) con pretensión de universales. Y es la confrontación respecto de tales valores –más que la ponderación del “objeto y fin del tratado”– la que genera el conflicto que se traduce en las reservas a los tratados de derechos humanos⁸⁴. Klabbbers ha puesto sin duda sobre el tapete una cuestión fundamental: el carácter necesariamente conflictivo de erigir una minuciosa lista de derechos individuales o grupales con el rango de *inexcepcionables*.

En línea con lo últimamente asentado se impone volver críticamente –de la mano de la doctrina jurídica contemporánea– a la cuestión a menudo aducida del carácter “no recíproco” de los tratados de derechos humanos y de las obligaciones que generan⁸⁵. Es así como un especialista adherido a las que hemos dado en llamar doctrinas *internacionalistas*, Matthew Craven, no deja con todo de señalar, y a propósito de la Corte Interamericana (aquella que, según el mismo autor, ha producido la más acabada declaración de principios de la no reciprocidad del tratado que la funda), una serie de aspectos conflictivos que comprometen la afirmación de que el tratado de derechos humanos tendría una naturaleza diversa de la de los tratados multilaterales. O cabría mejor decir: ya no sería un tratado. Al respecto, Craven observa que la implementación de la Convención Americana de Derechos Humanos concierne a todos los Estados parte y que su art. 45 establece un procedimiento de comunicación interestatal. Ello indica que los Estados poseen verdadero interés jurídico en el cumplimiento recíproco del tratado, así como en proveer las condiciones que delimitan las competencias de la Comisión⁸⁶. Se trata, en definitiva, de un régimen jurídico que crea derechos y obligaciones que comprometen a los Estados entre sí⁸⁷. Por lo demás, destaca por su parte Allain Pellet, la aducida “no reciprocidad” no constituye una marca distintiva o propia de los tratados de derechos humanos, puesto que idéntica nota ostentan los tratados sobre el medio ambiente o el mantenimiento de la paz⁸⁸.

Este cuestionamiento central, a saber el de la naturaleza de los tratados de derechos humanos –la cual mutaría su categoría de *tratado* a partir de la constitucionalización de la relación jurídica que los sustenta–, será

⁸⁴*Ibid.*, 179-181.

⁸⁵Cfr., p. ej., Schabas, W., art. cit. nota 10, 65-66; Redgwell, C., art. cit. nota 12, 404; Korkelia, art. cit. nota 14, 442.

⁸⁶Jan Klabbbers (art. cit. nota 46, 181) trae la autoridad de Craven en apoyo de su propia posición sobre el carácter definitoriamente contractual de los tratados de derechos humanos, en tanto tratados multilaterales (en Craven, M., art. cit. nota 41, 489; véase asimismo 505-506).

⁸⁷*Ibid.*, 510.

⁸⁸Cfr. Pellet, A., art. cit. nota 25, 1079.

objeto de más amplios desarrollos en otros próximos trabajos nuestros. De todas maneras, en el último acápite se expondrá brevemente un eje de su solución: se trata de señalar la ilicitud de erigir a los derechos humanos en fin de un *orden político* –necesariamente munido de órganos de conducción– y principio supremo de legitimidad de ejercicio.

5.3. REFRENDO EMPÍRICO DE LOS PRINCIPIOS: EL PREDOMINIO DE LA DECISIÓN SOBERANA EN LA PRAXIS INTERNACIONAL

Una clara motivación de Estados Unidos para formular reservas (así, como se ha visto, a propósito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) es la voluntad de mantener vigente la supremacía de su ordenamiento jurídico⁸⁹. Lo cual no es óbice para que se haya erigido en campeón de la internacionalización de los derechos humanos. Este temperamento no es ajeno tampoco a Gran Bretaña, cuya promoción en el exterior de la política de derechos humanos ha ido a menudo unida a la preocupación por evitar menoscabos a su soberanía, en el ámbito interno (así, en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos). Se trata de los “dos polos” del “doble *standard*” de las grandes potencias que dan la pauta sobre democracia y derechos humanos en el mundo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial⁹⁰.

Sea lo que fuere del imputado “doble *standard*” (el cual, si bien se mira, no hace sino mostrar la vigencia internacional del poder soberano del Estado), queda no obstante en pie la razón de fondo que legitima a las reservas y declaraciones. Pues al legítimo interés en mantener la incolumidad del orden jurídico interno frente a las pretensiones de los organismos internacionales se le une el hecho de que es a los Estados (como sujetos primarios del derecho internacional público investidos de esencial igualdad jurídica y protagonistas decisorios del *law-making process* internacional) a los que se reconduce, por la “naturaleza de la cosa” del tratado, la tarea de la interpretación del sentido de las cláusulas del pacto. Lo cual se manifiesta sobre todo en aquellos segmentos que no integran la *hard law* de contenido indubitable y taxativo, sino que se formulan en términos que admiten y reclaman un *renvoi* a la adaptación que cada Estado hará de la provisión, de acuerdo con sus estándares normativos y socioculturales: i. e., *políticos*, en sentido cabal⁹¹.

De hecho, el criterio quirúrgico (*surgical*), por el cual un Estado que ha formulado reservas a un tratado sigue formando parte de este –y eso incluso aunque la reserva sea inválida, pero en tanto los otros signatarios

⁸⁹Cfr. Redgwell, C., art. cit. nota 12, 396.

⁹⁰Cfr. Goodman, R., “Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent”, *The American Journal of International Law*, 82(002) vol. 96: 531-560 –aquí, 544–.

⁹¹Cfr. Benatar, M., art. cit. nota 4, 176.

no rechacen considerarse ligado con él a pesar de su reserva—, termina siendo el temperamento frecuentemente adoptado en la praxis internacional. Se trata de un criterio fundado en la determinación interestatal de la validez de los tratados y de las decisiones a adoptar a su respecto. Es decir que reconoce la naturaleza del tratado como instrumento pacticio de coordinación y el papel de los Estados como sujetos primarios (libres) del orden internacional⁹². Por el contrario, como ya se ha dicho, la doctrina de la *severability*, no obstante su sostenida preconización por la doctrina internacionalista, está lejos de ser aceptada por la mayoría de los Estados⁹³.

5.4. CABO: UN ENSAYO DE ESCLARECIMIENTO DESDE LOS FUNDAMENTOS. SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FIN DEL ESTADO Y PRINCIPIO SUPREMO DE LEGITIMIDAD

Una visión coherente de los derechos humanos como valor supremo a ser preservado frente al poder de los Estados debería recalar en un planteo de índole axiológica suprapositiva. Veamos entonces en escorzo cómo se respondería esta cuestión desde una posición iusnaturalista (clásica), que al mismo tiempo pretenda dar cuenta de los fundamentos objetivos de la vida política y jurídica.

De acuerdo con ella, debe sostenerse la siguiente tesis, con todos sus presupuestos y corolarios: los ámbitos de convivencia política determinan formas propias de lo justo concreto y el ejercicio de los derechos humanos está finalizado por lo justo concreto. Si se plantea esta fundamentación desde los principios, cabe explicitar: el reconocimiento y la promoción de los derechos humanos, como participación del bien común de la comunidad política, se halla medido por ese bien común (un bien común cuya primacía —es ocioso recordarlo— no contradice sino que supone los preceptos primarios de la ley natural). En efecto, la justicia constituye un factor ciliar del bien común. Ahora bien, la justicia es concreta, toda vez que lo justo (la conducta justa, la norma justa, el derecho subjetivo justo) se conmensura por un fin participable que es, precisamente, el propio de una sociedad determinada. En conclusión, los derechos humanos, en tanto parte de la justicia, también son concretos.

Es por ello que si existe una auténtica necesidad de bien común, la expropiación, con la limitación que comporta respecto de los derechos de dominio, es justa; si existe una auténtica necesidad de bien común ante un estado de conmoción interna, la restricción a la libertad de tránsito o de reunión puede verse legítimamente afectada; otro tanto podría ocurrir —allí donde hoy haya un recto sistema impositivo— respecto de la libertad de trabajo y de comercio. Los derechos humanos no existen como

⁹²Cfr. Cameron & Horn, art. cit. nota 17, 116.

⁹³Cfr. TÝc, V. et al., art. cit. nota 54, 376.

un haz de pretensiones abstractas a ser satisfechas por una agencia de servicios; y tampoco la función primaria de la potestad política es servir a los derechos humanos.

Se habla, en sede iusnaturalista, de “derechos anteriores al Estado”. Pues bien, la titularidad de los *derechos subjetivos naturales* (el nombre apropiado de los auténticos derechos humanos, como “derechos fundamentales”)^{94[95]}, fundada en la misma naturaleza humana, sí es lógica u ontológicamente anterior a la vida política consociada. Mas la posibilidad de realización o cumplimiento de esos derechos, la consecución del fin de esos derechos, no es anterior al Estado; antes al contrario, no podría verificarse fuera del Estado-comunidad.

Así pues, desde el reconocimiento de la titularidad de tales derechos a todo ser humano; hasta su dimensión teleológica, como un cierto despliegue o actualización de las virtualidades humanas en el plano de lo justo, penden de la realización de la justicia en una sociedad determinada. Determinada por una tradición, un talante, una componente racial y nacional, una circunstancia geográfico/ambiental y geopolítica, unas limitaciones, unas excelencias, un pasado reciente con aciertos y errores. Y el poder político tiene como fin –y por tanto como fundamento de su principio primario de legitimidad– al bien común político, cuyo eje lo es la justicia.

Luego resulta altamente cuestionable toda idea que conlleve la pretensión de constitucionalizar una relación jurídica de coordinación entre sujetos independientes a partir del enarbolamiento de los derechos humanos como un principio normativo que fundase inapelables relaciones de subordinación; y de atribuir a una potestad jurisdiccional –en la que por un pacto los Estados han delegado algunas competencias– la facultad de revisar las decisiones de los Estados cuando asumen graves obligaciones políticas y jurídicas. Y ello porque: los derechos humanos no están fuera ni menos por sobre el bien común; y solo el bien común político es fin de una comunidad política –la cual, va de suyo, difiere esencialmente de una relación de interdependencia interestatal fundada en un tratado–. En conclusión, decisiones que afectan la vida de la comunidad política, inclusive respecto del compromiso de respetar los derechos humanos, no pueden quedar al arbitrio de una instancia exterior a la propia comunidad política –salvo, claro está, que se produzca o se haya ya producido un proceso integrativo conformador de una nueva comunidad política, en la que la anterior se haya integrado como parte: entonces ni sus órganos serán supremos ni su ordenamiento jurídico será un todo, para decirlo con uno de los fundadores del derecho internacional público⁹⁵. En cualquier

⁹⁴Cfr. Hernández, H. H., *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

⁹⁵Cfr. de Vitoria, F. de, *op. cit.* nota 3.

caso, dicho proceso político integrativo nunca podría equivaler a erigir a la protección de los derechos humanos en un fin político-jurídico supremo.

En síntesis y conclusión, a propósito de lo últimamente dicho y de la pretensión de fundamentar estructuras de sesgo constitucional en el ámbito internacional (=interestatal), conviene reafirmar aquí explícitamente un principio que hemos venido columbrando a lo largo de estas páginas: solo puede darse una *constitución jurídica* allí donde previamente exista una *comunidad política*.

EL ASEDIO A LA FAMILIA POR LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO. ALGUNAS IDEAS PARA LA ACCIÓN

*José Durand Mendioroz**

SUMARIO: I. Introducción. II. La corrupción de la ciencia por la ideología. III. ¿Cambiar de verdad las inequidades o hacer *como que cambiamos* la naturaleza? IV. La enseñanza que dejó el debate por el aborto. El sentido del diálogo. V. Lo que deja esta experiencia para el debate por la ideología de género: “es sobre [el] terreno de la realidad donde es necesario batirse”. VI. ¿Aceptación o rechazo de hablar sobre estudios con “perspectiva de género”? VII. Aplicación de lo expuesto a dos situaciones relacionadas con la ESI. VIII. Más que “conclusiones”, una apelación al compromiso. Apéndice. Breve digresión sobre el razonamiento judicial.

I. INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse con bastante certeza que en nuestro tiempo el peor ataque a la familia proviene de la ideología de género la cual, por obra de minorías enquistadas en el poder, ha “tomado” el sistema inmunológico de nuestras sociedades, confundiéndolo, y buscando imposibilitar la percepción de las verdades morales básicas que ordenan la vida en comunidad, al mismo tiempo que procura acallar la respuesta saludable del sentido común.

Cualquier conato de racionalidad al respecto será ignorado, o tapado mediante la superposición de decenas de voces, o bien sometido al escra-che mediático, siempre quedando de reserva para los casos “especiales” el recurso a la represión estatal mediante la intervención del INADI y la aplicación de leyes represivas.

Esta concepción ideológica viene siendo instrumentada mediante políticas públicas, junto a una sostenida acción paraestatal originada en usinas globales, que llegan a todos los hogares a través de los medios de información y de entretenimiento. Con respecto al sector público, en un rápido examen orientado más a proporcionar ejemplos antes que a una descripción, puede verse cómo en el Congreso se aprueban en forma

*Universidad Católica de Salta. Este artículo fue publicado por la Revista digital Valores (vol. IV) perteneciente a la Academia del Plata. Cfr. <https://valoresacademiadelplata.blogspot.com/2019/09>.

sorpresiva y sin debate una cantidad de leyes¹ que introducen principios jurídicos que van a terminar completando el círculo opresivo de la ideología de género.

En la Administración, en tanto, se advierten múltiples iniciativas que gozan de un generoso presupuesto² para la implementación de políticas de género, entre ellos la ilegal “interrupción legal” del embarazo. Mientras tanto, se demoran dramáticamente los turnos para las cirugías más comunes y brillan por su ausencia los fármacos más indispensables. Para la contracepción y el aborto, la gente de menores recursos vive en el Primer Mundo, en tanto que para las cuestiones más elementales de la salud, padece en el sector más empobrecido del tercero³.

Pero sin duda el mayor ataque a la familia, por lo directo, contundente y sistemático es el de la educación sexual ideologizada que se imparte con alcance obligatorio a todos los alumnos de preescolar, primaria y secundaria de nuestro país. Por este motivo se hará referencia puntual a esta cuestión.

Esta somera enunciación puede ser motivo de desaliento, pero desde ya, no es la intención de estas líneas; por el contrario, partiendo de una realidad que es francamente difícil, quisiera aportar algunas ideas para una estrategia de solución de los problemas, en orden al logro de la finalidad de toda acción política, que es la vigencia del bien común.

Es necesario acotar –finalizando esta introducción– que este proceso político-social ha tenido continuidad a través de gobiernos de distinto signo en las dos últimas décadas. La administración actual lo continuó justo donde lo dejó la anterior, y la próxima –cualquiera fuere su signo– lo seguirá en el punto donde la actual llegue. Es lícito pensar al respecto una convergencia sobre el modelo de sociedad al que apuntan, por encima de otro tipo de diferencias que se manifiestan en la superficie.

II. LA CORRUPCIÓN DE LA CIENCIA POR LA IDEOLOGÍA

Ante la previsible réplica de que *no existe la ideología de género*, y que este concepto ha sido acuñado por *el heteropatriarcado inspirado en el fundamentalismo religioso* conviene dejar sentado de entrada que la

¹Sobre este fenómeno hice referencia recientemente en una publicación periodística: <http://www.laprensa.com.ar/479320-Al-final-se-va-a-poder-decir-mama-y-papa-en-la-escuela-.note.aspx> y pocas semanas antes ocurrió algo similar con la sanción de la “ley Micaela” N° 27499 de adoctrinamiento en género en todos los niveles del Estado.

²USD 200.000.000 de la deuda externa argentina se debe al préstamo del BID destinado a financiar políticas de género. <https://www.efe.com/efe/america/portada/el-bid-prestara-200-millones-de-dolares-a-argentina-para-politicas-genero/20000064-3778509>.

³Una breve reflexión que suscita la influencia de la ideología de género en las sentencias judiciales, va en un apéndice al final del texto.

esencia de toda ideología totalitaria es su carácter anticientífico y cerrado a la crítica racional, siendo en consecuencia nuestra tarea el *demostrarlo y el comunicarlo a la gente en un idioma comprensible*, que son los pasos previos e indispensables para su desarticulación.

Para esto tengamos presente la relación entre ciencia e ideología, o mejor dicho, *la tergiversación de la ciencia por parte de la ideología. La ciencia moderna obtiene la certeza y la hace reconocer a todo espíritu razonable, pero solo dentro del campo estrechamente limitado en que es capaz de operar con rigor. La ideología demanda de la ciencia que garantice su sistema, haciéndola salir del terreno en que ella está cierta y, por lo mismo allí donde es científica. Por eso entraña una corrupción de la ciencia*⁴. (...) *Ahora bien, cuando a esa ciencia se la saca de la órbita de su orden, de su campo de aplicación, de sus condiciones de validez, es una apariencia de ciencia, una caricatura de ciencia, y en definitiva una pura charlatanería*⁵. Más claro imposible.

En extrema síntesis, lo esencial de la ideología de género consiste en sostener que *la diferencia entre los sexos es la causa de la opresión de la humanidad*, y que ello obedece a la cultura patriarcal que habría construido mediante el rigor de la fuerza una *civilización de la heterosexualidad regida por el varón*; con fundamento en aquella diferencia (en definitiva el dimorfismo sexual) que los cultores del *gender* consideran “irrelevante”.

Por ello, *la liberación* de este problema que tanto pesa a la humanidad (es decir, la especie de redención que esta corriente propugna) es *la eliminación de la diferencia sexual en la convivencia social* (lo que se ha de manifestar en las leyes y las costumbres) y en la *optabilidad ilimitada*⁶, *por parte de cada individuo, por su identidad sexual y su orientación sexual*. Identidad y orientación que son llamadas confusamente “género”, cuando en realidad son aspectos diversos, cuya diferenciación conceptual es necesaria. Por tal motivo, *la civilización del sexo binario y de la heterosexualidad puede y debe ser “deconstruida” y en su reemplazo debe construirse otra*, donde aquellos aspectos carezcan de real importancia y entonces nos encontraríamos con que en la nueva cultura, el sexo es “no binario” y la gente normalmente optaría por la parafernalia de los 112 “géneros” que reconoce la ONU.

Si se reflexiona un momento, el postulado anterior no resiste un primer análisis. El dimorfismo sexual (sexo binario) ni es irrelevante, ni es una imposición de la cultura patriarcal, sino un *dato de la*

⁴Besançon, Alain, *op. cit.*, 141.

⁵Besançon, Alain, *op. cit.*, 144.

⁶Y cuando se habla de ilimitada, exactamente eso es lo que se procura; ya que la identidad y la sexualidad humanas pueden estar relacionadas con cosas, con animales o con grupos humanos en su conjunto.

*naturaleza*⁷ originado por la genética, a partir de los cuales puede gestar la cultura como acción libre del hombre. Del mismo modo; podría afirmarse que la capacidad de razonar del ser humano es natural, a partir de la cual se da el ejercicio de la racionalidad, lo que tiene su impacto en la elaboración de la cultura, por supuesto.

No tener en cuenta el sexo biológico significa, por ejemplo, ignorar el cuerpo sexuado femenino como realidad, contradiciendo así la misma razón de ser de la lucha secular por los derechos de la mujer. Si “ser mujer” se reduce a una mera “autopercepción” y su consiguiente registración –sin que el cuerpo importe– se está traicionando la lucha de generaciones de mujeres y varones de buena voluntad contra una serie de injusticias que prácticamente no reconocen otro motivo que el de tener... un cuerpo sexuado femenino; el que, entre muchas otras cosas, requiere cuidados médicos específicos, una protección preferente por su debilidad relativa (la violencia de género se manifiesta en forma casi absoluta contra mujeres... con cuerpo biológico femenino), normas específicas en el ámbito laboral y de la seguridad social; y en suma, la compensación equitativa de la evidente asimetría respecto del varón en lo que se refiere a la función reproductiva.

¿Podríamos acaso –por una cuestión de no quedar oprimidos por la tiranía de la razón– “deconstruir la racionalidad” y luego construir una civilización completamente irracional? ¿Podríamos deconstruir también la cultura gravitacional? Me refiero con ello a la civilización opresora que se basa en la abyecta obediencia al principio de la gravedad, que tanto ha limitado a la humanidad... Desconocer la significación del dimorfismo sexual es un mero recurso mental y los cultores del *gender* deberían explicarnos cómo un simple recurso mental puede modificar un ápice la realidad.

Se ignora así la realidad de nuestra naturaleza biológica que con terquedad, ha establecido desde que existe el *homo sapiens*, el dato irrefutable del dimorfismo sexual. Es decir, la especie humana se reproduce sexualmente y todos y cada uno de sus individuos son mujer o varón, en cada una de sus células y desde su etapa embrionaria, lo cual es absolutamente inmodificable. El desconocimiento arbitrario de este dato de la realidad y sus inferencias, pues, no solo no es científico, sino que ingresa de pleno derecho en el ámbito de la charlatanería.

Pero podemos sacar una inferencia más, igualmente negativa. La tradición del pensamiento realista (aristotélico tomista) acuñó el término de “derechos naturales”, aludiendo a conductas objetivas que son debidas a un “otro” en justicia, en razón de su adecuación objetiva a direcciones o inclinaciones que son dadas por naturaleza.

⁷Cfr. La antítesis naturaleza-cultura en la ideología de género. La igualdad no es “igualitaria”. José María Barrio Maestre, *Fides et Ratio* 3 [Mayo 2018], 91-110, ISSN: 2444-961X.

Siguiendo con los tres ejemplos dados con anterioridad: los datos naturales de la sexualidad, de la racionalidad y de la materialidad humanas (por la cual estamos sujetos a la gravedad), podemos advertir que estas *realidades naturales originan el deber de ciertas conductas como debidas en justicia*, en dependencia del primer principio del orden práctico jurídico que se expresa como que “lo justo ha de hacerse y lo injusto evitarse”. Por ello vemos como “justo natural” (y plenamente exigible) que se posibilite a todo ser humano el desarrollo de su racionalidad, que no se nos obligue a bajar de una torre tirándonos desde la azotea (ya que por efecto de la gravedad nos vamos a hacer añicos), así como que se reconozca el efecto principal de la sexualidad natural humana que es la formación de una familia que implica de suyo el respeto por –parte de la sociedad– de esa voluntad fundacional, que se extiende al deber –y al mismo tiempo– derecho de cuidar y educar a los hijos. Pero son justamente aquellos derechos naturales los que la ideología de género niega, porque cree que la naturaleza es algo esencialmente manipulable.

Esto afecta a la familia en forma directa. Juan Pablo II sostuvo que *los problemas relacionados con la transmisión de la vida y su posterior desarrollo no se pueden analizar adecuadamente prescindiendo del bien de la familia: la comunión de personas que se establece en el matrimonio de un hombre y una mujer, y que –como afirma la Declaración de los derechos humanos– es “la célula natural y fundamental de la sociedad”* (art. 16, 3). *La familia es una institución fundada en la misma naturaleza de la persona humana, y es el ámbito adecuado para la concepción, el nacimiento y la educación de los hijos*⁸.

Por otra parte, y entendiendo que las diferencias entre los sexos no van a desaparecer porque están en la naturaleza, respecto de la insólita idea “salvífica” del *gender* ¿en base a qué razones sostiene que la desaparición de las diferencias sexuales va a producir la felicidad de la humanidad? Esto trataremos de develar en el siguiente punto.

III. ¿CAMBIAR DE VERDAD LAS INEQUIDADES O HACER COMO QUE CAMBIAMOS LA NATURALEZA?

Es verdad que nuestra civilización muestra antecedentes de postergación sistemática de las mujeres, reconocidos y denunciados por toda persona de buena voluntad y, ciertamente, por la Santa Sede. En el orden de las leyes, por ejemplo, la mujer vivía hasta hace no mucho en una minoría

⁸Cfr. <http://tiempodeevangelizar.org/?p=4060>. El 18 de marzo de 2019 se cumplieron 25 años de la Carta que el Papa Juan Pablo II le enviara a la Secretaria General de la Conferencia Internacional de la ONU sobre la Población y el Desarrollo que se realizó en El Cairo en septiembre de ese año. La Carta conserva gran actualidad y vigencia.

de edad perpetua, carecía de derechos políticos⁹, etc. Con lo cual lo que había que hacer y se hizo –y esto es tan histórico como lo anterior– es *modificar esas condiciones objetivas de inequidad social*.

La Historia e incluso la Prehistoria nos demuestran que no hubo civilización alguna que no reconociera la diferencia del ser mujer y varón. Y que no siempre se impuso el modelo de subordinación patriarcal. Por ejemplo, se le atribuye al genio de la mujer el haber descubierto la agricultura, produciendo así la mayor revolución técnica de la humanidad (conocida como la revolución del Neolítico). La mujer fue la primera agricultora y ello permitió el aumento de la población (muy limitada hasta entonces por el hambre) y los asentamientos permanentes.

La mujer fue (y lo siguió siendo a lo largo de la historia) la *gran proveedora y civilizadora* y tuvo en aquel entonces un generalizado reconocimiento social, que se ponía de manifiesto en sistemas de parentesco *matrilineal* (en términos simples, el apellido lo daba la madre), en la *matrilocación*, en el culto de las “diosas madres”, en el ejercicio del sacerdocio, etc. *La mujer y la sacralidad femenina pasan a primer plano. Teniendo en cuenta que las mujeres desempeñaron un cometido decisivo en la domesticación de las plantas, se convierten en propietarias de los campos cultivados, con lo que su posición social se refuerza y se crean unas instituciones características, como, por ejemplo, la matrilocación, por la que el marido queda obligado a vivir en la casa de la esposa. (...) La fertilidad de la tierra y la fecundidad de la mujer se solidarizan, en consecuencia las mujeres se convierten en responsables de la abundancia de las cosechas, pues ellas son las que conocen el “misterio” de la creación*¹⁰.

Personalmente opino que las mujeres podrían cobrar *royalties* a perpetuidad por el descubrimiento de la agricultura, y aun así deberíamos mantener la cortesía que prescriben las buenas costumbres, porque esos detalles hacia la mujer no nacen de la condescendencia de una (mal supesta) superioridad masculina, sino de la excelencia de sus destinatarias.

Parece necesario acotar que la “liberación” que propugnan los partidarios de la ideología del *gender* se reduce a la fantasiosa liberación de las reales diferencias sexuales¹¹, sin que se denoten críticas de fondo contra las estructuras injustas del poder global (que funge de patrocinante político y económico de aquellos). Se trata en definitiva de una liberación direccionada desde el poder dominado por la ideología tecnocrática y antinatalista, que instaura de este modo un totalitarismo sutil y por eso

⁹Nuestra “Ley Sáenz Peña” de 1912 que concedió el voto *universal, secreto y obligatorio*, ¡dejó fuera del universo a la mitad de la población! Recuérdese que el sufragio femenino data en la Argentina de 1947.

¹⁰Mircea Eliade, *Historia de las creencias y las ideas religiosas I*, Paidós, 2010, 69.

¹¹La forma de eliminación de las diferencias sexuales es asimilable a la idea de eliminar la pobreza eliminando los pobres.

mismo, muy eficaz. Nada hay de heroico, ni de gesta, en los grupos progresistas, feministas y trans: solo el triste papel de ser usados.

La realidad histórica nos muestra que es posible –sin negar el dato del dimorfismo sexual– gestar una sociedad equitativa donde varones y mujeres sean reconocidos *iguales en dignidad y derechos*. La Antropología Filosófica en tanto, nos indica que las diferencias sexuales, que se proyectan a lo psicológico, no solo no son malas en sí mismas, sino que –por el contrario– tienen la potencialidad de enriquecer las relaciones interpersonales, ya que varones y mujeres son *recíprocos y complementarios*. Lo biodiferencial y los psicodiferencial es una fuente inestimable de fecundidad en todas las áreas donde interactúan los seres humanos. No hay ninguna estructura social, grande o pequeña, que no se beneficie y enriquezca con el aporte conjunto de mujeres y varones. Por el contrario, la ignorancia forzada de lo diferencial, va a llevar resultados absurdos, contrarios al bien común y a la felicidad de las personas.

IV. LA ENSEÑANZA QUE DEJÓ EL DEBATE POR EL ABORTO. EL SENTIDO DEL DIÁLOGO

La experiencia es el principio de toda ciencia, puesto que nada hay en el intelecto que no haya pasado por los sentidos. Recurramos pues a la experiencia del debate de 2018 por el aborto. Suele ocurrir que respecto de ciertos temas importantes, existan dos sectores antagónicos irreductibles, cuyas propuestas son radicalmente contrarias. Suele haber en tales situaciones una mayoritaria franja intermedia, algunos sin opinión formada, y otros con opiniones más o menos cercanas a los contendientes principales, pero sin una adhesión plena a ninguna. Eso pasó con el debate acerca del proyecto de aborto a libre demanda que se dio en 2018 en la Argentina. En este los contendientes no *dirigieron sus argumentos* a convencer a sus adversarios, sino a *ganar a los indecisos*. En realidad el debate fue la oportunidad de llegar y “dialogar” –en forma indirecta– con los indecisos; es decir, interesarlos y proponerles argumentos razonables, aceptables, para que apoyaran una postura.

En tanto que el sector partidario del aborto se limitó a repetir argumentos previsible (*estadísticas sesgadas, igualdad de acceso para los pobres, ampliación de derechos, etc., con mucho contenido descalificatorio*) sus contendientes pro vida, además de tener respuestas adecuadas a aquellos argumentos previsible, aportaron elementos novedosos, “se salieron del libreto” que los abortistas esperaban. En primer lugar, no fue un tema central anatematizar a la mujer que abortó, entendiendo que el hecho en sí es de modo tan evidente y objetivamente injusto, que la madre que lo hizo –en el momento en que puede tener conciencia de ello– padece un dolor inenarrable. También se avanzó en la comprensión de ciertos

condicionantes psicológicos que inducen a las mujeres en situación de vulnerabilidad a procurar un aborto, de lo que en definitiva se dan cuenta –demasiado tarde– que eso agravó el problema¹².

También se levantó la bandera de “salvar las dos vidas” mediante un plan de apoyo integral que removiera mucha de las causas que llevan a presionar la decisión de las madres en crisis. Quedó establecido asimismo que no son “los pobres” los que tienen un interés prioritario en el aborto y, además se denunció la incoherencia política de la izquierda progresista por ejecutar los dictados del capitalismo global interesado en la reducción de la población en el planeta.

Puede verse en este tipo de argumentación una apertura a la realidad, un compromiso personal con los problemas de la gente, y el abandono de la incontaminación del teórico desde la cómoda posición de hablar encerrado en un gabinete. Es así que progresivamente se fue involucrando en el debate cada vez más gente, y *una mayoría estadísticamente comprobada terminó aceptando los argumentos a favor de las dos vidas*, de lo cual los políticos tomaron debida nota y –aunque el *establishment* en su gran mayoría apoyaba el aborto– la ley no fue aprobada por el Congreso.

El análisis crítico de los argumentos pro aborto y la generación de propuestas alternativas en un idioma entendible, en definitiva, el “diálogos”, fueron eficaces ante una mayoría que antes del debate ni estaba interesada ni tenía una opinión formada en la materia.

No obstante el extremadamente desigual acceso a los medios, el tratamiento parlamentario fue la ocasión de ganar la opinión pública y “mover el amperímetro” de los políticos. Fue en el debate social donde se impuso el rechazo del aborto. Lo cierto es que, con el compromiso del diálogo y con los buenos argumentos de los “defensores de las dos vidas”, se pudo convencer en buena ley a una mayoría de dudosos. Lo que prueba que *se puede dialogar, sin ingenuidad ni claudicación, y con eficacia, claro que para eso... hay que estar bien preparado*.

Lamentablemente, esta historia no termina bien, como es sabido, porque el *establishment*, mediante decretos, terminó en la praxis instaurando el aborto mediante la generalización de los “protocolos de aborto no punible”, a la saga del fallo FAL que inauguró *la posibilidad de desconocer un derecho de jerarquía constitucional y de naturaleza absoluta*, como es el derecho a la vida del inocente, convirtiendo una excusa absolutoria (del aborto en caso de violación) en *una obligación del Estado ante la simple afirmación de la madre de haber sufrido una violación*. Todavía no se ha evaluado cabalmente el daño que esta conducta ha causado en el orden de la convivencia.

¹²En este sentido fue invaluable el aporte de los voluntariados de ayuda a la mujer en riesgo de aborto y de acompañamiento postaborto.

V. LO QUE DEJA ESTA EXPERIENCIA PARA EL DEBATE POR LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO: “ES SOBRE [EL] TERRENO DE LA REALIDAD DONDE ES NECESARIO BATIRSE”

Conviene tener presente una distinción; a diferencia del aborto, que es algo específico, la ideología de género es algo genérico, valga la redundancia¹³. Esta “generalidad” del *gender* entonces puede presentarse y parecer como algo abstracto, lo que no facilita el interés de las mayorías. En segundo lugar, los propulsores de las políticas de género dicen no sostener ninguna “ideología de género”, considerando que la propia expresión es un invento oscurantista, una maniobra del *heteropatriarcado fundamentalista religioso* tendiente a *desconocer los derechos humanos de la diversidad*. Por si alguna duda quedare, con relación a la Educación Sexual, refuerzan el argumento: *no tiene nada que ver con la ideología de género (si es que esta existiese)*. Lo que permite anticipar que ellos difícilmente acepten un debate sobre “ideología de género”, más allá de que un debate de carácter tan teórico no va a despertar demasiado interés en el público. Menos aun cuando ocupan una posición predominante en los mecanismos de poder de la sociedad, dato este que no debe olvidarse jamás.

El mencionado carácter abstracto puede ser superado focalizando la crítica en cuestiones concretas de interés directo de la gente. Por ejemplo lo concerniente a la ESI, o algunas políticas bastante absurdas relacionadas con la identidad de género. Como es de prever, los ideólogos sostendrán que en base a los llamados “estudios de género” o buscando en las ciencias sociales una “perspectiva de género” van a superarse las “desigualdades estructurales”, ya sea en ocasión de la educación pública, de extender la licencia por maternidad a una persona “no gestante”, etc. Frente a cuestiones concretas se presentan ante la opinión pública como *promotores de derechos*¹⁴, atribuyéndoles a sus contrincantes el nada simpático papel antagonico, de *negadores de derechos*¹⁵.

Es sobre [el] terreno de la realidad donde es necesario batirse, afirma Besançon en su obra ya citada. Esto nos obliga a tener en claro la teoría general acerca del género y al mismo tiempo tener un dominio particular en cada ámbito concreto en que esta se discute. Lo que implica la necesidad de una cierta coordinación entre “generalistas” y “especialistas”. Aquellos tendrían a su cargo la detección de todas las manifestaciones sociales donde se denote la influencia del *gender* y, estos, llevar al terreno de la realidad el debate.

¹³Ello sin perjuicio de que el supuesto “derecho al aborto es una expresión particularmente nefasta de la ideología de género.

¹⁴No hay que aceptar de ninguna manera esta falsa dialéctica.

¹⁵Paradójicamente lo afirman quienes son –consciente o inconscientemente– *promotores de la irracionalidad y negadores de derechos fundamentales de las personas*.

En la demostración del absurdo de las soluciones sostenidas por el *gender* y la capacidad de una propuesta alternativa razonable por nuestra parte, en forma accesible al común de los mortales, radica toda posibilidad de éxito. Para poder lograr de nuevo y en cada ocasión, el efecto *convicción de la mayoría e influencia positiva en los políticos*.

VI. ¿ACEPTACIÓN O RECHAZO DE HABLAR SOBRE ESTUDIOS CON “PERSPECTIVA DE GÉNERO”?

En el título anterior me fijé expresamente de no poner “aceptación” de la perspectiva de género como si esta constituyera un bloque. Pero en cambio sí veo conveniente la opción de *“hablar críticamente” sobre estudios de género concretos, especialmente aquellos que se proponen como fundamento de una política determinada y en relación estricta a la cuestión concreta que se discute*. No perdería ni un minuto en una crítica general y en bloque a los “estudios con perspectiva de género” (a menos que se trate de un ámbito académico) porque hay poco que ganar y mucho que perder, malgastando el precioso tiempo que disponemos de atención por parte de la gente y la inconveniencia de ser tachados de cerrados e intolerantes. Pero sí “metería los pies en el barro” analizando y criticando cada trabajo en particular con perspectiva de género y en relación a un problema concreto que se discute.

Ello implicaría el ejercicio de la crítica racional para determinar su científicidad o la falta de ella, y sacar a la luz, si la hubiere, su matriz ideológica. Porque huelga decirlo, los numerosos estudios con perspectiva de género tienen un valor dispar y *valen tanto cuanto de científicos tuvieren*. Algunos son ideológicamente indiferentes (como la constatación de que en dos aldeas de Nueva Guinea separadas por pocos kilómetros, en una van a buscar el agua al río los varones y en la otra las mujeres). Otros pueden hacer una aportación interesante, como por ejemplo, por qué en el sufragio “universal” de 1912 las mujeres se quedaron “fuera del universo”, etc. Finalmente, otros carecerán de valor científico y serán descartados como meramente ideológicos.

No obstante, cabe acotar que difícilmente un estudio que avale la ESI vigente en nuestro país esté exento de una intencionalidad ideológica, ya que como es público y notorio, está inspirado en las usinas de la Fundación Huésped. Aun así, hay que encarar el supuesto fundamento de género de sus propuestas, y contestarlo, tal como se muestran en los dos ejemplos relacionados con la ESI que se dan en el siguiente capítulo.

Cabe reconocer que existe una posición entre algunas personas versadas y bien intencionadas, con relación a no aceptar la distinción entre ideología y perspectiva de género, porque el hacerlo –a su criterio– equivaldría a aceptar el regalo del caballo de Troya, lo que sería ingenuo; que la

propia palabra género tiene el pecado original de la ideología homónima, y que en definitiva, habría que rechazar de plano aceptar aquella distinción. Con todo respeto, considero que es un error¹⁶ negar una categoría científica aceptada por la comunidad internacional, ya que ello tiene el efecto de aislarnos, de hacer que se nos desestime como interlocutores y que se nos deja “fuera del diálogo” frente a una sociedad que necesita imperiosamente oír las verdades científicas, filosóficas, y las enseñanzas del sentido común de nuestra parte¹⁷.

Aceptar el distingo entre ideología y perspectiva, no equivale a convalidar en masa todas las producciones bajo el rótulo de dicha perspectiva, visión, o teoría. Significa sencillamente no perder el tiempo en debatir generalidades que a pocos le interesan y en cambio, como ya se dijo, ejercer una implacable crítica racional del estudio de género en concreto que se esgrima.

Conviene preguntarnos si acaso nuestra posición es tan dominante, tan sólida, como para que alcance con la simple negativa al diálogo para dejar sin efecto “tímidas tentativas de imponer políticas de *gender*” en los diversos ámbitos. Conviene preguntarse también si la inmensa mayoría del pueblo argentino está en pleno conocimiento de la puesta en marcha de un proyecto de desestructuración de la persona y de la sociedad, de tal modo que el debate y el diálogo sean innecesarios. A estas preguntas retóricas, la respuesta en ambos casos es negativa, obviamente. Estamos en una posición muy desventajosa, las políticas de género se han ido imponiendo desde el poder, casi sin resistencia, y sin que la mayoría del pueblo se pueda dar cuenta de sus efectos nefastos escondidos detrás de una jerga que prometía cosas buenas, aunque usando palabras un poco difíciles.

Siguiendo con la metáfora de la estrategia de los aqueos “de hermosas grebas” ante la amurallada Troya, en nuestro caso el enemigo no nos está regalando un caballo para ingresar a “nuestra fortaleza inexpugnable”. No, el adversario controla la mayor parte de los recursos y manda en nuestra “fortaleza”. Somos nosotros los que tenemos que emprender la reconquista de la polis, y son nuestros adversarios quienes deberían temer el caballo de Troya del sentido común.

Entiendo entonces que hay que dialogar desde el sentido común y la ciencia, dirigiéndonos directa o indirectamente a las mayorías sin opinión formada, demostrando que ni defendemos el modelo de subordinación, ni estamos de acuerdo con las “desigualdades de género”, si con esta expresión nos referimos al machismo, a la violencia doméstica, a la injusta

¹⁶Claro está, por otra parte, que por este tipo de diferencias no debemos descalificarnos entre quienes estamos de acuerdo en lo esencial.

¹⁷Apelando a la confianza en la *sindéresis*, es decir, en la capacidad de todo ser humano de percibir espontáneamente los principios del orden moral.

discriminación (tal como que una mujer no pueda tener trabajo porque está embarazada o porque tiene muchos hijos), o situaciones por el estilo.

Pero también hay que dejar sentado que *el modelo de subordinación ya no existe en nuestra sociedad*, ni en el sistema legislativo, ni en las costumbres, salvo expresiones marginales que deben ser objeto de oportuna corrección. No solamente rige hoy la igualdad ante la ley (e inclusive la desigualdad a favor de la mujer, como en el cupo político femenino, o en su jubilación más temprana), sino que se procura la igualdad en el ejercicio de los derechos y del mismo modo, la superación de las desigualdades estructurales. Y eso, como es obvio, nada tiene que ver con el gen ideológico que establece que estas cuestiones *se solucionan mediante el recurso mental de hacer como si no existieran las diferencias sexuales*.

Las desigualdades estructurales se corrigen con políticas proporcionadas a los problemas reales; por ejemplo, concretar el tan incumplido mandato de la Constitución (Art. 75 inciso 23) sancionando un *régimen de protección especial e integral para el menor y la madre*¹⁸; incentivar el empleo de mujeres encintas y establecer condiciones laborales compatibles con la crianza de los hijos; evitar que las personas desvalidas por cualquier motivo sufran violencia, etc. Los ejemplos anteriores y las propuestas, pues, corresponden a problemas reales y podríamos decir, también a situaciones estructurales.

Porque en este apego a la realidad y mediante la crítica racional se desvirtúa completamente en el planteo ideológico, como por ejemplo el absurdo de que un varón se autoperciba como mujer y por ese único motivo, sea tenido por tal a todos los efectos legales, incluyendo que ingrese en un equipo femenino de lucha libre y descerebre a su oponente... femenino. *A este ritmo, todo equipo femenino de cualquier disciplina deportiva va a tener que luchar por un cupo... femenino. ¿Qué desigualdad estructural corrige la “autopercepción como mujer” de un varón biológico y que se pueda por ello jubilar cinco años antes o que participe en competiciones femeninas?*

¿Qué reivindicación de los derechos de la mujer supone el caso de una pareja de lesbianas, una de las cuales tiene un hijo, pero las dos piden ¡y obtienen! la licencia de cinco meses por maternidad? *¿Es que acaso la gestación, el parto, el puerperio y la lactancia no tienen valor alguno como fundamento de la licencia por maternidad? Pues si no lo tienen, con el mismo argumento que las autoridades concedieron a las “dos mamás” la licencia, deberían otorgarles también cinco meses de “licencia por maternidad”... a los padres.* Es que se ha cruzado el umbral del ridículo, del cual es muy difícil volver.

¹⁸Este tipo de objetivos deberían producir acciones concretas y masivas movilizaciones de aquellos comprometidos en la defensa de las dos vidas, mostrando que no solamente nos ocupamos de los pobres cuando se debate el aborto.

Estas verdaderas inequidades, como tantas otras, son solventadas con fondos públicos, en tanto los problemas acuciantes de nuestros hermanos de menores recursos, son postergados. Porque tales sinsentidos son puramente ideológicos, y en ellos hay que centrar la crítica, allí está su punto débil. Puede sostenerse con seguridad que *todo lo ideológico se identifica con lo irracional*; y por lo demás; es una realidad de que *los cultores del gender no pueden dejar de sostener argumentos ideológicos porque se trata de la mismísima razón de ser y su finalidad en la historia*: que el sexo biológico no sirva como parámetro objetivo y pase a ser algo “líquido”. ¡Pero no porque se haya licuado en realidad sino porque *hacemos como que sí!*

VII. APLICACIÓN DE LO EXPUESTO A DOS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA ESI

Como se dijo, el golpe más tremendo y devastador contra la familia lo están recibiendo los niños y jóvenes mediante el proyecto único y obligatorio de “educación sexual” vigente en nuestro país, al cual se le agregó sesgadamente el calificativo de “integral”, desnaturalizando el sentido obvio de esta palabra.

Mediante este proyecto las familias son simples espectadoras de la manera en que el Estado, como vector de la ideología de género, pretende cambiar los hábitos y los principios morales que normalmente las familias transmiten a sus propios hijos. A continuación vemos dos ejemplos reales del enmascaramiento supuestamente científico y jurídico en diversas situaciones, y de qué manera –aislando lo ideológico– se empieza a desenredar la madeja: 1. La campaña por la ESI en agosto de 2019 y el plan de trabajo en el aula con menores discapacitados; 2. Sobre el proyecto de reforma de la ley de Educación Nacional.

1. LA CAMPAÑA POR LA ESI EN AGOSTO DE 2019 Y EL PLAN DE TRABAJO EN EL AULA CON MENORES DISCAPACITADOS

En la última semana de agosto de 2019, época de conclusión de este trabajo, pudo advertirse el desarrollo de una campaña mediática y oficial de promoción de la ESI, fundamentalmente orientada a desterrar “prejuicios” del público en general, y ocultando –obviamente– sus serios desvíos de naturaleza ideológica. Así, el sitio *web* del Ministerio de Educación bonaerense¹⁹ comunicó la realización de la semana de la ESI en las escuelas de su jurisdicción. En forma paralela pudo verificarse una multitud de

¹⁹<http://abc.gob.ar/semana-de-la-esi>

publicaciones en todo el ámbito nacional, de las cuales vamos a tomar por su carácter simbólico, la de *Página 12*²⁰.

Bajo el romántico subtítulo *Historias de alumnas y alumnos que, después de transitar la experiencia de la ESI en la escuela, modificaron sus conductas y en, algunos casos, sus vidas*, el vocero de la izquierda cultural en Argentina refiere el caso de un chico de 17 años que, gracias a estar interiorizado sobre violencia de género, le aconsejó a su mamá que se fuera de la casa. También en la misma cuerda sentimental, otro joven cuenta sobre la discriminación a un familiar que murió de SIDA por ignorancia de la forma en que esta enfermedad se transmite y, que desde su “iluminación” al respecto, en una clase de ESI obviamente, iba a dedicarse a difundir un mensaje antidiscriminatorio. Luego, desarrollan una suerte de defensas previsibles, lamentando las confusiones ocasionadas por las campañas del heteropatriarcado contra la ESI.

Contestamos con la realidad de la planificación de la ESI en el aula. Si bien en la bibliografía que sustenta e implementa el programa ESI “argentino” se suele utilizar un discurso ambiguo, afortunadamente este fue abandonado en la cartilla oficial de Educación Sexual para la Discapacidad titulada “Es Parte de la Vida” donde leemos como acción educativa para los más pequeños (2 a 9 años) *Comprender la masturbación y los juegos autoeróticos como una forma saludable de ejercer y explorar su sexualidad.* (pág. 33). Luego, como actividad para los mayorcitos (10 a 14 años), bajo la pregunta ¿de qué podemos hablar con ellos? Se responde entre otros ítems ambiguos: *De los sentimientos y emociones relacionadas con el deseo. De la orientación sexual. De los juegos presexuales y sexuales* (pág. 41).

Si esto vale para los niños con discapacidad, por cierto que forma parte de las actividades de los niños sin ella, ya que el pleno goce sexual es para el *gender* un súper derecho. En definitiva, la masturbación y esta modalidad de “juegos” implican la compulsión hacia un ejercicio más que temprano de la genitalidad y alientan al inicio precoz de las relaciones sexuales en forma sistemática, sin que pueda alegarse fundamento científico alguno, transgrediendo el concepto de integralidad que trae la ley y saltándose a la torera el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación moral y religiosa conforme a sus propias concepciones. Por supuesto, *¿de esto no dice nada la campaña de promoción de la ESI!*

Es tan evidente que la violencia doméstica como el conocimiento del modo de propagación del SIDA, no tienen nada que ver con estas verdaderas aberraciones decididamente abusivas respecto de los menores, que huelga todo comentario.

²⁰<https://www.pagina12.com.ar/214238-para-que-sirve-la-esi>

2. SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY NACIONAL DE EDUCACIÓN

El segundo ejemplo fue desarrollado en un artículo publicado por *La Prensa*²¹ –a cuyo texto me remito– a raíz de la media sanción otorgada por el Senado a la ley de Educación Nacional introduciendo principios jurídicos con ideología de género, en el marco de una campaña mediática que fungió como cortina de humo del real alcance de la reforma.

A modo de síntesis, el texto de la norma con media sanción dispone *evitar discriminaciones* en razón de sexo y género, y *erradicar los estereotipos que histórica y socialmente legitiman la desigualdad y el uso de la violencia (...)*. Puede advertirse el uso de un lenguaje medianamente confuso, abierto a una amplia interpretación que, obviamente, realizarán los “expertos”. Pero cuando avanzamos a los fundamentos encontramos ya un lenguaje *muy* confuso, abierto a cualquier interpretación: *La naturalización de masculinidades y femineidades hegemónicas es en sí una forma de violencia que legitima otras*. Esto hizo que se replicara en las redes sociales que, en definitiva, implicaba la proscripción en el aula de las palabras papá y mamá, lo que a su vez fue tachado de falso, de allí el título del artículo referenciado: *Al final: ¿se va a poder decir mamá y papá en la escuela?*

Hagamos el ejercicio de un análisis crítico: como de costumbre se advierte la imprecisión terminológica, algo por completo ajeno a la verdadera ciencia, *¿a qué se refiere con la “naturalización” de las “masculinidades y femineidades hegemónicas”?, ¿en qué fundamento se basa para afirmar que en sí mismas son una forma de violencia?, ¿de dónde saca tal relación de causalidad? Es decir... ¿cómo fundamenta que engendre otras formas de violencia?, ¿cuáles son estas supuestas formas engendradas de violencia en concreto?* Ya tenemos la falsedad de la premisa y de las principales inferencias.

Podemos nosotros inferir con mayor fundamento, que para descalificar aquello que desde la Prehistoria las generaciones de seres humanos consideraron como bueno y verdadero, se empieza por el falso presupuesto de que “padre y madre” son denominaciones hegemónicas por estar impuestas por la “cultura patriarcal”. Ignorando que el ser humano tiene la capacidad de nombrar las cosas, gracias a la cual puede desarrollar un lenguaje conceptual y comunicarse con sus semejantes. Las palabras papá y mamá designan realidades permanentes. Las costumbres cambian en cuestiones accesorias pero las respectivas realidades y sus funciones esenciales permanecen durante generaciones, en este caso durante milenios, incluyendo períodos y situaciones que no podrían caracterizarse

²¹<http://www.laprensa.com.ar/479320-Al-final-se-va-a-poder-decir-mama-y-papa-en-la-escuela-.note.aspx>

como “patriarcales”. *El uso de padre y madre no es una imposición de la cultura patriarcal, sino el ejercicio de la libertad para comunicarse en la verdad con otras personas.*

Es así que en la actualidad una ideología contemporánea, la de *gender*, impone que: *La naturalización de masculinidades y femineidades hegemónicas es en sí una forma de violencia que legitima otras, por lo cual deberíamos: deconstruir estas formas de relacionarse, que se encuentran naturalizadas y provocan tantos daños en la individualidad de las personas, en sus relaciones interpersonales y en la sociedad en su conjunto.* Esta concatenación de falsas premisas e inferencias erróneas ¡pueden habilitar a que en el aula, efectivamente se prohíba decir mamá y papá y muchas otras barbaridades!

VIII. MÁS QUE “CONCLUSIONES”, UNA APELACIÓN AL COMPROMISO

Terminamos esta reflexión llamando al ruedo a dos grandes. El primero –gracias al aporte de un magnífico trabajo de la tercera edición de *Valores*– es *Emilio Komar*:

No hace falta estar de acuerdo con la corriente. Si la corriente histórica fuese lo único, entonces ir contra la corriente hubiese sido un suicidio. Pero la corriente de las vigencias históricas no es lo único. La realidad de las cosas es muy distinta de la corriente de las vigencias. Lo tremendo habría sido ir contra la verdad de las cosas. Pero a menudo cuando uno va de acuerdo con la realidad de las cosas tiene que ir contra las vigencias, entonces eso no es trágico, simplemente es un trabajo más, una lucha más. [...] Nosotros tenemos entonces posibilidad de desarrollar enormemente lo que verdaderamente somos. Una persona humana es una especie de átomo, y si se rompe el átomo se libera una cantidad de energía brutal, el hombre crece y vive y estamos en presencia de energías incalculables. El problema es que no se promueve la energía, no se promueve la vida²².

El segundo es *Alexandr Solzhenitsyn*: *La violencia no vive en soledad y no es capaz de vivir sola; necesita estar entremezclada con la mentira. Entre ambas existe el más íntimo y el más profundo de los vínculos naturales. La violencia halla su único resguardo en la mentira y el único soporte de la mentira es la violencia. Cualquier persona que ha hecho de la violencia su método, inexorablemente debe elegir a la mentira como su principio (...) La salida más simple y más accesible a la liberación de la*

²²Cit. por Alejandra Planker de Aguerre, *La ideología de género como mesianismo de liberación* <https://valoresacademiadelplata.blogspot.com/2019/03/la-ideologia-de-genero-como-mesianismo.html> (de “Curso de Metafísica, vol. V: Sustancia y Accidente, Buenos Aires Sabiduría Cristiana, 2010, 119/121).

*mentira descansa precisamente en esto: ninguna colaboración personal con la mentira. Aunque la mentira lo oculte todo y todo lo abarque, no será con mi ayuda. Porque cuando los hombres renuncian a mentir, la mentira sencillamente muere*²³.

Por tales razones surge como un imperativo moral el compromiso político de todos, que tiene que empezar por el sostenimiento de la verdad en todos nuestros ámbitos de actuación, lo que implica estar capacitados seriamente para esta *lucha por las ideas*. La verdad –podríamos decir– sí tiene una suerte de efecto salvífico, solo que hay que sostenerla con la virtud de la prudencia y enfrentarse a la violencia de la mentira con la virtud de la fortaleza.

APÉNDICE

UNA BREVE DIGRESIÓN SOBRE EL CARÁCTER GNÓSTICO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Para completar la tríada de los “poderes” del Estado que se enunciaron en la Introducción, puede advertirse en lo referente a la interpretación de ciertos jueces, una característica típica de las gnosis religiosas más antiguas: (...) *la gnosis introduce una discreta subversión. Ofrece su asentimiento no al dato revelado tal como se presenta, sino al sentido que de él extrae. Sentido que no es, desde luego, el literal: la hermenéutica gnóstica descubre detrás de ese sentido otro oculto, que sería el único real y el único interesante (...)*²⁴.

Dos renglones abajo del lugar citado, Besançon nos muestra una directriz de acción: (...) *porque la ideología alardea de científica cuando no lo es. Esa contradicción es lo que se ha de poner de relieve, y el hecho de desvelarla a los ojos de todos basta para reencontrar el terreno de lo real y enderezar el sentido de las palabras.*

Mutatis mutandi, dicha tergiversación ocurre en la ciencia jurídica cuando deben aplicarse las leyes, las cuales como es bien sabido se agrupan en un determinado orden jerárquico en cuya cumbre se encuentra la Constitución Nacional y los Tratados incorporados a su texto.

Tenemos en este aspecto una serie de sentencias de la Corte Suprema y de algunos tribunales inferiores, que están reinterprelando abusivamente la Constitución y los derechos humanos en clave de género, de modo tal que cuando –por ejemplo– un tratado con rango constitucional dice

²³Cfr. Pablo López Herrera disquisiciones sobre un discurso clave de Alexandr Solzhenitsyn (Academia del Plata).

²⁴Besançon, Alain, *La Confusión de Lenguas, La crisis ideológica de la Iglesia*, Herder, Barcelona, 1981, 135-136.

“los padres tienen derecho...” se reinterpreta de un modo tal, que resulta subordinado a ciertos principios inspirados en la ideología de género, los cuales no surgen ni de norma constitucional alguna, ni de tratado de derechos humanos de ninguna especie, sino de leyes (de esas que dicta el Congreso subrepticamente), “dictámenes de expertos”, supuestas obligaciones del Estado, etc., los cuales –como es bien sabido– tienen una jerarquía normativa inferior.

En lo que respecta al derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa que han de recibir sus hijos en la escuela, en base a un expreso mandato de jerarquía constitucional, tal derecho –no es que sea limitado o moderado por medio de la interpretación judicial– sino que es directamente negado y conculcado en la praxis²⁵.

¡¡Y eso a pesar de que la *Declaración de los Derechos Humanos* prescribe que la familia es “la célula natural y fundamental de la sociedad” (art. 16, 3) y que el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional ordena que las leyes de educación deben asegurar la participación de la familia!!

²⁵Cosa similar ocurre con el derecho a la vida de la persona por nacer. Nuestro orden jurídico reconoce la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción (art. 19 del Código Civil y Comercial) y el derecho a la vida para los niños desde la concepción hasta los 18 años (tratado de los Derechos del Niño); sin embargo –desde el fallo FAL y “protocolos” mediante– en la práctica cualquier abusador puede llevar a una menor a realizarse un aborto, aduciendo motivos tan amplios que podríamos decir que estamos –contra la ley y los tratados– en un régimen de libre demanda.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INEXCUSABILIDAD RESOLUTIVA

Lautaro Ríos Álvarez*

SUMARIO: 1. Origen normativo y definición. 2. Fundamento jurídico-político. 3. Trascendencia del principio de inexcusabilidad. 4. Requisitos de procedencia de la inexcusabilidad. 5. Precedentes históricos del deber de inexcusabilidad. 6. Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en aplicación de dicho principio. 7. Consecuencias de la infracción de este deber jurisdiccional. 7.1. Consecuencias procesales de su infracción. 7.2. Consecuencias disciplinarias de la infracción del deber de inexcusabilidad. 7.3. Consecuencias penales de la infracción de este deber. 8. Conclusiones.

1. ORIGEN NORMATIVO Y DEFINICIÓN

Dos conceptos opuestos tienen relación directa con la inexcusabilidad. El primero es su versión afirmativa: “Excusable” (del latín *excusabilis*), que significa *Que se puede omitir o evitar* (R. Acad.). El segundo es su acepción negativa: “inexcusable” (del latín *inexcusabilis*) que quiere decir *Que no puede eludirse con pretextos o que no puede dejar de hacerse* (R. Acad.).

Para nosotros, la inexcusabilidad resolutive¹ es un principio fundamental en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional. Consideramos *principio fundamental* de cualquiera función o potestad, a aquel sin cuya presencia estas dejan de funcionar válidamente. Y creemos, además, que son principios fundamentales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la *juridicidad* (que algunos limitan impropiamente a la legalidad), la

*Profesor Emérito de la Universidad de Valparaíso, Chile. <lautarorios@estudiorios.cl>. Ex Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso; Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Miembro y ex Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; y Miembro Correspondiente en Chile de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional.

¹Usamos el adjetivo “resolutive” para distinguir esta inexcusabilidad de la de carácter cognitivo o inexcusabilidad por ignorancia de la ley (Art. 8° C. Civil). Ver, al respecto: Hernán Corral Talciani: “De la ignorancia de la ley. el principio de su inexcusabilidad”, Ed. Jurídica de Chile, Stgo., 1987.

*congruencia*² y la *inexcusabilidad resolutive*. La ausencia de cualquiera de ellos, en el conocimiento y resolución de un asunto jurisdiccional, le deja privado de valor y de eficacia jurídica.

Entendemos por *juridicidad* la fiel sujeción del sentenciador al orden jurídico vigente, a partir de la Constitución Política respectiva. La *congruencia* –siguiendo a GUASP– *Puede ser definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila*³. Y, por *inexcusabilidad resolutive*, entendemos la obligación del juez de resolver derechamente el conflicto judicial que –siendo materia de su competencia– ha sido sometido a su decisión, debiendo hacerlo conforme a las normas que lo regulan y, en su ausencia, de acuerdo a las demás fuentes de derecho disponibles.

El principio de *juridicidad* está consagrado en el Art. 6° de la Carta Fundamental y acotado en su Art. 7°. El principio de *inexcusabilidad resolutive* lo establece su Art. 76, inciso 2°; por lo que ambos están revestidos de rango constitucional. El principio de *congruencia* se desprende del Art. 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución, está contemplado por los Arts. 160, 170 y por otras disposiciones del Código de Procedimiento Civil que aseguran su vigencia y aplicación, habiendo sido calificado por la Excma. Corte Suprema como *principio rector de la actividad jurisdiccional*.

En los orígenes de nuestra organización republicana –y en lo tocante al tema de este estudio–, destaca el Título XII de la Constitución Política de 1823 “Del Poder Judicial”, cuyo Art. 121 prescribía: *Todo juez responde de las dilaciones i abusos de las formas judiciales*.

Más específicamente, el Decreto Supremo de 25-IX-1837, sobre “Denegación de Justicia”, en su Art. 1° disponía: *El juez que en las causas cuyo conocimiento le compitiere se negare a administrar justicia*: (seguía la enumeración de diversas actuaciones reprobables que culminaban con la siguiente):

²Al Principio de *congruencia* dedicamos un estudio en la obra colectiva “Poder Judicial”, Ed. Jurídica de Chile, Stgo., 2015, 259 y ss.

³Guasp, Jaime. “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, 533.

Ya sea pretestando cualquiera otro motivo falso o manifiestamente frívolo que indique un ánimo deliberado de escusarse de tomar conocimiento de la causa. “Comete crimen de denegación de justicia.

El Decreto Supremo referido acusa la influencia expansiva del Código Civil francés cuyo Art. 4° prescribe que *El juez que rehúse juzgar bajo pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia*⁴.

En 1847 se presentó a la Cámara de Diputados, por don Antonio Varas, un proyecto de ley acerca del modo de acordar y fundar las sentencias definitivas. Consultado el autor de nuestro Código Civil, don Andrés Bello, propuso la siguiente disposición:

Toda sentencia ... contendrá:

3° Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de estas, la costumbre que tenga fuerza de ley; y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia.

Esta ley se promulgó el 12 de septiembre de 1851⁵.

En el ordenamiento jurídico chileno posterior, la primera norma legal codificada que estableció la inexcusabilidad del juez, fue el Art. 9° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875, cuyo párrafo segundo prescribía: *Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, [los tribunales] no podrán escusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de lei que resuelva la contienda sometida a su decisión.*

Esta norma, al dictarse el Código Orgánico de Tribunales (COT) de 1943, se reprodujo por su Art. 10°, párrafo segundo, con un texto idéntico al original de 1875.

Además, el Art. 112 del mismo Código dispuso que *Siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan desde entonces de ser competentes.* Cabe advertir, sin embargo, que esta no es una novedad del COT sino la reproducción del Art. 196 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875.

⁴Ver Martínez Benavides, Patricio. “El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la Perspectiva del Estado Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 39-1, 2012, 113 y ss.

⁵Ver, del Prof. Miguel Angel Fernández González, “El Principio Constitucional de Inexcusabilidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 80, 1er. Semestre 2014, 41 y ss.

Fue la Constitución Política de 1980 la que elevó el deber de inexcusabilidad al supremo rango normativo en el segundo párrafo de su Art. 73 original, cuyo texto reproduce el contenido de la disposición transcrita de la Ley Orgánica de 1875, añadiendo sabiamente a la expresión *contienda* la más extensiva: *o asunto*, que perfecciona su alcance⁶.

Decimos que la expresión agregada es sabia y extensiva porque frente al texto del Art. 10 del COT y tratándose de un asunto incidental o de un trámite procesal, el juez podía eludir su pronunciamiento, fundándose en que la cuestión suscitada no afectaba la decisión de *la contienda* misma. Al añadir el vocablo omnicompreensivo *o asunto* se clausura esta vía de escapatoria y se obliga al tribunal a pronunciarse en todo caso.

El texto de la disposición constitucional aludida reza así: *Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, [los tribunales] no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.*

La *inexcusabilidad* puede definirse –en nuestro sistema jurídico– como la obligación que la Constitución Política de la República y el Código Orgánico de Tribunales imponen expresamente a todo juez de resolver el asunto legalmente sometido a su decisión que la ley haya puesto dentro de la esfera de su competencia, debiendo hacerlo en conformidad con las leyes que lo regulan y, a falta de ellas, de acuerdo a las demás fuentes jurídicas aplicables.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO

Dice al respecto el Prof. Hugo Pereira Anabalón:

El Estado detenta el poder público de mandar y de ser obedecido por aquellos a quienes el mandato se dirige; pero la legitimidad del poder público exige el consentimiento de éstos. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”. (Art. 21.3).

La potestad jurisdiccional no escapa a tal postulado, de donde el fundamento de la misma es precisamente la voluntad popular, o la soberanía popular, o simplemente la soberanía. Por tanto, los titulares de la jurisdicción, los jueces, la ejercitan en representación del pueblo, del soberano.

Nuestra Constitución (...) expresa que la soberanía reside en la nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Carta establece (Art. 5º, inciso 1º), entre éstas, por cierto, la autoridad judicial [Poder Judicial] que regula su Capítulo VI, al cual asigna la potestad jurisdiccional⁷.

⁶Esta disposición figura en el Art. 76, inciso 2º, de la Constitución actualmente vigente.

⁷Pereira Anabalón, Hugo: “Curso de Derecho Procesal”, t. I, Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1993, 93.

La Excma. Corte Suprema, en sentencia de 6 de mayo de 1964, estableció que: ... *en el artículo 80 de la Carta Fundamental (actual Art. 76) descansa la función jurisdiccional de los tribunales, la que es una emanación de la soberanía del Estado; y asegura asimismo la independencia de aquéllos para juzgar las controversias... etc.*⁸.

La misma Excma. Corte, en sentencia de 3 de mayo de 1965, declaró que ... *el poder público en que la soberanía ha delegado la función de administrar justicia, tiene la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, usando la fuerza si ello es necesario...*⁹.

3. TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD

La trascendencia de este principio fundamental del ejercicio de la jurisdicción no solo deriva de haber sido positivado en una disposición de supremo rango normativo, como es el artículo 76 de la Carta Fundamental, cabeza de su Capítulo VI que regula el PODER JUDICIAL. Deriva, más bien, de la esencialidad de su aplicación, pues su ausencia o su infracción corrompería el deber del Estado de impartir justicia y la necesidad imperiosa de recibirla con prontitud por los afectados.

El Poder Ejecutivo y la Administración del Estado pueden abstenerse, en determinados casos –sea por razones de mérito, de oportunidad o de conveniencia– de adoptar medidas de gobierno o de administración. Puede hacerlo inclusive ante situaciones de excepción, sin infringir la Constitución.

El Congreso Nacional puede hacer lo mismo en todo cuanto concierne a la aprobación, modificación o rechazo de los proyectos de ley que reciba por mensajes del Ejecutivo o por mociones de los propios congresales.

Tanto el Gobierno y la Administración como el Congreso Nacional tienen opciones para actuar o para abstenerse de actuar y el que termina decidiendo acerca del acierto o el desacierto de tales opciones es el Cuerpo Electoral.

En cambio, los Tribunales de Justicia, ante el asunto de su competencia que legalmente se somete a su decisión, carecen de la opción de resolverlo o de abstenerse de hacerlo. Deben ejercer su autoridad, sin poder excusarse ni aún por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión.

Una sociedad puede vivir en ausencia de leyes que no necesite; puede sobrevivir agobiada por una burocracia frondosa que frene su capacidad de emprendimiento; o bajo gobiernos que a veces omitan o no entiendan debidamente las necesidades de seguridad y de vivir en paz de la pobla-

⁸Revista de Derecho y Jurisprudencia (R.D.J.), t. 61, 2ª. p., s. 1ª. 81.

⁹R.D.J., t. 62, 2ª. p., s.1ª., 60.

ción. Pero no puede subsistir desprovista de justicia ni angustiada por la tardanza injustificada en recibirla.

Por otra parte, la administración de justicia –salvo el escaso poder de la opinión pública– no cae bajo el control del Cuerpo Electoral y es mejor que así sea.

Pero esta falta de control externo y la trascendencia de su noble misión debiera interpelar la conciencia de los jueces para decidir los asuntos que se les someten de manera pronta y clara, y con la mirada puesta más en la justicia del caso que en la multitud de detalles que a veces nublan la fisonomía del problema entregado a su decisión.

4. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA INEXCUSABILIDAD

De acuerdo a su definición y al texto constitucional que lo establece, el deber de inexcusabilidad de todo tribunal de justicia depende de la conjunción de los siguientes requisitos: a) requerimiento judicial de la persona natural o jurídica habilitada para comparecer en juicio; b) que dicho requerimiento se practique en conformidad a la ley procesal correspondiente a su materia; y c) que el asunto propio del requerimiento esté comprendido dentro de la competencia del tribunal requerido¹⁰.

5. PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBER DE INEXCUSABILIDAD

Aunque pareciera que la acuñación legislativa de esta obligación recién debió ver la luz a raíz de los procesos de codificación de las normas legales –esto es, a partir del comienzo del siglo XIX– existen precedentes históricos que desvirtúan esta suposición¹¹.

Así, desde la Alta Edad Media empieza a perfilarse el sistema de legalismo jurídico que obligaba a los jueces a sentenciar en conformidad a las leyes vigentes, desechando la aplicación de la legislación de Roma e inclusive de las opiniones de los grandes jurisconsultos romanos (Ulpiano, Papiniano, Paulo, Modestino y Gayo).

¹⁰Ver las reglas sobre “Interpretación de la ley”, en los Arts. 19 al 24 del Código Civil y en el Art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil de 1903, los cuales hacen referencia a otras fuentes jurídicas.

¹¹En esta incursión histórica nos hemos basado en el trabajo del Profesor de Historia del Derecho don Aldo Topasio Ferretti, titulado “Fundamentos históricos del Principio de Inexcusabilidad del Juez en el devenir jurídico hispánico y chileno”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Universidad de Chile, Año 1983, N° 9, 155-164. Y también en el estudio “Algunos antecedentes históricos sobre los Principios de Inexcusabilidad y Legalidad” de la Profesora María Angélica Figueroa: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVIII, Valparaíso, Chile, 1996.

Esta obligación se consagraba en el *Liber Judiciorum* o “Libro de los Jueces” del año 654 de nuestra era, compendio de las tres ediciones de la legislación civil visigoda que imponía a los jueces la obligación de aplicar los principios y normas contenidas en dicha normativa. Así, el Libro II, cuyo Título I se denomina *De los jueces y de lo que juzgan*, expresaba en su Ley VIII: *Bien sufrimos y bien queremos que cada hombre sepa las leyes de los extraños para sí; pero cuando se trata de juzgar pleitos, defendémoslo y contradecimos que no las usen... porque abundan para hacer justicia las razones y las palabras y las leyes que son contenidas en este libro. Ni queremos que en adelante sean usadas las leyes romanas ni las extrañas.*

La Ley IX del mismo Libro de los Jueces prescribía: *Ningún hombre de todo nuestro reino defendemos que no presente al juez para juzgar en ningún pleito otro libro de leyes sino este nuestro... Y si lo hiciere alguno, peche 30 libras de oro al rey. Y si el juez tomara el otro libro defendido, si no lo rompiere o no lo despedazare, reciba aquella misma pena.*

La Ley XI, por su parte, disponía qué ha de hacer el juez cuando no hay ley que decida el caso, ordenando que *el señor de la ciudad, o el juez por sí mismo, o por su encargado haga presentar ambas las partes ante el rey para que el pleito sea tratado ante él (“que pleyto sea tratado antel”) y sea terminado así sin más, y que se haga entonces ley.*

La Ley XII agregaba que *Los príncipes tienen poder de añadir leyes en este libro todavía, y los pleitos que ya están iniciados y no están aún terminados, mandamos que sean terminados según estas leyes.*

La imposición de este temprano legalismo la explica el Prof. Alamiro de Ávila señalando que *La política de los reyes en esta materia es, fundamentalmente, la de imponer un sistema de derecho que contribuya a aumentar el poder de la monarquía*¹².

Concluye el Prof. Topasio el Capítulo I de sus *Fundamentos...* señalando que *... en conformidad a los preceptos del Libro de los Jueces, a falta de ley que resuelva el caso sometido a su decisión, el juez debe excusarse de pronunciar la propia decisión y deferir el asunto al rey para que éste lo defina.*

Sin embargo, no debe olvidarse que durante la Edad Media la potestad de hacer justicia estaba radicada en el monarca, de quien el juez era un simple delegatario de esa potestad que se ejercía en su nombre. De allí que la “excusa” del juez solo significaba que, a falta de ley aplicable al caso, este reenviaba el asunto al poder concentrado del rey quien no solo era el titular de la potestad judicial sino también de la potestad legislativa, por lo que podía subsanar el vacío legal y, a continuación, resolver el asunto en conformidad a la nueva norma creada por él mismo. Quiero

¹²Ávila Martel, Alamiro de. *Curso de Historia del Derecho*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, 219, cit. por el Prof. Aldo Topasio.

decir que –en mi modesta opinión– el deber de inexcusabilidad de hacer justicia continuaba vigente si resolvía el Rey.

Anota la Prof. María Angélica Figueroa que: *Especial relevancia tiene al final del período altomedieval la dictación por las primeras Cortes del reino de León de los decretos aprobados por esta asamblea legislativa triestamental el año 1188, conocidos más tarde como “Carta Magna leonesa” por asimilación comparativa con la Carta Magna inglesa de 1215. Dicho texto, que rigió como derecho para todo reino, contiene en su mayoría, normas de tipo procesal. Entre ellas dispone que la denegación o retardo malicioso en la administración de justicia por parte del juez –y la carta leonesa entiende que existe retardo si “hasta el tercer día no se aplicara el derecho”– faculta al agraviado por la denegación o retardo para exigir del juez, una vez probado el hecho mediante testigos “pagar dobladas al querellante, tanto la cuantía de la demanda como los gastos”¹³.*

Durante la baja Edad Media –en lo que respecta al principio en estudio– merecen citarse el Código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X, el Sabio, y el Fuero Real de España, otorgado por el mismo Rey, ambos en el siglo XIII; los que resultan ser la continuidad del antiguo Libro de Los Jueces del siglo VII.

En la Partida III, Título XXII, su Ley XI, se refería a *Qué deben hacer los juzgadores cuando dudaren, y cómo deben dar su juicio*; allí aparecía la siguiente minuciosa instrucción: *Los jueces deben hacer escribir todo el pleito, como pasó ante ellos, bien y lealmente, y después hacerlo leer ante las partes, para que vean y entiendan si está escrito todo lo que fue razonado. Y si hallaren que alguna cosa está crecida o menguada o cambiada, débenla enderezar, y después sellar el escrito con sus sellos, y dar a cada una de las partes el suyo, para que lo lleven al Rey ; y sobre todo esto deben los jueces hacer su carta, y enviarla al Rey, recontándole todo lo hecho, y la duda en que están. Y entonces el Rey, sabida la verdad, puede dar el juicio, o enviar decir a aquellos juzgadores, como lo den, si se quisiere.*

Y en el Título XXVIII: *Por qué leyes se pueden librar los pleytos*, previendo qué debe hacerse en defecto de ley, Alfonso XI dispuso: *Y si alguna contrariedad apareciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros, o en cualquiera de ellos, o alguna duda fuere hallada en ellos, o algún hecho porque por ellos no se puede librar [el pleito], que Nosotros seamos requeridos sobre ellos, para que hagamos interpretación, o declaración o enmienda, y hagamos ley nueva, la que entenderemos que cumple sobre ello, para que la justicia y el derecho sean guardados.*

¹³Ver Figueroa, María Angélica: ob. cit., 192-193.

Por su parte, el Fuero Real de España, del año 1255, en su Libro I, Título VI, Ley V, expresaba lo siguiente: *Bien sufrimos e queremos que todo home sepa otras leyes por ser más entendidos los homes, é más sabidores: mas no queremos, que ninguno por ellas razone, ni juzgue: mas todos los pleytos sean juzgados por las leyes de este libro, que nos damos a nuestro pueblo, que mandamos guardar: é si alguno aduxere otro libro de otras leyes en juicio para razonar, ó para juzgar por él, peche quinientos sueldos al Rey: pero si alguno razonare ley que acuerde con la deste libro, é las ayude, puede lo hacer, é no haya pena*¹⁴.

Anota el Prof. Topasio que desde la época de los Reyes Católicos en adelante el principio de inexcusabilidad de la justicia mantendría su vigencia, al menos en la legislación del Imperio español y de sus colonias. Así, la Pragmática de Madrid de 1499 que permitió excepcionalmente a falta de ley, la invocación en juicio de las opiniones de los jurisconsultos Bartolo, Baldo, Juan Andrés y del Abad Panormitano, fue derogada por la Ley Primera de Toro, la que restaura, a falta de ley aplicable, la abstención del juez y el envío de todos los antecedentes al Rey para llenar el vacío legal y resolver el asunto en conformidad con la nueva ley que este dicte.

La Reina Doña Isabel, por Real Cédula de 29 de marzo de 1503, expedida en Alcalá de Henares –en caso de duda insuperable del sentido de la ley– dispone: *“Si por ventura algún pleito fuere tan dudoso e intrincado, que parece que no se puede determinar bien la justicia, y que se debe mandar comprometer, los dichos Presidente y Oidores no lo hagan, sin consultarlo primero con Nos, y nos envíen la razón del negocio que fuere, con los votos de los Oidores que lo hubieren visto y con las causas que les movieren, para que Nos mandemos lo que se debe hacer”*.

El principio de inexcusabilidad se mantendrá incólume en las Leyes 3 y 7 del Título I, y en la Ley 13 del Título V, ambos del Libro II de la Nueva Recopilación y en las Leyes 3 y 7 del Título II del Libro III de la Novísima Recopilación¹⁵.

Respecto al derecho aplicable en las colonias españolas, la Prof. María Angélica Figueroa destaca lo siguiente:

Pasemos finalmente al derecho indiano, el que como sabemos, fue creado como un derecho particular para América, el cual en los amplios vacíos respecto de materias no reguladas de modo especial, como derecho penal, civil, procesal, debía ser suplido por el derecho castellano de acuerdo al orden de relación de las Leyes de Toro. Este, sabemos, cerraba la creación de derecho

¹⁴“El Fuero Real de España”, cit. por el Prof. Topasio, ob. cit., 157, nota 4.

¹⁵Topasio, Aldo, ob. cit., 161 y nota 11.

en torno al rey de modo expreso, con las salvedades que ya hemos advertido sobre la supremacía del derecho natural.

Sólo la vigencia del derecho positivo indiano castellano supeditado al contenido de un concepto valorativo de derecho natural puede explicarnos funciones como las de las audiencias americanas respecto de la “suplicación de la ley injusta” frente a la cual la audiencia dejaba a salvo el reconocimiento de la legitimidad de la potestad real para legislar mediante el “acatamiento” de la ley, pero se hallaba obligada a suspenderla aplicación de la ley y a “suplicarla” en los casos en que su contenido fuera “injusto”. Como sabemos, en la práctica el mecanismo se utilizó correcta e incorrectamente, en nuestro análisis interesa en la medida que es una comprobación de la apertura del sistema hacia la equidad. Sólo del mismo modo es posible explicar la adaptación al tiempo, al lugar y a las circunstancias que se dio a las Partidas en América según nos testimonia la jurisprudencia indiana en la medida en que se ha ido trabajando sobre ella. Creemos que en América indiana imperó un sistema de arbitrio judicial que con diversos controles tendientes a evitar la arbitrariedad permitió a los jueces hacer prevalecer, sobre el texto positivo que resolviera el caso, la formulación de fallos basados en la equidad. El juez no estaba obligado a fundamentar de modo expreso su sentencia¹⁶.

Cabe señalar que, concluida la reconquista, la Constitución de 1818 ratificó la vigencia de *las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá remedio*¹⁷.

El proceso de formación del derecho republicano en esta materia lo dejamos resumido en el punto 1 de este trabajo.

6. JURISPRUDENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN APLICACIÓN DE DICHO PRINCIPIO

Pese a la antigüedad de la vigencia imperativa de esta obligación jurisdiccional, nuestros jueces, no siempre han sabido asimilar la trascendencia de este deber ministerial ni en virtud del Art. 9º de la Ley Orgánica de los Tribunales de 1875 –reiterado en el Art. 10º del Código Orgánico de 1943– y ni siquiera por la fuerza vinculante del Art. 76 de la Constitución Política de 1980, actualmente vigente.

Resulta más cómodo, para algunos jueces, eludir su obligación de abordar la cuestión que se les plantea con el pretexto inadmisibles de no hallarse resuelta expresamente por la ley, que resolver materias que

¹⁶Figuroa, María Angélica: ob. cit., 194.

¹⁷Título V: “De la Autoridad Judicial”, Capítulo Primero, Art. 2º, de la Constitución de 1818.

–a veces– son un simple ejercicio de lógica y, en todo caso, son materia esencial de su deber de impartir justicia¹⁸ y ¹⁹.

En este estudio solo haremos referencia a los cinco fallos de nuestra Excma. Corte Suprema (ECS) que en intervenciones recientes han hecho severa aplicación del principio en estudio.

6.1. Con fecha 4-VIII-2016, la Tercera Sala de la E.C.S., integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante (A.I.) Sr. Jorge Lagos G., en el Rol N° 19.993/2016 (Queja contra la I. Corte de Apelaciones de Santiago), en su Considerando 9°, estableció lo siguiente:

9°) Que tales reflexiones ponen de manifiesto que la decisión de los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Santiago ha sido errada, pues la revocación del acto administrativo impugnado por el Banco del Estado de Chile no impide que el Tribunal de Contratación Pública se pronuncie respecto de su legalidad, la que no fue declarada ni reconocida por el Municipio reclamado al decidir ejercitar dicha facultad revocatoria, desde que, por el contrario, la decisión del ente edilicio se ha fundado exclusivamente en razones de mérito, conveniencia u oportunidad.

En estas condiciones y teniendo presente los deberes que sobre el citado tribunal recaen, particularmente el de inexcusabilidad prescrito en la Constitución Política de la República, forzoso es concluir que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de treinta de marzo del año en curso acogió equivocadamente la reclamación prevista en el artículo 26 de la Ley N° 19.886, por

¹⁸El 09-IV-2018, la titular del 5° Juzgado Civil de Valparaíso, en el Rol C-2528-2013, por expropiación, proveyendo la designación de perito del Fisco y luego de acogerla, resolvió: “... Notifíquese a fin que acepte el cargo, debiendo evacuar su informe pericial dentro de 20 días hábiles, contados desde que acepte dicho cargo y jure desempeñarlo fielmente”. Como el tribunal no fijó plazo para dicha notificación, el expropiado lo solicitó para poder hacer cumplir lo resuelto, fundándose además en el Art. 238 del C.P.C. Contestando el traslado, el Fisco alegó que el D.L. 2.186 sobre Procedimiento Expropiatorio no contempla ningún plazo para ello. El Tribunal negó lugar a lo solicitado. La afectada pidió reposición de lo resuelto fundándose además en 5 sentencias de la Corte Suprema y la Juez Titular, después de considerar el traslado del Fisco, rechazó el recurso de reposición en virtud de los mismos argumentos de la resolución recurrida, concediendo sólo la apelación subsidiaria interpuesta.

¹⁹En el proceso Rol V-37-2016 sobre consignación expropiatoria, el 2° Juzgado Civil de Valparaíso, por resolución de 03-I-2017, accedió a la solicitud del Fisco de autorizarle a la toma de posesión material del bien expropiado, sin fijarle fecha para ello. Luego el Fisco publicó en el Diario Oficial del 15-II-2018 su petición de toma de posesión material, advirtiendo que el expropiado tiene plazo de 5 días para recoger los frutos pendientes. El expropiado hizo uso de este derecho, solicitó plazo para su recolección y pidió al tribunal que fijara día y hora para la toma de posesión, ya que –a contar de esa fecha– corre un plazo fatal de caducidad del derecho a reclamar del monto de la indemnización. Contestando el traslado, el Fisco arguyó que: “No hay norma alguna que establezca que es Su Señoría quién deba fijar una fecha determinada para la realización de dicha diligencia...”. El Tribunal, por resolución de 25-VI-2018, fundándose en “Que, de acuerdo al D.L. 2.186, los trámites solicitados por el expropiado, no están contemplados”, dispuso “Que se rechaza lo pedido por el expropiado, sin costas”.

cuanto ha quedado establecido que el Tribunal de Contratación Pública no sólo se hallaba facultado sino que, aun más, estaba obligado a pronunciarse acerca de la legalidad del acto administrativo impugnado. En tales circunstancias esta Corte, en uso de su facultad para obrar de oficio, debe enmendar el error en que se ha incurrido.

Y, en su parte resolutive –después de haber desechado el recurso de queja por no ser procedente y actuando de oficio– dejó sin efecto la sentencia recurrida de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y –en su lugar– desestimó el recurso de reclamación interpuesto contra el fallo del Tribunal de Contratación Pública.

6.2. Con fecha 04-IV-2017, la Tercera Sala de la E.C.S., integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Carlos Aránguiz Z., y el A.I. Sr. Juan Eduardo Figueroa V., en el Rol N° 55.305-2016(Queja), en sus Considerandos 7° y 15°, razonó así:

Séptimo: Que, en primer lugar, se debe señalar que si bien los magistrados tienen un margen de interpretación de la ley, no es menos cierto que ésta debe ejercerse dentro del marco de aquélla. La relevancia de lo anterior radica en que los jueces, deben aplicar las normas que el ordenamiento jurídico contempla para resolver la controversia que ha sido puesta en su conocimiento, sin que puedan soslayar su existencia por atender a circunstancias fácticas que, a su juicio, podrían hacer estéril un pronunciamiento conforme a las normas específicas que regulan el caso concreto. Justamente, esta fue la conducta en la que incurren las juezas recurridas, toda vez que aquellas rechazan la reclamación interpuesta por haber entregado el órgano público, esto es, la Comisión de Energía Nuclear, la información relacionada con la lista de clientes que adquieren el litio concesionado a la quejosa, atendiendo a una conducta material, abstrayéndose de la cuestión jurídica que se debía resolver, amparando con ello una conducta que, de buena o mala fe, contraría el régimen de publicidad establecido en la Ley N° 20.285. Tal conducta, constituye por sí sola una falta o abuso grave, toda vez que aquellas han dejado de aplicar normas expresas que regulan la materia, so pretexto de estimar inútil la acción, puesto que a su juicio, cualquiera que sea la resolución, ya no pueden impedir la entrega de la información, razón por la que estiman que el arbitrio perdió oportunidad. Tal razonamiento es abusivo, puesto que, como se dijo, existiendo normas constitucionales y legales que regulan la materia, aquellos deben aplicarlas, sin atender a los efectos de su decisión, pues su labor es aplicar el derecho para resolver la controversia que fue puesta en su conocimiento.

El mismo fundamento agrega más adelante que *De este modo, se constata que las recurridas efectivamente incurrieron en falta o abuso grave, puesto que a pretexto de circunstancias fácticas ajenas al litigio se han abstenido de resolver la controversia sometida a su conocimiento,*

desconociendo no solo la aplicación de la normativa que regula el acceso a la información pública y las respectivas causales de reserva, vulnerando los artículo 8° de la Constitución Política de la República y 21 N° 2 de la ley de Transparencia, sino que además contravienen el mandato expreso contenido en el artículo 76 de la Carta Fundamental, que consagra el principio de inexcusabilidad, conforme al cual los jueces se encuentran obligados a resolver el conflicto de relevancia jurídica puesto en su conocimiento, a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la materia, entregando así tutela judicial efectiva a quienes acuden a la judicatura.

Y luego, el Considerando 15° remata así:

Décimo quinto: Que, al haber obrado en la forma descrita en los fundamentos séptimo, octavo y noveno, las magistradas recurridas han actuado con abuso, puesto que omitieron la aplicación de texto normativo expreso que resolvía la controversia puesta en su conocimiento, faltando al principio de inexcusabilidad, al establecer que el reclamo de ilegalidad perdió oportunidad, fundadas en circunstancias ajenas a la normativa que regula la materia, según se analizó en el considerando séptimo. Asimismo, como se razonó en el fundamento octavo, validaron con grave falta, un examen realizado por el órgano público respecto de la publicidad de la información, en circunstancias que éste, conforme con lo establecido en el artículo 20 de la Ley N° 20.285, carece de atribuciones para tales efectos. Finalmente, de manera abusiva, omiten todo análisis de la causal de reserva invocada por el actor respecto de la entrega del listado de sus clientes que adquieren el litio exportado, soslayando el análisis de las normas referidas en los fundamentos décimo a décimo cuarto, expresando una conclusión resolutive carente de razonamientos jurídicos, constatándose así la efectividad de la denuncia esgrimida por la quejosa.

Y, en lo resolutive, la Corte Suprema acogió el recurso de queja interpuesto en contra de la I. Corte de Santiago, dejando sin efecto su sentencia de 18-VIII-2016, motivo de la queja; y, en su lugar, dejó parcialmente sin efecto el amparo otorgado por el Consejo para la Transparencia en orden a dar a conocer el listado de adquirientes del litio exportado por S.Q.M., por su carácter reservado.

6.3. Con fecha 18-IV-2018, la Primera Sala de la ECS, integrada por los Ministros señor Guillermo Silva G., señoras Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S., Gloria Ana Chevesich R., y el Ministro Suplente señor Rodrigo Biel M., en el Rol N° 832-2018, no obstante rechazar –por improcedente– el Recurso de queja interpuesto en contra de la I. Corte de Santiago por la dictación de la sentencia materia del recurso, y actuando de oficio, resolvió la controversia fundándose en la infracción del principio de inexcusabilidad de la manera siguiente:

Sexto: (En lo pertinente) *Sin perjuicio de lo resuelto, actuando esta Corte de oficio tiene presente lo que sigue:*

A continuación, el fallo hace una prolija descripción del reclamo judicial dirigido en contra de una resolución de la Dirección Nacional del Trabajo, la cual denegó el recurso jerárquico esgrimido en contra del acto administrativo dictado por un órgano dependiente de ella.

En la audiencia verificada, ante el Juzgado del Trabajo, la Dirección Nacional interpuso una excepción de incompetencia absoluta del tribunal, fundándose en el Art. 360 del Código del Trabajo, cuyo inciso 11° prescribe que la decisión recurrida *Solo será reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo.*

El Juzgado del Trabajo acogió dicha excepción, declarando su incompetencia; resolución que, una vez apelada, fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

El Considerando Sexto del fallo de la ECS luego de rechazar, en su segundo párrafo, el recurso de queja en sus numerales 3°, 4° y 5° prosigue así:

3° Que es precisamente del tenor de la última frase recién transcrita que los jueces desprenden que, con la reclamación allí aludida no sólo queda agotada la sede administrativa, sino que además las partes involucradas quedan privadas del derecho a acudir a la jurisdicción, y por ende, que los tribunales de justicia estarían impedidos de ejercer el cometido que les es propio, lo que traduce una clara vulneración de los principios básicos que gobiernan un estado de derecho.

4° Que, en efecto, y aun cuando se acude por los jueces al concepto de incompetencia absoluta, lo cierto es, que en estricto rigor se priva a los involucrados, en la especie al recurrente, de su derecho de acceder a la jurisdicción, desatendiendo con ello, entre otros, el principio de inexcusabilidad que nuestra Constitución Política de la República consagra en el artículo 76, texto que reconoce exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado". Añade el texto que: "...reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión. Esta última prevención es reiterada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. El recién referido principio de inexcusabilidad debe necesariamente ser vinculado a la noción de debido proceso y, específicamente con el ejercicio del derecho de acción, en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no sólo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama (así lo proponen los profesores Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, y Raúl Núñez Ojeda, en su obra "Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación", de Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010, pp 195-206). De esta manera, no es extremo reconducir este concepto a la idea de que la inexcusabilidad, además de expresarse como una prohibición al juez de eludir la decisión de la cuestión que se somete

a su conocimiento, también configura la prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que, cumpliendo las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política de la República, deba caer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente, conclusión que se ve claramente reafirmada y complementada con el tenor del inciso segundo del artículo 38 de la Carta Magna, al señalar que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Ninguna duda cabe que en la especie se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica que genera y hace operativo el poder-deber entregado a los tribunales para conocer de él y de resolverlo por la vía del instrumento denominado proceso, y con efecto de cosa juzgada. 5° Que en concordancia con lo anterior, no es posible soslayar que el ordenamiento jurídico, partiendo por la Carta Magna, otorga al ciudadano la garantía básica de un justo y racional procedimiento para ser sustanciado y resuelto ante un juez imparcial, que debe sujetarse a la ritualidad que la ley contempla para llevar adelante el proceso, y, lo que es de suyo relevante, quedando aquél también sujeto al sistema de ponderación de las pruebas que ha predeterminado el legislador.

Más adelante, en el numeral 12° del mismo Considerando Sexto, la ECS concluye así:

12° Que en las condiciones ya señaladas, resulta claro que al acoger la excepción de incompetencia absoluta interpuesta por la Dirección del Trabajo en la audiencia del 5 de octubre de 2017, se incurrió en un error que privó a la parte reclamante de la adecuada sustanciación del procedimiento al que se había dado curso en la causa Rit I-405-2017, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo con arreglo a lo previsto por el artículo 504 del Código del ramo, yerro que hizo suyo la Corte de Apelaciones al confirmar la decisión en comento, anomalía la indicada, que esta Corte debe enmendar en uso de sus atribuciones.

Finalmente, en la parte resolutive, el fallo de la E.C.S. decidió que: *Por estos fundamentos, y actuando de oficio esta Corte, se deja sin efecto la resolución de tres de enero pasado, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto confirmó la de primer grado que acogió la excepción de incompetencia deducida por la Dirección del Trabajo y en su lugar se decide que se revoca tal decisión, y en consecuencia se declara que la excepción de incompetencia absoluta queda desestimada, debiendo el tribunal a quo disponer la prosecución del procedimiento por el juez no inhabilitado que corresponda.*

6.4. Con fecha 25-VII-2018, la Cuarta Sala de la E.C.S., integrada por los Ministros señora Rosa Egnem S., señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los A.I. señora Leonor Etcheberry C., y señor Íñigo de

la Maza G., en el Rol N° 7.342-2018, pronunciándose sobre un recurso de queja interpuesto en contra de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que confirmó la sentencia dictada por el Juez del Trabajo, quien declaró su incompetencia absoluta para conocer de la reclamación deducida en contra del Director Nacional del Trabajo, fundándose en el inciso 11° del Art. 360 del Código del Trabajo que prescribe que la resolución de la Dirección Regional del Trabajo *solo será reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo*.

A esta materia nos referimos en el párrafo 4 de la sentencia precedente; y la Cuarta Sala de la E.C.S. reproduce los fundamentos básicos del fallo referido de la Primera Sala, por lo que solo haremos referencia a las consideraciones agregadas a este fallo.

En su Considerando Sexto, numeral 10°, la Cuarta Sala precisa:

10° Que es en el contexto de lo hasta aquí descrito y en concordancia con los principios y normas supra legales y aquellas legales citadas, que sólo cabe concluir que el artículo 360 en su inciso undécimo no pudo ser interpretado sino conforme a su tenor y prístino sentido, lo que significa que no es posible atribuirle otro alcance que el de demarcar el agotamiento de la vía administrativa, pero en modo alguno impedir o privar al afectado con la decisión de la Dirección Nacional del Trabajo, de acudir a la sede jurisdiccional. Lo expresado guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, y con el ordenamiento jurídico internacional que reconoce el derecho a recurrir ante el juez correspondiente para los efectos de resolver las controversias surgidas en el ámbito de la libertad sindical, contexto en el cual se inserta la problemática que aquí se trata. Así lo reconoce, por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, que al pronunciarse a propósito del derecho de huelga, y específicamente, acerca de sus restricciones, como las referidas a los servicios mínimos, en específico, respecto las situaciones y condiciones en que puede imponerse tal calificación, señala que “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga” (en “La libertad sindical – Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”. Quinta edición revisada, 2006, p. 133, disponible en el sitio web de dicho organismo).

Cabe señalar que en el encabezamiento del mismo Considerando 6°, la ECS rechazó el recurso de queja, materia de este proceso, y prosiguió actuando de oficio.

Por lo cual, en la parte resolutive, el fallo concluyó así:

Por estos fundamentos, y actuando de oficio esta Corte, se deja sin efecto la resolución de trece de abril último, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto confirmó la de primer grado que declaró la incompetencia del tribunal para conocer de la reclamación deducida, y, en su lugar, se decide que se revoca tal decisión, y en consecuencia, se declara que el tribunal a quo deberá disponer la prosecución del procedimiento por el juez no inhabilitado que corresponda.

6.5. En fecha aún más reciente, el 06-II-2019, la Tercera Sala de la E.C.S., Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Ricardo Blanco H. y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Rodrigo Biel M. y el A.I. Sr. Antonio Barra R., en el Rol N° 2.573-2019, aludió a su *deber de inexcusabilidad* frente a una resolución del Excmo. Tribunal Constitucional que –en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad– habría ordenado la suspensión de un procedimiento, el que no incluía el proceso en que dicha suspensión aparente había sido solicitada.

Luego de aclarar, en el Considerando Tercero, que la suspensión del procedimiento se refiere a un proceso distinto al que es materia de esta sentencia, la Excma. Corte Suprema declara lo siguiente:

Cuarto: Que, como se lee, la suspensión del procedimiento no puede entenderse extensiva al conocimiento y resolución del presente recurso de hecho, pues sus efectos han quedado expresamente delimitados por la petición formulada por las propias requirentes, restringiéndolo a un único y singular ingreso: El rol N° 254-2019 de esta Corte Suprema; conclusión que, por lo demás, se ve reafirmada por la excepcionalidad de dicha medida suspensiva, y por el deber de inexcusabilidad que la Constitución Política de la República y la Ley imponen a esta magistratura.

Finalmente, en la parte resolutive, acoge el recurso de hecho interpuesto por CONADECUS en contra de una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que se deja sin efecto y niega lugar al recurso de apelación subsidiario interpuesto por Entel S.A. en los autos Rol C-275-2014 de dicho Tribunal especial.

Queda en claro la estricta sujeción de la Excma. Corte Suprema al principio fundamental en estudio, en virtud del cual ha sabido rectificar la actuación indebida de tribunales ordinarios y especiales de jerarquía inferior.

7. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE ESTE DEBER JURISDICCIONAL

El carácter fundamental del deber de inexcusabilidad se traduce en definitiva en el deber de todo Tribunal de hacer justicia. Esta corre el riesgo de diferirse y hasta denegarse por eludir el juez su obligación esencial.

Piéñese en las funestas consecuencias jurídicas que habría traído –en los cinco casos relatados en el capítulo precedente– la falta de intervención oportuna de la Excma. Corte Suprema en todos esos procesos, en algunos de los cuales –rechazando la vía de la queja escogida por el recurrente– la Excma. Corte actuó de oficio cargando sobre ella el deber de inexcusabilidad de todo tribunal de justicia que había quedado desprovisto de resguardo y resolvió acertadamente la irregularidad procesal cometida por el sentenciador recurrido; y, en otros, señaló claramente el camino a retomar con sujeción al principio de inexcusabilidad.

Ahora bien, cuando la actitud excusatoria del juez se traduce en su abstención de resolver un asunto que dilata indebidamente el curso del proceso –como en los ejemplos de las Notas 18 y 19– se produce un retardo injustificado de la justicia. Y –como se sabe– “justicia tardía no es justicia”.

Cuando la actuación del juez consiste en eludir la legislación aplicable en una materia de su competencia, dando lugar a otra legislación eventual en la que carece de competencia, su actitud no solo infringe las reglas de la competencia sino que contraviene abiertamente su deber de inexcusabilidad y su obligación de resolver una materia legislada en la que ha sido requerido y en la cual es claramente competente²⁰.

²⁰Con fecha 1°-II-2018, en el Rol C-2893/2016, la Juez Titular del 5° Juzgado Civil de Valparaíso, resolviendo una incidencia de derogación legal, dictó la siguiente resolución:

“VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

“1. Que, con fecha 17 de enero de 2018, comparece (N.N.) en representación Agrovivo S.A., interponiendo incidente de previo y especial pronunciamiento, a fin que se declare la derogación de la expresión “el expropiante”, contenida en el artículo 12 del D.L. 2.186, esgrimiendo para ello, su inconstitucionalidad (sic.), en virtud de los fundamentos que expresa.

“2. Que, el Fisco de Chile evacuando el traslado, el 25 de enero de 2018, solicita el rechazo del incidente, toda vez que sus fundamentos son los de una acción de inaplicabilidad que no debe deducirse en este Tribunal.

“3. Que, el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, señala que la inaplicabilidad de un precepto legal que resulte contrario a la Carta Fundamental, que se suscite en una gestión ante un tribunal ordinario, es de competencia del Tribunal Constitucional.

“4. Que, de acuerdo al mérito de los antecedentes y teniendo en especial consideración, la norma Constitucional citada, aparece de manifiesto que este Tribunal no es competente para pronunciarse respecto a lo solicitado(sic.) por Agrovivo S.A., en virtud de lo cual se resuelve que:

“SE RECHAZA, incidente de previo y especial pronunciamiento deducido a lo principal de la presentación de 17 de enero de 2018, con costas”.

Solicitada su reposición, haciendo ver que la incidencia versaba sobre la derogación de una norma legal, y que la cuestión de inaplicabilidad había sido introducida por el Fisco de Chile, la misma magistrada insistió en que se trataba de una inconstitucionalidad y rechazó la reposición, concediendo la apelación subsidiaria.

La Segunda Sala de la I. Corte de Valparaíso, el 26-VI-2018, resolviendo el incidente cuya suma dice: “Como incidente de previo y especial pronunciamiento opone la derogación de la disposición contenida en el Art. 12 del D.L. 2.186 que sirve de fundamento a la demanda, etc.”, dispuso lo siguiente:

7.1. CONSECUENCIAS PROCESALES DE SU INFRACCIÓN

Estas consecuencias van a depender de la naturaleza de la resolución que contenga la infracción al deber de inexcusabilidad y –por ende– de los recursos procesales que se admitan en su contra²¹.

Así, si se trata de un auto o de un decreto, estos son susceptibles del recurso de reposición, conforme al Art. 181 del Código de Procedimiento Civil (CPC). Y aun cuando –por la regla general del Art. 188 del mismo cuerpo legal– ellos no son apelables, excepcionalmente lo son cuando la resolución impugnada altera la substanciación regular del juicio o cuando recae sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley, según lo autoriza la misma disposición. Es el caso de los ejemplos citados en las Notas 10 y 11 de este estudio.

De acuerdo al Art. 766 del CPC, si la resolución que afecta el deber de inexcusabilidad está contenida en una sentencia definitiva puede ser susceptible del recurso de casación en la forma siempre que dicho deber recaiga en alguna de las causales contempladas en el Art. 768 del CPC, especialmente en los motivos 5° y 9°; y siempre que se dé cumplimiento a los demás requisitos de procedencia que exige la ley procesal.

También procederá la casación en la forma contra las sentencias interlocutorias cuando ellas pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, de acuerdo al mismo Art. 766 del CPC.

El recurso de casación en el fondo tiene lugar –conforme al Art. 767 del CPC– en contra de las sentencias definitivas inapelables y en contra de las interlocutorias inapelables cuando ellas ponen término al juicio o hacen imposible su continuación. Estas sentencias deben haberse pronunciado con infracción de ley –con mayor razón, el recurso es procedente si ellas infringen la Constitución– y siempre que dicha infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

II. En cuanto al incidente de lo principal de la presentación de 17 de enero de 2018. Atendido el mérito de los antecedentes, los fundamentos de la resolución recurrida y entendiendo que en la especie lo que se reclama es la inconstitucionalidad (sic.) de un precepto legal, se considera al efecto, que el control de constitucionalidad concreto que la Carta Fundamental entrega en el numeral sexto del artículo 93 de su texto reformado el año 2005, corresponde en forma exclusiva y excluyente al Tribunal Constitucional, se confirma la resolución de uno de febrero de dos mil dieciocho, escrita a fojas 19 de esta carpeta judicial.

Aquí no solo ambos tribunales eludieron pronunciarse sobre la incidencia de derogación en la que ambos eran competentes sino que, además, declararon la competencia del Tribunal Constitucional, que no la tiene para declarar la derogación de una norma legal (Art. 93-CPR), siendo esta de la competencia propia de la justicia ordinaria.

²¹La definición de las distintas clases de resoluciones judiciales está contenida en el Art. 158 del CPC.

7.2. CONSECUENCIAS DISCIPLINARIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INEXCUSABILIDAD

Conforme al Art. 82 de la Constitución Política, la Excma. Corte Suprema tiene la superintendencia directiva (jerárquica), correccional (disciplinaria) y económica (administrativa) de todos los tribunales ordinarios de la República.

Los tribunales superiores, que incluyen a las Cortes de Apelaciones, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

Por su parte, el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales (COT) trata DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA y de otras materias afines.

Interesa destacar la expresión “correccional” que utiliza la Constitución al referirse a esta jurisdicción. E interesa hacerlo porque la razón y la finalidad principal de este ejercicio del poder consiste en corregir los errores, las faltas o los abusos que puedan cometer los tribunales inferiores al titular de esta potestad, en el ejercicio de su función jurisdiccional.

La sanción que pueda merecer quien dictó la resolución errónea o reprochable constituye una consecuencia eventual –no siempre procedente– y secundaria del objetivo principal.

El artículo 545 del COT prescribe: *El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias.*

7.3. CONSECUENCIAS PENALES DE LA INFRACCIÓN DE ESTE DEBER

Si un juez incurre en la infracción de este deber fundamental, puede ser sancionado por dos tipos penales de prevaricación, según el caso, que contempla bajo esta denominación el párrafo 4 del Título V del Libro II del Código Penal.

Dice el Prof. Edgardo López Pescio a este respecto: *Si los jueces no cumplen este principio o violan las normas legales en las cuales está contenido, pueden incurrir en responsabilidad penal, ya que la ley establece que los jueces serán penados “Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida”, de acuerdo con el artículo 224 N° 3 del Código Penal o cuando “Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protec-*

ción que legalmente se les pida”, como lo dispone el artículo 225 N° 3 del citado Código Penal²². En este segundo caso, deben haber obrado con negligencia o ignorancia inexcusables.

8. CONCLUSIONES

1. La inexcusabilidad resolutoria es un principio rector de la función jurisdiccional. Consiste en la obligación de todo tribunal de resolver la contienda o asunto sometido legalmente a su decisión y que esté dentro de competencia, debiendo hacerlo conforme a las normas que lo regulan y, en su ausencia, de acuerdo a las demás fuentes del derecho disponibles.
Este principio jurídico está positivado en el artículo 10° del Código Orgánico de Tribunales y fue elevado al rango de norma constitucional al ser incluido en el Art. 76 de la actual Carta Fundamental de Chile.
2. Su trascendencia es tan evidente que por hallarse ligado a la realización de la justicia, forma parte de la seguridad jurídica de la nación y de la confianza pública en la vigencia de aquella.
3. Este deber –así como las prerrogativas de la función jurisdiccional– tienen fundamento en la soberanía del Estado.
4. La inexcusabilidad resolutoria es un deber ineludible de todo tribunal de justicia que se hace exigible ante cualquier requerimiento judicial que se le haga en conformidad a la ley y en materias de su competencia.
5. Aunque pareciera ser que el deber de inexcusabilidad resolutoria nació a raíz del proceso de codificación que se inicia a comienzos del siglo XIX, lo cierto es que su origen se remonta, al menos, a la temprana Edad Media, hallándose claramente establecido en el “Libro de los Jueces” del año 654 de nuestra era, manteniéndose vigente en toda la historia del Imperio Español y de sus Colonias.
6. En el caso de Chile, se advierte que, a veces, algunos tribunales especiales como son los que se mencionan en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, y también algunos tribunales ordinarios de justicia, como los que se señalan en las Notas 18, 19 y 20, incumplen el deber de inexcusabilidad.
7. Finalmente, las consecuencias de la infracción del principio positivado de inexcusabilidad resolutoria, pueden ser resueltas ya sea mediante el ejercicio de los recursos procesales ordinarios –según sea la naturaleza de la resolución que la contiene– ya sea mediante el ejercicio del recurso extraordinario de la queja, como la acreditan algunos de los

²²López Pescio, Edgardo: “Nociones Generales de Derecho Procesal” (Derecho Procesal Orgánico), Tomo I, Edeval, Valparaíso, 1987, 260-261.

fallos de la Excma. Corte Suprema descritos en el Capítulo 6; o bien, haciendo efectiva la responsabilidad penal de el o de los jueces que incurrir en tales infracciones.

El día en que todos los jueces –especialmente los que actúan en la primera instancia– tomen conciencia del tremendo poder que tienen en sus manos y –sobre todo– de la decisiva contribución que su buen ejercicio haría al reinado de la justicia y a la paz social de nuestros pueblos, habremos dado un enorme salto cualitativo, superando la denegación de justicia, las dilaciones injustificadas y la desesperación que, a veces, provoca en sus víctimas la inobservancia del deber de inexcusabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Martel, Alamiro de: “Curso de Historia del Derecho”, t. I, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Ed. Jurídica de Chile, Stgo., 1995.
- Ballesteros Ríos, Manuel: “La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile”, Ed. Nacional, Stgo., 1890.
- Casarino Viterbo, Mario: “Manual de Derecho Procesal”, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Stgo., 2015.
- Fernández González, Miguel Ángel: “El Principio Constitucional de Inexcusabilidad”, *Revista de Derecho Público*, vol. 80, 1er. Sem. 2014, Universidad de Chile.
- Figueroa Quinteros, María Angélica: “Algunos Antecedentes Históricos sobre los Principios de Inexcusabilidad y Legalidad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVIII, Valparaíso, Chile, 1996.
- Guasp, Jaime: “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- López Pescio, Edgardo: “Nociones Generales de Derecho Procesal”, 1a. Parte (orgánico), Edeval, Valparaíso, 1987.
- Martínez Benavides, Patricio: “El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la Perspectiva del Estado Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 39-1, 2012.
- Pereira Anabalón, Hugo: “Curso de Derecho Procesal”, t. I (Orgánico), Stgo., 1993.
- Topasio Ferreti, Aldo: “Fundamentos históricos del Principio de Inexcusabilidad del Juez en el devenir jurídico hispánico y chileno”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Universidad de Chile, Año 1983, N° 9.

Abreviaturas usadas:

- C. Civil: Código Civil / -COT: Código Orgánico de Tribunales / -CPC: Código de Procedimiento Civil / - ECS: Excma. Corte Suprema / - Excma.: Excelentísima / -R. Acad.: Real Academia de la Lengua Española / - RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia.

EL RECURSO DE QUEJA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

*Eduardo Meins Olivares**

SUMARIO: I. Generalidades. II. Jurisdicción. 1. Finalidad del recurso de queja. 2. Clases de resoluciones jurisdiccionales en contra de las cuales procede. 3. Competencia para conocer el recurso de queja. 4. Presentación del recurso de queja. 5. Tramitación. 6. Vista del recurso de queja. 7. Fallo. 8. Impugnación de la resolución que falla el recurso de queja. 9. Algunas observaciones. III. Procedencia del recurso de queja en materia penal. 1. Resoluciones judiciales impugnables de queja.

I. GENERALIDADES

Antes de entrar al análisis mismo del recurso de queja en materia penal diremos que él se basa, fundamentalmente, en mi experiencia por largos años como académico, como Juez y Ministro de Corte, lo que no significa que me arrogue la representación legal de dicho Poder del Estado en esta materia.

En cuanto a las citas de la doctrina, a su vez, también de manera importante reconocen como fuente el trabajo de don Erik Villegas Rogel contenido en su Memoria para optar al Grado de Licenciado en CCJJ y SS de la Universal Austral de Chile, de 20 de diciembre de 2012, a quien agradezco por su difusión.

II. JURISDICCIÓN

Puede sostenerse que es una función pública realizada por el órgano competente del Estado con sujeción a las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio y, mediante la participación de sujetos procesales, se determina el derecho que asiste a las partes, con el objeto

*Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Ministro Coordinador Reforma Procesal Penal; Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás Talca.

de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución¹.

El órgano competente en nuestro ordenamiento jurídico son los tribunales de justicia. Al efecto, el artículo 76 de nuestra Constitución Política dispone que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley; precisando que ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Agrega en su inciso segundo que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

La transcripción de ambos incisos de dicha norma, nos hace modificar el concepto de jurisdicción que nos entrega el maestro Couture en el sentido que la jurisdicción no es solo una facultad sino también un deber u obligación.

Entonces, ensayando un concepto comprensivo de ambos elementos, podemos afirmar que jurisdicción es una facultad-deber que corresponde exclusiva y excluyentemente a los tribunales de justicia de conocer, resolver con efecto de cosa juzgada y de hacer ejecutar lo resuelto respecto de un conflicto de interés de relevancia jurídica.

Pero la labor de los tribunales de justicia, especialmente los superiores de justicia, es más amplia que el solo ejercicio de la jurisdicción sino también como ocurre con la Corte Suprema, la que tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Así lo preceptúa el artículo 82 de la Carta Fundamental, el que se encarga de señalar como excepciones los casos del Tribunal Electoral, y de los Tribunales Electorales Regionales.

El inciso final de tal norma señala que los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y la forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

El precepto constitucional que establece el concepto y determina el órgano del Estado que ejerce la jurisdicción, a nivel legal y como respuesta a la ley orgánica constitucional del Poder Judicial, que no pasa de ser una norma programática incumplida, el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales señala que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

¹Couture, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, (1980), 369.

Tal facultad se encuentra compensada con la inexcusabilidad que tienen los tribunales. Así es como el inciso segundo del citado artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales prescribe que, *reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no pueden excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.*

Y tal inexcusabilidad nos lleva al análisis del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que enumera los requisitos que debe contener una sentencia definitiva, el que en su N° 5° contempla *la enunciación de las leyes y, en su defecto, los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.*

Entonces, si no hay ley que resuelva el conflicto jurídico, tal omisión no explica la falta de decisión de este por parte del tribunal, pues debe acudirse a los principios de equidad ínsitos en la naturaleza humana.

Pero tal conclusión solo es aplicable a los asuntos de naturaleza civil; y no a los penales, pues a su respecto rige el principio de legalidad. En efecto, el artículo 342 del Código Procesal Penal, a propósito de las exigencias que deben cumplir las sentencias definitivas que se dicten en el procedimiento ordinario, en su literal c) establece que deben contener *las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.*

Como hemos dicho, en cuanto a la facultad disciplinaria de que están investidos los tribunales superiores de justicia, entre ellos, especialmente la Corte Suprema, se puede válidamente sostener que es posible que importe la corrección de lo actuado incorrectamente por un tribunal inferior y, además, sancionar a los miembros de este cuando dicho error se debe a una conducta que puede ser calificada como falta o abuso grave.

Estas facultades disciplinarias se hallan descritas en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales.

El recurso de queja no es más que una manifestación de esta facultad disciplinaria de los tribunales superiores de justicia.

En cuanto a la Corte Suprema, el recurso de queja como herramienta de corrección de la actividad ministerial abusiva de los tribunales inferiores en la dictación de resoluciones jurisdiccionales es sin perjuicio de otros medios de impugnación o recursos jurisdiccionales propiamente tales.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el recurso de queja es una manifestación de la jurisdicción disciplinaria de los tribunales superiores de justicia y su finalidad primordial es la adopción de una sanción de esa naturaleza al juez que actuó con falta o abuso grave. Pero al mismo tiempo, paralelamente, conforme a lo que se desprende del Código Orgánico de Tribunales se le otorga un carácter jurisdiccional al recurso de queja, ya que permite que la sentencia que lo acoge invalide la resolución jurisdiccional impugnada.

Los recursos procesales están dentro de la categoría de los actos procesales de parte que persiguen la impugnación de los emanados de los tribunales, uno de los cuales son las resoluciones judiciales, siendo por lejos la más relevante la sentencia definitiva, pues ella decide el conflicto jurídico sometido a su conocimiento.

Couture nos indica que dado que la actividad jurisdiccional desarrollada por los jueces en un estado de derecho se lleva a cabo en el marco de un proceso, esto es, mediante una serie de actos, etapas y mecanismos procedimentales legalmente determinados, que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión².

Ello por cuanto los recursos procesales constituyen actos procesales de la parte de un proceso que se considera agraviada con una resolución judicial al no ver satisfecha íntegramente su pretensión.

Ellos se justifican en la medida que la actividad jurisdiccional es ejercida por hombres; por tanto, falibles, pudiendo los jueces equivocarse o incurrir en vicios o incorrecciones, lo que permite que las partes o terceros con legitimación procesal que se consideren agraviadas puedan instar por la remoción de los errores, vicios o incorrecciones en que estimen que el tribunal respectivo incurrió.

Los recursos procesales, en el decir de Cristián Maturana, constituyen el medio de impugnación por antonomasia, dirigido a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes.

El profesor Maturana sostiene que para estar frente a un recurso es necesaria la concurrencia copulativa de los elementos siguientes:

- a) La existencia del recurso debe estar establecida en la ley; y ella además determina el tribunal competente para su conocimiento así como el procedimiento que debe observarse en su tramitación;
- b) debe ser interpuesto por una parte procesal o por otra persona legitimada activamente para hacerlo;
- c) debe haber un agravio o perjuicio para quien recurre;
- d) la resolución recurrida no debe hallarse ejecutoriada en el proceso en que se pronunció; y
- e) la finalidad del recurso debe ser la revisión de la sentencia recurrida para obtener la remoción del agravio que ocasionó al recurrente la resolución que se revisa³.

²Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires (1981), 121.

³Maturana, Cristián, *Los Recursos*, Editorial Universidad de Chile, Escuela de Derecho Universidad de Chile, Santiago (2008), 9.

Carnelutti expresa que el fundamento de los recursos procesales es doble: objetivo y subjetivo. El primero tiene que ver con la falibilidad humana: es lógico que por tratarse el juez de un ser humano con cognición limitada y no de un autómata, pueda incurrir en un error en la solución de los conflictos sometidos a su decisión, error constituido por la posibilidad del recurrente de alcanzar la corrección del error en que incurrió el juez⁴, mientras que el subjetivo consiste en la probabilidad de permitirle al individuo lograr su satisfacción frente a una resolución judicial que siente que lo perjudicó⁵.

En consecuencia, la finalidad de los recursos procesales reúne tales características: la posibilidad de obtener la corrección atendido a las probabilidades de error presentes en cualquier actividad humana, no siendo el ejercicio jurisdiccional en caso alguno la excepción. Otra, igualmente innata al ser humano mismo, tiene que ver con la disconformidad natural del hombre hacia los actos que afectan su esfera de decisiones y que en el ámbito jurídico abre la posibilidad de efectuar un nuevo juzgamiento del caso, sea por el mismo tribunal que dictó la resolución impugnada, sea por su superior jerárquico (según el recurso goce o no de efecto devolutivo)⁶.

Lo dicho se halla en relación con los errores o vicios en que incurre una resolución judicial.

Pero veamos lo que ocurre en relación con los abusos o faltas en que incurre la resolución respectiva.

Al efecto los jueces, también por su condición humana perfectible, no están exentos de abusos en el sentido de excederse de sus atribuciones en el caso de un tribunal superior respecto de uno inferior y, asimismo, pueden incurrir en abuso en el ejercicio de un derecho en términos contrarios a su finalidad que le es propia con perjuicio de una de las partes o de un tercero legitimado procesalmente.

Los términos "abuso" y "falta" difieren en su acepción propia, pues lo esencial del abuso es la ejecución de una acción aprovechándose de una situación ventajosa y causando perjuicio, mientras que la falta consiste en incumplir una obligación simplemente. Sin embargo, para los fines del recurso de queja ambos términos son considerados como sinónimos, como veremos.

⁴Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Penal*, Oxford University Press, México (1999), 174.

⁵Tavolari, R., *Teoría General de la Impugnación. Comentarios Procesales*, Edeval, Vaparaíso (1994), 38.

⁶Vescovi, E., *Los Recursos Judiciales y demás Medios de Impugnativos en Iberoamérica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires (1988), 13-14. 2.

Sin embargo, en la doctrina se sostiene que la falta da cuenta de una conducta respecto del mandato emanado de una norma jurídica, mientras que el abuso supone el ejercicio indebido de la autoridad o potestad de que se está investido.

Así, para el autor Gonzalo Calvo la falta manifiesta una conducta contraria al mandato emanado de una norma jurídica, mientras que el abuso supone el ejercicio indebido de la autoridad o potestad de que se está investido⁷, como se manifestó previamente.

No debe confundirse al recurso de queja con la queja disciplinaria. Esta, conforme se infiere del artículo 544 del Código Orgánico de Tribunales se puede conceptualizar como un medio por el cual se solicita por una parte al tribunal superior correspondiente la adopción de una medida disciplinaria respecto del juez o funcionario que incurrió en una falta o abuso en el desempeño de sus funciones, siempre que no se trate de la dictación de una resolución judicial.

Las faltas son conocidas y resueltas por el Pleno de las Cortes de Apelaciones o de la Corte Suprema, según corresponda.

Por lo tanto, la queja propiamente tal no constituye un recurso, pues su finalidad no es impugnar una resolución judicial y pretender que ella sea modificada, enmendada, revocada o invalidada.

Lo común de la queja y del recurso de queja es que ambos responden a las facultades disciplinarias de que están investidos los tribunales superiores de justicia.

Como acabamos de afirmar, no debe confundirse el recurso de queja con la queja propiamente tal, que sí tiene un carácter y finalidad exclusivamente disciplinario respecto de los jueces o funcionarios judiciales en cuanto a sus actuaciones con falta o abuso en que hayan incurrido, que no sean resoluciones judiciales.

En lo que dice relación con las características que presenta la regulación de los recursos procesales, en primer lugar es preciso decir que se funda en la existencia de una doble instancia, esto es, la posibilidad de rever por el tribunal superior jerárquico lo resuelto por el inferior, ello es sin perjuicio que la ley prohíba la segunda instancia, esto es, como lo sostienen Oberg y Manso⁸, con el fin de que la contienda sea sometida a un nuevo enjuiciamiento dentro del mismo proceso, eliminando de esta manera el agravio que se alega haber sufrido con motivo de la sentencia impugnada.

⁷Calvo Castro, G., "Algunos Aspectos del Recurso de Queja", *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

⁸Oberg y Manso, *Recursos Procesales Civiles*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009), 5.

La segunda instancia se encuentra expresada en toda su dimensión en el recurso de apelación, con diferentes grados de competencia del tribunal que conoce de ella, según el tipo de procedimiento de que se trate.

El conocimiento por el tribunal de alzada se extiende a los hechos controvertidos y al derecho y aplicado, respectivamente, por el tribunal de primer grado.

El fundamento del recurso de apelación está conformado solo por el agravio que el apelante sostiene haber sufrido.

Actualmente, en materia penal y laboral el recurso de apelación ha perdido gran parte de su vigencia; y como recurso ordinario por excelencia ha dado paso al recurso de nulidad, que es un recurso extraordinario que procede en contra de determinadas resoluciones judiciales y en virtud de ciertas causales taxativamente enumeradas por el legislador, prevaleciendo la única instancia, sosteniéndose que el recurso de nulidad es mejor porque gira en torno al principio de la inmediatez de los tribunales *ad quo* y *ad quem*, lo que no ocurre con la apelación, en que ellos conocen de los hechos y del derecho, mientras que en el recurso de nulidad los hechos, en virtud del mismo principio, no pueden ser modificados por el *ad quem*, salvo cuando se invoca como causal de nulidad infracción al sistema probatorio de la sana crítica.

En este sentido, se afirma que este sistema procesal de única instancia habitualmente está constituido por audiencias orales inspiradas por los principios de bilateralidad de la audiencia, debiendo solo los jueces que han presenciado el debate quienes serían los habilitados para conocer y resolver el juicio oral. Así, con un proceso de única instancia adquiere este mayor celeridad y expedición, en el que rigen los principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, buena fe procesal y bilateralidad de la audiencia, entre otros, agregándose que no hay razón sensata alguna para atribuir mayor valor a la decisión del juez de alzada que a la convicción del juez inferior.

En lo que se refiere al recurso de nulidad, se expresa que la existencia del recurso de nulidad, sin embargo, no suple la ausencia de la apelación, por tratarse de un recurso jurisdiccional de carácter extraordinario, esto es, admitido de manera excepcional y solo procedente en contra de determinadas resoluciones; de derecho estricto, es decir, que debe observar determinadas formalidades legales y solo puede fundarse en causales legal y taxativamente señaladas; y que no constituye instancia, o sea que el tribunal que conoce de él no revisa todas las cuestiones de hecho y de derecho discutidas en el juicio, sino que se limita a verificar si concurren o no las causales que le sirven de fundamento para, en caso afirmativo, invalidar el procedimiento y la sentencia o solo esta última. Lo anterior implica afirmar que el tribunal *ad quem* no puede apreciar o valorar la prueba rendida ante el tribunal *ad quo*; y si bien es cierto que en materia penal aquel puede inspeccionar la prueba valorada por el tribunal de juicio

oral en lo penal al controlar la motivación de la sentencia definitiva, con dicha salvedad, en general queda proscrito el pronunciamiento sobre los hechos, pudiendo solo analizar el derecho.

Al respecto se acostumbra argumentar que un proceso no solo requiere decisiones prontas sino también –y especialmente– resoluciones justas, justicia que se satisface mejor con la revisión del fallo de primer grado por el de segundo grado, requiriéndose una revisión cabal, lo que no se satisface si el tribunal superior encuentra restringido su actuar exclusivamente al análisis del derecho. Además, un segundo enjuiciamiento tiende a ser muy relevante para la percepción de los ciudadanos, en orden a que el sistema judicial se organiza para satisfacer a cabalidad el valor justicia y no solo el de economía procesal.

Se sostiene por algunos autores, entre ellos Erik Villegas Rogel⁹, que tal vez el principal problema generado con la adopción de un sistema recursivo de única instancia sea la eventual inconstitucionalidad de las normas que lo consagran debido a contravenciones a los componentes del debido proceso. En efecto, el artículo 19 N° 3 inciso sexto de nuestra carta fundamental dispone que la Constitución asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado; y que corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas. En este contexto, difícilmente un procedimiento puede ser calificado de racional y justo si no prevé la revisión íntegra del caso, cuestión que solo es posible si los hechos, conjuntamente con el derecho, son conocidos y enjuiciados por un tribunal diferente. A mayor abundamiento, la posibilidad de recibir los autos a prueba, propia de la apelación, contribuye a satisfacer las exigencias de racionalidad y justicia a la que aludimos.

Recapitulando, agrega el autor al margen de los eventuales problemas de constitucionalidad advertidos, lo que quiere destacarse en este apartado es que la tendencia que parece imponerse en el sistema recursivo de nuestro país puede ser caracterizada como el término o fin de la instancia. Lo anterior supone que los tribunales superiores de justicia, al conocer de un recurso de nulidad, para cumplir con la exigencia de un proceso racional y justo, no solo deben controlar la errónea aplicación o interpretación de una norma legal para invalidar una sentencia, sino que además –y esencialmente– deben determinar si la resolución recurrida infringe o no los derechos constitucionalmente consagrados. En este contexto se ubica el Recurso de Nulidad en armonía con el propósito legislativo consagrado en las áreas del derecho en que recibe aplicación. Así es posible, por

⁹Villegas, R., “La Naturaleza Jurídica del Recurso de Queja. Análisis Normativo, Doctrinario y Jurisprudencial”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2012.

ejemplo, en materia laboral afirmar que el recurso de nulidad tiene por objeto, según sea la causal invocada y según se desprende de los artículos 477 y 478 del Código del Trabajo, o asegurar el respeto a los derechos fundamentales o garantías que se estiman vulnerados, o bien, obtener el pronunciamiento de sentencias ajustadas a Derecho.

En materia penal asimismo, el artículo 372 inciso primero del Código Procesal Penal, reza: *El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente esta, por las causales expresamente señaladas en la ley.* Las causales a las que se hace referencia miran tanto a la protección de los derechos de las partes, como en el ejercicio de una función uniformadora, nomofiláctica o de correcta aplicación e interpretación del derecho.

Concluye el autor mencionado expresando que es carácter común de la regulación del recurso de nulidad que las resoluciones que se dictan con motivo de este no sean susceptibles de recurso alguno. Esto tiene elevada importancia respecto del recurso de queja ya que en este, como veremos, constituye uno de los presupuestos para su interposición que la resolución jurisdiccional dictada con falta o abuso, no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario. Luego, como la resolución que se dicta con motivo de un recurso de nulidad precisamente no es susceptible de recurso alguno, se abre la posibilidad de interponer un recurso de queja. Ello supone una distorsión del sistema recursivo, ya que el recurso de queja viene a constituir así una probabilidad porque viene a constituir casi una nueva instancia, entendida esta como oportunidad procesal para modificar una resolución judicial, sin que se trate del concepto de instancia en sentido estricto, reestructurando de esta manera el sistema de doble instancia en nuestro derecho¹⁰.

Si bien reconocemos el derecho a ser partidario del recurso de apelación, no participamos de la crítica relativa a las bondades de dicho medio de impugnación.

Ello por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, sostenemos que los tribunales de base se hallan suficientemente capacitados para resolver una controversia jurídica, tanto en su aspecto fáctico como en el jurídico. Cuentan con una formación en la Academia Judicial desde su postulación al ingreso al Poder Judicial y, luego de su admisión, reciben perfeccionamiento permanente, en los que se practican, entre otras modalidades, tutorías en los tribunales para combinar el conocimiento jurídico teórico formal con el de carácter empírico.

En segundo término en cuanto a la defensa de la segunda instancia, no se ve la razón por la que puede ser la única y la expresión de la justicia a carta cabal; por qué no podría haber más de dos instancias y, así, hasta

¹⁰*Ibidem.*

el infinito se podría revisar todo lo anteriormente decidido mientras las partes se sientan insatisfechas con la decisión del tribunal revisor lo que, evidentemente, afectaría la seguridad jurídica.

En tercer lugar, sabido es que la justicia para que revista el carácter de calidad en la prestación de ella por el Estado debe ser oportuna, si no se transforma en injusticia, por lo que debe llegar un momento en que la controversia concluya, consolidándose las situaciones controvertidas respecto del respectivo *thema decidendum*.

Y en último lugar, en mis 44 años de juez ordinario, de los cuales 30 he ejercido como Ministro de Corte, he podido comprobar que en no pocas oportunidades las partes abusan del recurso de apelación; no van ni siquiera a alegar y como no existe la institución del abandono del recurso en materia civil, hay que proceder a su vista de todas maneras, con todo lo que ello significa en inversión de recursos para el Estado y la dilación injustificada del conocimiento de las demás causas que se encuentran en estado de ser vistas y falladas. Si bien se consulta una sanción facultativa para el abogado que se anuncia para alegar y no acude a la relación y a los alegatos.

Otro tanto ocurre con controversias que, mientras están en la tabla para verse en la segunda instancia, ellas son judicialmente solucionadas ante el tribunal de primer grado, no teniendo los letrados la deferencia de comunicarlo a tribunal de segunda instancia, o desistirse lisa y llanamente del recurso de apelación.

Además, el sistema recursivo existente antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal del ramo era el propio de un proceso inquisitivo, incompatible con el actual en que el juicio es en única instancia, con precedencia excepcional y extraordinaria de recursos procesales.

Dentro de esa lógica encontramos al recurso de queja; la que actualmente ha dado paso a un sistema acusatorio, en que los recursos se conciben como medios de impugnación a petición de parte, con los que se persigue proteger las garantías procesales, entre las que se encuentra el derecho al recurso.

1. FINALIDAD DEL RECURSO DE QUEJA

El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones jurisdiccionales. Así lo prescribe el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales; pero al mismo tiempo, como se desprende de la ley, tiene actualmente un rol jurisdiccional de especial relevancia.

En cuanto al carácter jurisdiccional del recurso de queja, los que sostienen que sí reviste tal característica parten destacando que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales ocupa el término *recurso* y como sabemos, tal expresión se refiere a la impugnación de resoluciones judicia-

les. Así es como el recurso se define como un arbitrio procesal que la ley establece para que el tribunal o el superior jerárquico respectivo someta a revisión o examen una resolución judicial que se estima causa un agravio.

A mayor abundamiento, al recurso de queja se le llama recurso porque su objeto es invalidar o enmendar una determinada resolución judicial. En otras palabras, si un recurso por su propia definición como medio de impugnación de resoluciones jurisdiccionales tiene, por tanto, caracteres jurisdiccionales, necesariamente el recurso de queja, que pertenece a la categoría de recurso, tiene igualmente una naturaleza jurisdiccional. Si se quiere negar dicha naturaleza y, por consiguiente, atribuirle una dimensión netamente disciplinaria a la institución, el texto legal no debería utilizar la voz “recurso”, sino que perfectamente podría utilizar otras expresiones tales como “reclamo” o “acción disciplinaria”.

De otro lado, afirma Villegas¹¹, si bien es cierto que en nuestro Derecho se utiliza la voz “recurso” para referirnos a otras acciones que no son recursos en sentido estricto, tales como los Recursos de Amparo y de Protección, la naturaleza jurídica de dichas instituciones no es jurisdiccional sino cautelar o de protección de derechos, lo que no significa sostener que no tengan efectos jurisdiccionales, cosa que también ocurre con el recurso de queja que, no obstante ser de naturaleza disciplinaria, también tiene efectos jurisdiccionales.

Hay algunos autores que son partidarios del carácter únicamente disciplinario del recurso de queja, los que sostienen que la utilización de la expresión “recurso” en la regulación introducida por la Ley N° 19.374 corresponde a una grave imprecisión del legislador. Conforme a tal postura, el recurso de queja no sería un recurso propiamente tal y lo único que justificaría su utilización por parte del legislador sería el reconocimiento al uso jurídico consuetudinario de la institución de antaño; de esta manera, sostienen que nada justifica conceptualizar al recurso de queja como un recurso propiamente tal y suponer, por tanto, que tiene la capacidad para corregir faltas o abusos cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional; el único caso en que esto ocurriría sería respecto de las sentencias de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja además del recurso de casación en la forma.

Sobre el particular Barahona sostiene que en esta hipótesis el recurso de queja puede invalidar tal resolución pese a que exista otro recurso jurisdiccional, pudiéndolo hacer de manera independiente a la eventual interposición de la casación formal.

Por ello Villegas asevera que esta última posición doctrinal contradice el texto claro de la ley, la que no en una sino que en numerosas ocasiones hace referencia a la institución en análisis anteponiendo la expresión recurso,

¹¹*Ibidem.*

como ocurre con los artículos 66, 98, 99, 101, 548, 549 y 550 del Código Orgánico de Tribunales; que la reiterada utilización por parte del legislador de la expresión recurso no puede ser accidental sino que es intencional y manifiesta el propósito legislativo de consagrar los alcances jurisdiccionales de la institución. Así la época en que se discutió arduamente si este derecho ejercido por el litigante agraviado era o no un recurso, ha quedado atrás. A la luz de la actual regulación dicha discusión debería considerarse zanjada porque el propio legislador en numerosos preceptos le da semejante denominación y porque, además, la propia ley reconoce los efectos jurisdiccionales del recurso cuando posibilita que el tribunal superior invalide una resolución jurisdiccional (artículo 545 inciso final del Código Orgánico de Tribunales).

Por otra parte y al margen de discusiones meramente conceptuales, la finalidad misma del recurso de queja expresa su carácter jurisdiccional.

Si según la propia ley la finalidad exclusiva del recurso es corregir las faltas o abusos, dicha corrección difícilmente se logra si solo se sanciona al juez o funcionario que incurrió en la conducta abusiva. En efecto, corregir implica enmendar y solo es posible subsanar el daño generado por la falta o abuso en la medida que se modifique la resolución que lo contiene. No basta con la sanción disciplinaria aplicable al juez abusivo para que la falta o abuso sea corregida, es menester además que se modifique o invalide la resolución judicial que la contiene. Esta conclusión se ve ratificado por el texto del artículo 545 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales que señala: “el fallo que acoge el recurso de queja determinará las medidas conducentes a remediar la falta o abuso”.

Agrega que si el recurso en estudio tuviera solo un carácter disciplinario, no se explicaría por qué entonces tiene por exclusiva finalidad (según el propio texto del artículo 545 inciso primero) corregir faltas y abusos cometidos en la dictación de resoluciones jurisdiccionales. Sería congruente con su carácter disciplinario, en cambio, el hecho de poder dirigirse en contra de cualquier resolución y no estar restringido solo a un tipo de resolución, a saber, las resoluciones jurisdiccionales. A este respecto resulta lógico preguntarse que si tiene por fundamento la disciplina funcionaria, ¿no debería velarse por dicha finalidad en todos los ámbitos y no solo en el jurisdiccional?¹².

Añade que el carácter únicamente disciplinario del recurso de queja solo sería coherente si la ley no estableciera la incompatibilidad del mismo con otros recursos jurisdiccionales. De esta manera, mientras exista congruencia entre el recurso de queja y los recursos jurisdiccionales, pues si fuera exclusivamente disciplinario no habría incompatibilidad alguna entre el recurso de queja y otros recursos jurisdiccionales, por cuanto la finalidad de uno y de los otros es diversa, ya que mientras uno perseguiría

¹²Barahona, Jorge, *El Recurso de Queja. Una Interpretación Funcional*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile (1998), 62.

exclusivamente hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria, los otros pretenderían la modificación de la resolución judicial impugnada.

Luego, como los objetivos de uno y otros son claramente diferenciados, no habría inconveniente alguno en atribuir al recurso de queja una naturaleza exclusivamente disciplinaria. La incompatibilidad legalmente establecida obliga a concluir que mediante ella se pretende evitar recurrir doblemente a base de un mismo fundamento.

Finalmente sostiene que la interpretación más lógica y acertada del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales es aquella que reconoce la faceta jurisdiccional del recurso de queja. De esta manera, asevera que es dable sostener que si respecto a una resolución jurisdiccional existen otros recursos jurisdiccionales, sean ordinarios o extraordinarios, es improcedente el recurso de queja y, por tanto, no tiene la aptitud para enmendar, modificar o invalidar dicha resolución. Por el contrario, en el evento de existir una resolución judicial respecto de la cual no proceden recursos jurisdiccionales, sí es procedente que el fallo que acoge el recurso de queja pueda enmendar, modificar o invalidar una resolución, como ocurre con los de apelación y casación, respectivamente. De este modo, no habría dificultad para interponer unos y otros de manera conjunta o paralela¹³.

Sin embargo, el texto del artículo 545 mencionado, en su redacción actual, establece perentoriamente la incompatibilidad respecto del recurso de queja y otros medios de impugnación, cuando establece que procede solo respecto de las resoluciones a que alude, siempre que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario. De lo que se infiere que si la intención del legislador hubiese sido suprimir del todo el carácter jurisdiccional del recurso de queja, lo natural y lógico hubiese sido permitir su interposición paralela, lo que no ocurre.

Continúa sosteniendo que como los objetivos de unos y otros son claramente diferenciados, no habría inconveniente alguno en atribuirle al recurso de queja una naturaleza exclusivamente disciplinaria. La incompatibilidad legalmente establecida obliga a concluir que mediante ella se pretende evitar recurrir doblemente a base de un mismo fundamento: la invalidación de la resolución recurrida, lo que a su vez nos lleva a aceptar los alcances jurisdiccionales de la institución¹⁴.

El recurso de queja sufrió un cambio sustancial con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.374, el 19 de febrero de 1995, que modificó los Códigos Orgánico de Tribunales, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Corte Suprema respecto de los recursos de queja y de casación.

Así, Lagos y Farren sostienen que la interpretación más lógica y acertada del artículo 545 es aquella que reconoce la faceta jurisdiccional del

¹³Barahona, Jorge. *Ibidem*.

¹⁴*Ibidem*.

recurso de queja. De esta manera, es posible concluir que si respecto a una resolución jurisdiccional existen otros recursos jurisdiccionales, sean ordinarios o extraordinarios, es improcedente el recurso de queja y, por tanto, no tiene aptitud para enmendar, modificar o invalidar dicha resolución. Por el contrario, en el evento de existir una resolución judicial respecto de la cual no proceden recursos jurisdiccionales, sí es procedente que el fallo que acoge el recurso de queja pueda ser útil para modificar, enmendar o invalidar una resolución jurisdiccional¹⁵.

Sin perjuicio de ello, Gómez, haciéndose cargo de los efectos colaterales de la vigencia del recurso de queja, sostiene que la excesiva utilización de un mecanismo procesal que permite el pronunciamiento de nuestro más alto tribunal sobre causas que fueron conocidas y resueltas en primera instancia, impide la formación de criterios jurisprudenciales uniformes y con ello se produce una desvalorización de la jurisprudencia como fuente seria del derecho¹⁶.

Para Anabalón el primer punto a destacar es la utilización por parte del legislador de la expresión recurso, palabra que designa siempre un medio de impugnación de resoluciones. La propia definición de recurso como aquellos arbitrios procesales que la ley establece para que el tribunal o el superior jerárquico respectivo someta a revisión o examen una resolución judicial que se estima causa agravio, expresa sus alcances jurisdiccionales¹⁷.

Casarino, por su parte, señala que al recurso de queja se le llama recurso porque su objeto es invalidar o enmendar una determinada resolución judicial¹⁸.

Barahona a su turno nos dice que, en otras palabras, si un recurso por su propia definición como medio de impugnación de resoluciones jurisdiccionales tiene, por tanto, caracteres jurisdiccionales, necesariamente el recurso de queja, por pertenecer a la categoría de recurso, tiene igualmente una naturaleza jurisdiccional¹⁹.

El cambio que originó la Ley N° 19.374, en lo que al recurso de queja se refiere, se traduce en la modificación introducida a los artículos 63, 66, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales. Este cambio está muy vinculado con el propósito legislativo de la época en relación con el recurso de casación en el fondo, pues se estimó que era necesario que la

¹⁵Lagos y Farren, *El Recurso de Queja con las modificaciones introducidas por la Ley 19.374*, Memoria de Prueba, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago (1996), 94.

¹⁶Gómez, G., "Corte Suprema, Análisis de algunos de sus comportamientos", *Revista Gaceta Jurídica* N° 82 (1987), 22-23.

¹⁷Anabalón, Carlos, *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*, Tomo II, Editorial Universidad de Chile, Santiago (1946), 221.

¹⁸Casarino, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, Derecho Procesal Orgánico. Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2007), 170.

¹⁹Barahona, J., ob. cit., 61.

Corte Suprema se dedicara en forma prioritaria y con tiempo suficiente al conocimiento de los recursos de casación en el fondo, desprendiéndose de los recursos de queja, cuyo número había aumentado desproporcionadamente al proceder contra cualquier tipo de resoluciones judiciales, sin mayores limitaciones.

Se pretendió lograr tal efecto desformalizando la interposición del recurso de casación en el fondo, por medio de las siguientes medidas: se cambió la referencia a *leyes infringidas* por *errores de derecho* de la sentencia impugnada; la ausencia de consignación en la presentación del recurso; la derogación de la fijación de la cuantía y la especialización de las Salas de la Corte Suprema.

La Ley N° 19.372 pretendió la modernización del Poder Judicial, pues el recurso de queja permitía modificar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, en especial, de la Corte Suprema, reduciendo drásticamente la procedencia del recurso de queja que, no obstante ser de carácter disciplinario, hasta ese entonces eran susceptibles de él resoluciones judiciales que eran impugnables por otros medios procesales, lo que traía aparejado que se aumentaba grandemente el trabajo de los Tribunales Superiores de justicia, sin que a las resoluciones que los fallaban se exigiera que tuvieran fundamentos, requisito de la esencia de toda resolución judicial, ya que importa conocer las motivaciones en la que se basa, y sin que tampoco se contemplara la bilateralidad de la audiencia, contraviniéndose flagrantemente el debido proceso.

Con el propósito de remediar tales carencias el Ejecutivo propuso las siguientes enmiendas:

- a) Que las faltas o abusos en que se incurriera en la resolución impugnada fueran de gravedad extrema;
- b) Que debía respetarse la bilateralidad de la audiencia, estableciéndose que la interposición del recurso debía ser puesto en conocimiento de la contraparte, a quien debiera notificársele por cédula;
- c) Que si el recurso de queja era acogido, el juez debía ser sancionado disciplinariamente, sanción que no podía ser menor a la de amonestación privada;
- d) Que el recurso de queja procedía solo cuando en contra de la resolución que se impugnaba no era susceptible de otro recurso procesal ordinario o extraordinario que permita revisarla.

En este contexto, puede concluirse que el proyecto del Ejecutivo lo que perseguía era establecer la incompatibilidad del recurso de queja con otros recursos establecidos en contra de la resolución impugnada, pero no pretendía modificar el carácter jurisdiccional que se le asignaba en el evento que no existieran otros recursos procedentes.

Al respecto la Corte Suprema, en el informe que le fue solicitado, fue de opinión favorable en cuanto al proyecto en general, aduciendo los

inconvenientes que producía el recurso de queja en su estado vigente a la época, en orden a restringir drásticamente su procedencia, pues su estructura permitía su interposición indiscriminada aun cuando existieran otros recursos ordinarios o extraordinarios contemplados en contra de la misma resolución, lo que además en la práctica había significado la creación de una tercera instancia jurisdiccional, postergándose la vigencia del recurso de casación en el fondo.

En la Comisión de Legislación del Senado se modificó el proyecto del Ejecutivo en el sentido de eliminar la intervención de la Corte Suprema, disponiéndose que el recurso de queja fuera conocido en única instancia por las Cortes de Apelaciones, las que poseen la capacidad necesaria para asumir tal labor, salvo que se tratara de resoluciones dictadas por árbitros arbitradores, sin perjuicio de atribuirle al recurso en referencia el carácter de netamente disciplinario.

En definitiva, el nuevo recurso de queja no se aviene, en lo sustancial, con el que existía con anterioridad.

Se puede concluir que solo procede en contra de determinadas resoluciones judiciales, esto es, ciertas sentencias definitivas e interlocutorias, en contra de las que no es admisible otros recursos ordinarios o extraordinarios; y debiera tener como finalidad solo sancionar disciplinariamente las faltas o abusos graves cometidos en ellas, pero no la invalidación o modificación de las mismas, atendido su carácter disciplinario y no revestir el de recurso jurisdiccional a través del cual se impugne una resolución judicial, con la excepción de que se trate de sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores.

Distinta era la situación en el antiguo recurso de queja, en el que podía ser recurrida cualquier tipo de resolución judicial dictada con falta o abuso; y el fallo que lo acogía podía alcanzar con sus efectos a ella.

A su vez, la jurisprudencia permitía que dicho recurso pudiera interponerse no obstante que existieran otros recursos procesales precedentes. De este modo, podía concluirse que el recurso de queja constituía un recurso jurisdiccional más y, si el fallo lo acogía, podía el juez respectivo ser sancionado disciplinariamente y, consecuentemente, era conocido por las Salas y no por el Pleno del tribunal superior jerárquico.

A su turno, en la actual regulación del recurso de queja, el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales contempla las siguientes limitaciones:

- a) Solo procede en contra de las sentencias definitivas e interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.
A contrario sensu, no procede en contra de los autos, los decretos y aquellas resoluciones no susceptibles de incluirse en la nomenclatura del

artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, como lo es la que falla un recurso de casación en la forma o, en materia penal, la que resuelve un recurso de nulidad, pues a esta le es aplicable el mencionado texto legal por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal.

Otros ejemplos de resoluciones respecto de las cuales no procede el recurso de queja son, entre otras, las siguientes:

- a) Las que se pronuncian sobre medidas cautelares en razón de su naturaleza, ya que no se trata de sentencias definitivas ni interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación y, además, son apelables.
- b) Los sobreseimientos definitivos; por ser apelables no son susceptibles de recurrirse de queja; pero sí lo son las resoluciones de segunda instancia que los confirman porque son sentencias interlocutorias que ponen término al juicio.
- c) Los sobreseimientos temporales, por ser apelables y porque no ponen término al juicio ni hacen imposible su continuación.
- d) La resolución que rechaza una incompetencia al igual que la que se pronuncia sobre la nulidad procesal, por no ser sentencia definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación y por ser apelables; tampoco lo es la de segunda instancia pues no es sentencia interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación.
- e) El auto de apertura del juicio oral sí es apelable cuando lo apela el Ministerio Público; pero no es impugnabile a través del recurso de queja la resolución que lo confirma o revoca porque no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.
- f) El auto de apertura del juicio oral, pues si bien no es apelable por la defensa, no es sentencia definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación.
- g) La resolución que declare inadmisibile la querella es apelable y, en consecuencia, no es susceptible de impugnarse de queja; por su parte, la resolución de segunda instancia que la confirma, como hace imposible la continuación del juicio, es susceptible de recurrirse de queja.
- h) En cambio la resolución que declara admisible la querella es inapelable, pero como no pone término al juicio ni hace imposible su continuación, no es susceptible del recurso de queja.
- i) La resolución que declara el abandono de la querella es inapelable y, en consecuencia, como hace imposible la continuación del juicio por el querellante, es recurrible de queja.
- j) La formalización de la investigación no es una resolución judicial, sino un acto administrativo de comunicación del Ministerio Público.

- k) La resolución judicial que se pronuncia respecto de la suspensión condicional del procedimiento es apelable, por lo que no es recurrible de queja, sin perjuicio que no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.
- l) Tampoco es susceptible de recurrirse de queja la resolución que revoca la suspensión condicional del procedimiento, pues es apelable y tampoco pone término al juicio o hace imposible su continuación.
- m) La resolución judicial que deniega el acuerdo reparatorio arribado por la víctima y el imputado no es recurrible de queja por cuanto no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.
- n) La resolución que ordene la reapertura de la investigación no es recurrible de queja pues no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.
- o) La resolución que se pronuncia sobre cualquier solicitud del querrelante particular.

En cuanto a la situación de los árbitros arbitradores, para que proceda el recurso de queja deben reunirse los siguientes requisitos, de acuerdo con el citado artículo 545:

- a) Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias de primera o de única instancia que hayan sido dictadas por árbitros arbitradores.
- b) Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

En este caso, el recurso de queja es compatible con el recurso de casación en la forma.

Es importante tener en consideración que, no obstante la improcedencia del recurso de queja por los motivos expuestos, tal limitación no afecta la facultad de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus atribuciones disciplinarias pues ella, como se sabe, tiene la superintendencia correccional sobre todos los tribunales del país de acuerdo con lo prescrito en el artículo 82 de la Constitución Política de la República.

Estimamos que tales facultades correctoras también competen a las Cortes de Apelaciones en el ámbito de su territorio jurisdiccional, conclusión a la que conducen los artículos 63 N° 1, letra c), 535, 536, 537, 538 y 545 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales.

En lo que se refiere a la gravedad de la falta o abuso cometido, debe tratarse de uno de magnitud, de importancia; no de dificultades de interpretación, como ocurría en la antigua regulación de este medio de impugnación.

Solo así se puede entender que tiene influencia en lo dispositivo del fallo, que autoriza que sea acogido, siempre que se considere que estamos frente a un recurso jurisdiccional y no disciplinario.

Al respecto, existe una contradicción manifiesta entre lo que preceptúa el inciso primero con lo establecido en el inciso tercero, segunda parte del mencionado artículo 545.

En efecto, mientras la primera norma sostiene que el *recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional*, la segunda asevera que *en ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, con la excepción de los árbitros arbitradores*.

La contradicción es evidente, ya que, por un lado, se sostiene cuál es la finalidad del recurso de queja, por otro, se expresa que en ningún caso el fallo que acoge el recurso de queja puede tener influencia en lo dispositivo del fallo cuando la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios.

Así, interpretadas literalmente ambas normas importaría que si el recurso es procedente por no existir recursos jurisdiccionales ordinarios, podría invalidarse o modificarse la resolución recurrida; pero si no fuera procedente el recurso de queja por existir tales recursos, no podría ejercerse tal facultad correctora o invalidatoria, aun cuando el recurso de queja sea improcedente.

Tal interpretación debe abandonarse por impropia, la que además significa eliminar las facultades disciplinarias oficiales de que están investidos los tribunales superiores de justicia, debiendo primar en su aplicación en todo caso la norma contenida en el inciso primero del citado artículo.

En lo que se refiere a las sanciones aplicables a los jueces cuando se acoje un recurso de queja y se invalide o modifique la resolución recurrida, parece pacífico, en principio, que se adoptarán medidas disciplinarias.

Surge la duda en el caso que se acoja el recurso de queja pero no se invalide o modifique tal resolución judicial. En tal evento, será procedente la aplicación de sanciones disciplinarias.

Creemos que la adopción de la medida disciplinaria que señala la ley, esto es, la amonestación privada del o de los jueces solo es obligatoria aplicarla cuando se invalide la resolución recurrida. Ello por el carácter restrictivo, que es propio de aquellas, las que, consecuentemente deben interpretarse de la misma manera.

Esta facultad invalidatoria creemos que es propia de todos los tribunales superiores de justicia, como se desprende del inciso final del tantas veces citado artículo 545.

En cuanto a la obligatoriedad del Pleno del tribunal competente en orden a aplicar la sanción disciplinaria descrita, nos parece inconveniente por cuanto quien acogió el recurso de queja y adoptó las medidas destinadas a corregir las faltas o abusos graves cometidos es una Sala, sin que pueda transformarse al Pleno en un mero aplicador de la sanción disciplinaria.

Estimamos que tal obligatoriedad no se aviene con el debido proceso, dado que actualmente se ha implementado una estructura orgánica en que se contempla un procedimiento administrativo en que se conoce la responsabilidad funcionaria de los jueces.

No debe confundirse el recurso de queja, que procede contra resoluciones jurisdiccionales y persigue la corrección o invalidación de las resoluciones judiciales en que se cometieron los abusos o faltas graves, con las simples quejas disciplinarias, las que no se dirigen en contra de una resolución de ese carácter, sino solo se pretende la aplicación de una sanción disciplinaria por el comportamiento judicial, a las que se refiere el artículo 547 de dicho cuerpo jurídico.

El autor Correa refiere que la razón por la cual el recurso de queja, luego de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.374, siguió existiendo en forma paralela e independiente de la queja disciplinaria, radica en que precisamente conserva dichos atributos jurisdiccionales causales de la reforma. A este respecto, la doctrina partidaria del carácter exclusivamente disciplinario del recurso de queja sostiene que lo anterior no sería cierto por cuanto ambas instituciones tendrían únicamente por finalidad el resguardo de la disciplina judicial, con la salvedad que mientras el recurso de queja cumpliría dicho fin respecto a las faltas o abusos no constitutivos de delitos cometidos en la dictación de una resolución de carácter jurisdiccional la queja disciplinaria, en tanto, cumpliría dicha finalidad respecto a faltas y abusos presentes en el actuar de los jueces y funcionarios judiciales, pero que no se funden en faltas o abusos cometidos en el pronunciamiento de una resolución jurisdiccional²⁰.

Sin embargo tal razonamiento no comprende la situación del recurso de queja en toda su expresión, pues, como hemos reiterado, procede en contra de las resoluciones jurisdiccionales que se han precisado y no en contra de cualquiera de ellas.

2. CLASES DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES EN CONTRA DE LAS CUALES PROCEDE

Solo procede respecto de las sentencias definitivas y de las interlocutorias cuando estas pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, debiendo todas no ser susceptibles de recurso alguno, ya sea ordinario o extraordinario.

Esta exigencia tiene dos excepciones:

- a) La Corte Suprema puede, actuando de oficio, ejercer las facultades disciplinarias de que está investida pues, como se sabe, ella tiene el

²⁰Correa, J., ob. cit., 168.

ejercicio de dichas facultades respecto de todos los tribunales de la República.

- b) En el caso de los jueces árbitros arbitradores el recurso de queja es compatible con el recurso de casación en la forma, si la resolución recurrida es la sentencia definitiva de primera o única instancia.

En este caso, si se invalida una resolución que es susceptible de otro recurso jurisdiccional, siempre que esa resolución sea una sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por un árbitro arbitrador, Barahona nos dice que el recurso de queja puede invalidar dicha resolución pese a que exista otro recurso jurisdiccional, el recurso de casación en la forma; y lo puede hacer de manera independiente a la eventual interposición de este último. Así, esta situación solo se refiere a que el recurso de queja puede deducirse contra una sentencia definitiva de primera o única instancia de árbitros arbitradores, no obstante ser esta susceptible de casación en la forma, lo que equivale a decir que el recurso de queja puede dirigirse contra sentencias de árbitros arbitradores, aun cuando sea procedente también el recurso de casación en la forma²¹.

3. COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE QUEJA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 63 N° 1, letra c) del Código Orgánico de Tribunales el recurso de queja deducido en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción es conocido en única instancia por las Cortes de Apelaciones.

Del texto de la norma aparece claro que se refiere a los jueces de primera instancia. Sin embargo, faltaría por incorporar a los jueces de familia, del trabajo, tributarios y aduaneros, por ser todos letrados.

En cuanto a los *órganos que ejercen jurisdicción*, obviamente que el legislador está aludiendo a los funcionarios administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales, como es el caso de los Tesoreros Regionales o Provinciales.

4. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA

Plazo de interposición: Debe serlo en cinco días fatales desde que se notifique a la parte agraviada con arreglo a la ley la resolución que se impugna.

Dicho plazo se aumenta con el que contiene el término de emplazamiento a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil cuando el tribunal que dictó la resolución reclamada se halle en un territorio jurisdiccional diverso al del tribunal que debe conocer del recurso.

²¹Barahona, J., ob. cit., 72-74.

Legitimación activa: Lo es el agraviado con la resolución, como lo señala el artículo 548 del Código tantas veces citado, quien puede hacerlo personalmente, o su abogado o su mandatario judicial o un procurador del número, pero siempre debe ser patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Se requiere, entonces, que sea la parte directa o indirecta en el proceso. Esta última puede tener interés jurídico si ha actuado en el proceso y ha sido agraviada con una resolución jurisdiccional en los términos que se dirán a continuación.

Como se sabe, el agravio o perjuicio es un requisito de la esencia de todo recurso procesal; y tal perjuicio, en el decir de Mosquera y Maturana, puede reconocer su fuente en una contravención formal de la ley, en una errada interpretación legal o en una falsa apreciación de los antecedentes del proceso²².

Barahona sostiene y, con razón, que el hecho de exigir que el recurrente sea directa y personalmente agraviado como aquello que posibilita y justifica la interposición del recurso denota los alcances jurisdiccionales del mismo. La lesión de intereses, manifestada a través de la falta o abuso que influye en lo dispositivo de la resolución jurisdiccional representa el esquema propio de los recursos jurisdiccionales y no de una institución meramente disciplinaria²³.

Contenido del escrito:

- a) Debe expresarse nominativamente los jueces o funcionarios recurridos.
- b) Debe individualizarse el proceso en que se dictó la resolución impugnada.
- c) En el caso que la resolución reprochada sea una sentencia definitiva o una interlocutoria, se transcribirá, señalándose el día de su dictación, la foja en que rola en el expediente y la fecha de su notificación al recurrente.
- d) Deben señalarse clara y precisamente las faltas o abusos graves cometidos por los jueces o funcionarios recurridos.
- e) Debe acompañarse un certificado emitido por el secretario del tribunal en el que conste el número del rol del expediente y su carátula; el nombre de los jueces que dictaron la resolución que motiva el recurso; la fecha de su dictación y la de su notificación al recurrente; y el nombre del mandatario judicial y del abogado patrocinante de cada parte.

²²Mosquera, M. y Maturana, C., *Los Recursos Procesales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2010), 387-388.

²³Barahona, Jorge, ob. cit., 80.

- Este certificado lo debe extender el secretario sin necesidad de decreto judicial y a petición verbal o escrita del interesado.
- En cualquier estado del recurso el recurrente puede solicitar orden de no invocar y, en tal caso, el Presidente dispondrá la Sala que deba decidir sobre ella y esta misma será la que conocerá del fondo de aquel.

5. TRAMITACIÓN

A) *Estudio de Admisibilidad*

La sala de cuenta del tribunal que debe conocer del recurso verificará si cumple o no con los requisitos precedentemente indicados, en especial, si la resolución impugnada es susceptible de serlo a través suyo.

El Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 1 de diciembre de 1972 en su numeral 19°, en lo relativo a este medio de impugnación señala que si el Presidente del respectivo tribunal estima que no aparece revestido de fundamento plausible, se abstendrá de someterlo a la tramitación ordinaria y dará cuenta a la Sala tramitadora, la que si así lo considera, puede desestimarlos de plano por medio de una resolución motivada, sin necesidad de pedir informe. En caso contrario, la misma Sala pedirá informe al o a los recurridos, continuando en lo demás con la tramitación establecida en dicho Auto Acordado.

Si el recurso no cumple con dichos requisitos, el tribunal respectivo lo declarará inadmisibles, sin más trámite. Así lo asevera el artículo 549, letra a) del Código Orgánico de Tribunales. En términos similares, el numeral 2° del mencionado Auto Acordado expresa que el Presidente dispondrá que pasen los antecedentes a la Sala tramitadora la que, si es procedente, declarará en cuenta su inadmisibilidad, sin perjuicio de las facultades que se señalan en el N° 21, el que dispone que las normas que se contienen en dicho Auto Acordado son sin perjuicio de las facultades para proceder de oficio de que están investidas las Cortes de conformidad a lo preceptuado en los artículos 538 y 541 inciso segundo del aludido Código.

Sin embargo, entendemos que tales disposiciones legales se refieren a las facultades disciplinarias propias de las conductas ministeriales que no dicen relación con el pronunciamiento de resoluciones judiciales.

En contra de esta resolución que declare la inadmisibilidad del recurso, procede el recurso de reposición solo si ella se funda en error de hecho.

Si la hipótesis consiste en que el recurrente no acompañó el certificado del secretario con las menciones señaladas, el tribunal podrá otorgarle un nuevo plazo fatal e improrrogable, el que no puede exceder de seis días hábiles.

B) *Continuación de la tramitación*

- Admitido a tramitación, el tribunal pedirá de inmediato informe al o los jueces o funcionarios recurridos, el que solo puede recaer sobre los hechos que, según el recurrente, constituyen las faltas o abusos graves que se les imputan. Así lo exige el artículo 548 inciso tercero del Código en referencia.
- El tribunal recurrido deberá dejar constancia en el proceso de la solicitud de informe y disponer la notificación de ella a las partes por el estado diario. En tal forma lo ordena el artículo 549, letra b).
- El informe debe evacuarse por el o los recurridos en el término de ocho días hábiles siguientes de recibida la solicitud de aquel.
- Vencido dicho plazo, se haya o no recibido el informe requerido, se procederá a la vista de la causa, para lo cual se agregará preferentemente a la tabla.
- No procede la suspensión de la vista y el tribunal solo podrá, luego de terminada dicha vista, decretar medidas para mejor resolver.
- Cualquiera de las partes podrá comparecer en el recurso hasta antes de su vista.

En cuanto a la posibilidad de solicitar orden de no innovar, nos avocaremos a ello a propósito de la vista del recurso de queja.

6. *VISTA DEL RECURSO DE QUEJA*

Se procede a la vista como ocurre con todos los asuntos de que conocen las Salas, esto es, de acuerdo al artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, la relación es pública; la duración de los alegatos es de 30 minutos por cada uno, tiempo que se puede extender por el tiempo que el tribunal estime conveniente a petición del interesado; y pueden hacerse precisiones de hecho por los abogados que concurren a alegar.

Esta normativa es aplicable en materia penal por remisión del aludido artículo 52 del Código Procesal de la especialidad, sin que rijan las reglas establecidas en el artículo 358 de dicho cuerpo jurídico por ser ellas aplicables solo a los recursos procesales en él contemplados, entre los que no se incluye al recurso de queja.

La causa puede ser fallada de inmediato o bien quedar en acuerdo, o también decretarse medidas para mejor resolver.

No debe olvidarse que fallado y acogido que sea el recurso de queja deben pasar los antecedentes al Pleno para la aplicación de la medida disciplinaria correspondiente, que no puede ser inferior a la de amonestación privada.

Sobre la vista de la causa, ella presenta las siguientes modificaciones al tratamiento de los recursos procesales penales.

En primer lugar, es del caso consignar que la vista de los recursos en materia penal está regulada en el artículo 358 del Código Procesal Penal y al efecto contempla, evidentemente, los medios de impugnación consignados en dicho cuerpo legislativo, en lo que nos interesa, de apelación y de nulidad.

Así estimamos que no es aplicable al recurso de queja penal el abandono del mismo por no comparecer el recurrente al momento de su vista, que sí está previsto en el citado artículo 358 inciso segundo, como lo vimos precedentemente.

Luego de comenzada la vista en materia recursiva penal concurre otra modificación pues, luego del anuncio, se escuchan los alegatos, sin previa relación, pues rige el principio de inmediación, en virtud del cual el tribunal obtiene la información contenida en los alegatos directamente de quienes concurren a alegar.

Los tiempos de alegatos también en materia penal –en que los intervinientes deben expresar los fundamentos y peticiones concretas que invocan– los determina el Presidente de la Sala; luego de evacuados tales alegatos, se les vuelve a otorgar la palabra para aclarar o rectificar sus afirmaciones fácticas o jurídicas.

Durante los alegatos, cualquier miembro del tribunal puede formular preguntas a los abogados que alegan o pedirles que profundicen su argumentación o la concreten a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

En consecuencia, en el conocimiento del recurso de queja, cualquiera sea la naturaleza sustantiva de la materia sobre que versa, se aplican las reglas generales sobre vista de la causa contempladas en los artículos 223 a 226 del Código de Enjuiciamiento Civil.

Respecto del conocimiento del recurso de queja el autor Piedrabuena nos recuerda que es sabido que la regla general presente en el Código Orgánico de Tribunales respecto del conocimiento de asuntos disciplinarios por parte de tribunales colegiados, es que conozcan dichos asuntos en pleno y no en salas²⁴.

Tavolari asevera que el sistema de conocimiento del recurso de queja por medio de la vista de la causa, la colocación de la causa en tabla, anunciándola, escuchando la relación y los alegatos, no armoniza con una reclamación disciplinaria no jurisdiccional. Por consiguiente, la salvedad existente respecto a esta institución se justificaría solo si se admite su influencia jurisdiccional ya que, de otra manera, no se explica cuál es la finalidad en el establecimiento de tanta formalidad o trámite importante

²⁴Piedrabuena, G., “El Recurso de Queja y la Queja después de las modificaciones de la Ley 19.374”, *Revista Fallos del Mes*, Documento N° 6, Santiago de Chile (1995), 38.

(anuncio, relación, alegatos), si todo lo que se persigue es solamente hacer efectiva la responsabilidad de los jueces²⁵.

Barahona, por su parte, afirma que la forma de resolver el recurso de queja, con pleno conocimiento de causa, escuchando la posición de las partes, la que ya no quedan supeditadas exclusivamente a lo que se diga en la relación, es propia de la resolución de los recursos jurisdiccionales en la que, por la importancia dada al fondo del asunto debatido, se les confiere una mayor participación a las partes, participación que estas no podrían tener en una acción meramente disciplinaria.

En definitiva, expresa que la forma de resolver el recurso de queja, con las garantías procesales involucradas y la velocidad propia de un recurso con efectos jurisdiccionales, obligan a aceptar su naturaleza jurisdiccional, sin perjuicio de su carácter disciplinario²⁶.

En cuanto a la orden de no innovar a que aludimos precedentemente, Casarino refiere que esta potestad judicial para decretar la suspensión del cumplimiento de una resolución sometida a un determinado régimen recursivo, en este caso al recurso de queja, tiene aplicación en el ámbito jurisdiccional, mas no en el disciplinario²⁷.

Para Casarino la orden de no innovar tiene que ver con el objeto de la controversia jurídica generada, con la sustancia misma del juicio y pretende evitar, provisoriamente, que los efectos que se despliegan como consecuencia de la dictación de una resolución que incide directamente en el contenido de lo debatido, causen un perjuicio irreparable al solicitante. Además, para que el tribunal llamado a conocer de una orden de no innovar se pronuncie sobre ella, es necesario que haga un estudio, aunque sea somero, de los antecedentes del negocio judicial de que se trate para apreciar si dicha orden se justifica o no²⁸.

Barahona, por su parte, sostiene que es necesario precisar que como la ley no distingue respecto al tipo de orden de no innovar concedida con motivo de un recurso de queja hay que entender que, una vez decretada, tiene una aplicación general y no particular o parcializada. Lo anterior implica afirmar que suspende todos los efectos de la resolución que motiva la queja, no dejando subsistente efectos de manera aislada y, por lo tanto, paraliza todo el procedimiento²⁹.

Tavolari nos expresa que no puede afirmarse que hoy la regulación de las consecuencias y modalidades de la orden en materia de queja le corresponda a la Corte Suprema vía auto acordado, ya que se trata de una

²⁵Tavolari, R., ob. cit., 28.

²⁶Barahona, J., ob.cit., 82.

²⁷Casarino, M., *La Ejecución Provisional en el Proceso Civil Chileno*, 21-50.

²⁸Casarino, M., ob. cit., 173.

²⁹Barahona, J., ob. cit., 93.

materia que ha sido objeto de regulación legal y, por ende, a la ley y solo a ella le conciernen estas cuestiones³⁰.

Concluida que sea la vista del recurso, el tribunal pronuncia sentencia de inmediato o deja la causa en acuerdo para dictarse en el plazo general establecido en el Código Orgánico de Tribunales a propósito de los acuerdos.

En materia procesal penal no se pueden decretar medidas para mejor resolver por cuanto se aplica el principio de aportación de prueba por las partes y en la oportunidad respectiva del juicio en que incide el recurso de que se trate, lo que está de acuerdo con lo estatuido en el artículo 359 en cuanto solo se permite en el recurso de nulidad producir prueba sobre las circunstancias que constituyen la causal invocada, siempre que hubiere sido ofrecida en la interposición del recurso.

Existe eventual sanción disciplinaria si hay dilación injustificada en el pronunciamiento de la sentencia.

En materia procesal penal la sanción consiste en la nulidad de la vista; y los miembros que intervinieron en ella se hacen acreedores a una sanción disciplinaria. Ello por la remisión del artículo 361 al Libro II, Título III del mismo Código, conforme lo precisa su artículo 344.

Pareciera ser esta la buena doctrina, con la finalidad que la respuesta judicial a los requerimientos de los justiciables sea oportuna.

7. FALLO

El fallo que acoja el recurso de queja debe contener las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores manifiestos y graves que los constituyen y que existan en la resolución que motiva el recurso.

- La determinación de las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso.
- En ningún caso dicho fallo podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de una sentencia de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. Esta disposición, en concepto de Mosquera y Maturana, nos indica la aptitud del recurso de queja para invalidar una resolución judicial. En efecto, la única manera lógica de entender esta norma es mediante el argumento *a contrario sensu*: si la norma establece la ineficacia del recurso de queja para invalidar resoluciones respecto de las cuales proceden otros recursos jurisdiccionales, nos está queriendo decir en

³⁰Tavolari, R., ob. cit., 23.

contrario que el recurso en comento sí tiene la capacidad para invalidar resoluciones judiciales sólo que no deben existir otros recursos³¹.

- En el caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, *deberá* aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes.

En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al Pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que correspondan, atendida la naturaleza de la falta o abuso, la que no podrá ser inferior a la de amonestación privada.

Barahona señala la importancia de esta disposición ya que es fundamental pues nos aclara cuáles son los efectos del fallo que acoge un recurso de queja. De nuevo aquí se produce una dualidad: por un lado, como uno de los efectos del recurso está la obligación de aplicar una sanción disciplinaria; por otro, es también un efecto propio del recurso la invalidación de una resolución jurisdiccional. Pero la norma supedita la producción de un efecto a la generación previa del otro. En este punto, es interesante destacar una idea: tal relación de dependencia no es de lo disciplinario a lo jurisdiccional, sino viceversa. En otras palabras, solo si se decide invalidar una resolución jurisdiccional se procederá a aplicar una sanción disciplinaria. De esta manera, el primer efecto del fallo que acoge un recurso de queja corresponde a la invalidación de una resolución judicial que motivó la queja y solo luego, como un efecto complementario necesario es preciso que se aplique una sanción disciplinaria. Luego, si seguimos esa línea argumentativa, la aplicación de la sanción disciplinaria no es imperativa ya que depende de la invalidación de la resolución: si interpuesto y acogido un recurso de queja, el tribunal llamado a conocer del mismo decide no invalidar la resolución impugnada, no habrá lugar a sanción disciplinaria alguna.

En razón de lo anterior, carece de sentido atribuirle al recurso de queja una naturaleza jurídica exclusivamente disciplinaria si el principal fin de una institución de esta naturaleza corresponde precisamente a la aplicación de una sanción disciplinaria, sanción que en el caso de la institución en análisis no es imperativa³².

Mosquera y Maturana nos dicen que, dado que los recursos de queja son tramitados y resueltos por una sala de la Corte Suprema y para la aplicación de una sanción disciplinaria es necesario por mandato del inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales que dicha sala dé cuenta de los antecedentes al pleno, bien podría ocurrir que el pleno no esté de acuerdo con la decisión de la sala que conoció el recurso en orden a dar por acreditada la falta o abuso. Aún

³¹Mosquera y Maturana, ob. cit., 399.

³²Barahona, J., ob. cit., 98-103.

más puede que la Corte Suprema en Pleno no coincida para nada con la decisión de la Sala y no considere que se haya cometido falta o abuso alguno, que no concuerde tampoco con la invalidación de la resolución dispuesta por la Sala y, en consecuencia, que no aplique sanción disciplinaria alguna al juez recurrido. El respaldo jurídico a dicha actuación se encuentra en el artículo 82 de la Constitución Política de la República. En base a esta disposición la Corte podría argumentar que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, al obligar al Pleno del tribunal a aplicar una sanción está limitando o restringiendo las facultades correccionales constitucionalmente garantizadas que solo a ella le competen³³.

8. *IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE FALLA EL RECURSO DE QUEJA*

- Conforme lo preceptúa el artículo 63 N° 1° letra c), las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia de los recursos de queja deducidos en contra de los jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional.
- De acuerdo a lo previsto en el artículo 98 literal 7) la Corte Suprema conocerá en sala de los recursos de queja, pero la adopción de medidas disciplinarias corresponde al Pleno.
- Tal norma, tal como está redactada y relacionada con la anteriormente citada, debe entenderse referida a los recursos de queja que conoce el Tribunal supremo deducidos en contra de los inferiores jerárquicos respectivos, pero no al conocimiento en segunda instancia de los fallos de recursos de queja interpuestos en contra de los jueces de primera instancia señalados.
- En consecuencia, no nos cabe sino concluir que estos últimos recursos son conocidos por las Cortes de Apelaciones en única instancia.

9. *ALGUNAS OBSERVACIONES*

Antes de abocarnos al estudio de la vinculación del recurso de queja y la reforma procesal penal, dedicaremos un espacio para hacernos cargo de algunas observaciones que nos merece el estudio hasta aquí efectuado.

- 1) En primer lugar, me merece observación que a esta reclamación se le califique de recurso, en circunstancias que por propia definición, según hemos visto, procede solo en contra de sentencias definitivas e interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su con-

³³Mosquera y Maturana, ob. cit., 400-401.

tinuación, siempre que respecto de todas ellas *no procedan recursos ordinarios ni extraordinarios*.

Pues bien, como se sabe, la condición que no proceda ningún tipo de recurso en contra de la respectiva resolución, importa que esta se encuentre firme o ejecutoriada desde su notificación en forma legal, como lo previene el artículo 174 del Código de Enjuiciamiento Civil, aplicable en materia penal por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal.

Por ello creemos que estamos en presencia de una *acción* de queja y no de un recurso, lo que también ocurre con el *recurso* de revisión como se consigna explícitamente en el artículo 473 del Código recién citado.

- 2) En cuanto al requisito del contenido del escrito referido en la letra c) precedente, ocurre que está en vigencia respecto de los tribunales reformados la ley de tramitación electrónica, debiendo entonces entenderse la alusión hecha a *foja* y *expediente* a *folio* y a *carpeta electrónica*, respectivamente.
- 3) En lo relativo también al contenido del escrito signado con la letra a), se habla de jueces o *funcionarios*, de acuerdo a lo normado en el artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, alocución que se reitera en la letra d) de dicho apartado. A su respecto cabe consignar que lo más cercano a sujeto pasivo en esta acción impugnativa es la referencia contenida en el artículo 61 N° 1, letra c) del Código Orgánico de Tribunales cuando señala que pueden serlo los órganos que ejerzan jurisdicción dentro del territorio de la Corte de Apelaciones respectiva; pero ello, obviamente, exige que sean letrados, como ocurre con algunos jueces con competencia especial como es el caso de los tribunales tributarios y aduaneros, a menos que se quisiera hacer mención al *tribunal* o al *funcionario juez* que dictó la resolución reclamada.

En consecuencia, pareciera conveniente modificar dicha norma o bien ser interpretada progresivamente en orden a que no hay jueces iletrados, pues no puede confundirse con la queja disciplinaria propiamente tal, diversa como dijimos del presente medio de impugnación.

En similar impropiedad incurre el mencionado Auto Acordado en sus numerales 1° y 4°; lo mismo ocurre respecto de la voz *fojas*, específicamente en el 3°, que contiene otra impropiedad de mayor relevancia al aludir a resolución o *actuación* impugnadas, pues según hemos visto solo son susceptibles de recurrirse de queja las resoluciones judiciales anteriormente señaladas.

- 4) Respecto al fundamento del recurso de queja, él está constituido, como se expresa en el mencionado artículo 545 por la comisión de faltas o abusos graves, lo que demuestra que ellas deben ser de tal entidad que autorizan la revisión de la resolución en que se cometieron; no puede

tratarse de cualquier falta o abuso, pues ello podría llevar el uso de este mecanismo de impugnación en base a motivos baladíes lo que, por cierto, se comprende, que no estuvo en la intención del legislador.

Es el caso que tal disposición legal, a renglón seguido en el mismo inciso, habla de faltas o abusos sin el calificativo indicado, lo que puede comprenderse por ser coetánea a él, pero creemos que no ocurre lo mismo cuando el inciso segundo de la norma sostiene que el *fallo* del recurso debe contener las consideraciones precisas que demuestren las *faltas o abusos*, incurriendo en similar omisión, porque tampoco puede concluirse que el tribunal pueda considerar cualquier falta o abuso, por nimia que sea, para acoger este medio de impugnación. A igual duda conduce el artículo 548 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales.

- 5) El inciso cuarto del artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales exige al recurrente acompañar un certificado del secretario del tribunal con las constancias que menciona. Sin embargo, ocurre que actualmente no existen secretarios en los tribunales reformados, los que fueron suprimidos por su nueva organización administrativa, los que han sido reemplazados por otros ministros de fe, como es el caso de los jefes de unidad de administración de causas, como aparece de lo contemplado en el artículo 389 letra g) del precitado cuerpo jurídico.
- 6) En el párrafo relativo a la *continuación de la tramitación* se relata que el artículo 549 literal b) exige que el *tribunal recurrido deberá dejar constancia en el proceso del hecho de haber recibido la solicitud de informe por parte del tribunal superior y debe disponer la notificación de aquella a las partes, por el estado diario.*

Pero ocurre, en primer término, que el tribunal no es recurrido, a menos que se trate de un tribunal colegiado, en que lo sea toda una Sala de este.

Nos parece que lo apropiado sería que se dijera *el tribunal al que pertenecen los jueces recurridos u otra frase equivalente*, pues deben serlo la mayoría de un tribunal colegiado, para que la resolución respectiva produzca agravio al recurrente; o bien, si se trata de un tribunal unipersonal, expresar que se trata del juez respectivo del mismo.

De otro lado, todos sabemos que lo que se notifica en forma legal para que produzca efectos jurídicos son las resoluciones judiciales, lo que no ocurre en la especie, en que lo que se manda notificar es la solicitud del informe correspondiente.

Si lo que se quiso decir fue que todas las partes del proceso en que incide el recurso tomarán conocimiento de su interposición para que comparecieran ante el tribunal que lo conocerá con el propósito que hicieran valer sus derechos, pudo decirse que dicho tribunal dispusiera en su primera resolución que ella fuere también notificada a todas las

partes del juicio, lo que guarda concordancia con lo dispuesto en la letra d) de tal norma.

- 7) El artículo 549 prescribe en su letra c) que el tribunal solo podrá decretar medidas para mejor resolver *solo después de terminada* la vista del recurso.

La verdad que tal norma contiene la impropiedad de sostener algo que es jurídicamente así por antonomasia, esto es, que luego de proceder a la vista de un recurso se puedan decretar medidas para mejor acierto del fallo en los procedimientos en que no están prohibidas.

- 8) También nos merece reparos la norma del inciso final del artículo 545 que, refiriéndose a las medidas disciplinarias a adoptarse en el evento de acogerse el recurso de queja no puede ser inferior a amonestación privada. Ocurre que la medida disciplinaria menos gravosa, conforme a la escala ascendente de que da cuenta el artículo 542 es la de amonestación privada. Tal error no merece mayores comentarios.

- 9) Otra dificultad interpretativa que apreciamos en el artículo 545 inciso segundo al establecer que *en ningún caso el fallo podrá modificar, emendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores*. Sin embargo, es el caso que ya el inciso primero de la misma disposición legal nos lo había dicho.

Nos merece la duda de cuál habrá sido la real intención de dicha norma más allá de recalcar tal mandato. Quizá haya querido aludir a la facultad oficiosa ejercida por las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema, en cuya hipótesis sí se entendería, probablemente, que no rigiera tal limitación.

III. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA EN MATERIA PENAL

Este estudio comprenderá el análisis de la procedencia del recurso de queja y el tribunal que conocerá de él, a partir de un preámbulo acerca de lo regulado en el Código de Procedimiento Penal de 1907, el que resulta aplicable para los delitos cometidos antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la que fue gradual en las respectivas regiones del país.

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal regía la investigación de los ilícitos penales, así como la determinación de sus autores, cómplices y encubridores y la adopción de decisión absolutoria o condenatoria por parte del órgano jurisdiccional en conformidad al aludido Código de Procedimiento Penal.

En el procedimiento penal se contemplaba el juez del crimen, que conformaba tribunales unipersonales, denominados juzgados del crimen, mientras hoy existen los juzgados de garantía y los tribunales del juicio oral en lo penal, estos últimos, colegiados.

1. RESOLUCIONES JUDICIALES IMPUGNABLES DE QUEJA

Tenemos como impugnables en el procedimiento penal antiguo la apelación de las sentencias definitivas de primera instancia y las interlocutorias del mismo grado que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

También lo eran las demás resoluciones respecto de las cuales la ley concedía expresamente el recurso y, en general, las que causen gravamen irreparable.

Así lo establece el artículo 54 bis del Código de Procedimiento Penal.

Como se puede apreciar, el campo de procedencia del recurso de queja, conforme a dicho Código, era prácticamente inexistente.

De otro lado, el artículo 57 señala que son inapelables las sentencias pronunciadas en segunda instancia, a menos que tengan por objeto resolver acerca de la competencia del mismo tribunal.

A su turno, el artículo 59 preceptúa que el recurso deberá entablarse ante el mismo tribunal que hubiere pronunciado la resolución y este lo concederá o denegará, según lo estimare procedente.

Por cierto que en el caso que la parte agraviada con la resolución, sea que el recurso de apelación sea concedido o denegado, está previsto el recurso de hecho, regulado en el artículo 62.

Ahora bien, podría pensarse que en los casos en que la sentencia de segunda instancia por ser inapelable, podría ser procedente el recurso de queja.

Sin embargo, se consultan a su respecto los recursos de casación en la forma y en el fondo, según lo dispone el artículo 535 que nos remite a los párrafos 1° y 4° del Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sea contrario a lo establecido en el Título en que se encuentra el citado artículo 535.

Pues bien, en contra de las sentencias definitivas de segunda instancia proceden los recursos de casación en la forma y en el fondo, los que excluyen la posibilidad de procedencia del recurso de queja.

Ahora bien, en el procedimiento penal actual, conforme lo disponen los artículos 362 y 363 del Código Procesal Penal las sentencias interlocutorias, los autos y decretos son susceptibles de reposición, mientras el artículo 364 preceptúa que son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal, de modo que podría, al tenor de dicha norma, ser impugnada de queja, siempre que se tratara de una

sentencia interlocutoria que pusiere término al juicio o hiciere imposible su continuación.

La sentencia definitiva, condenatoria o absolutoria dictada por un tribunal de juicio oral en lo penal, si bien no es susceptible de apelación, tampoco procede en su contra el recurso de queja dado que es impugnabile a través del recurso de nulidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 372.

Sin embargo, lo sería aquella resolución que se dicte en un nuevo juicio que se efectuare como consecuencia de haberse acogido un recurso de nulidad, pues conforme al artículo 387 no es susceptible de recurso alguno, a menos que la sentencia que se dictare fuere condenatoria y la que hubiere acogido el recurso de nulidad haya asido absolutoria, en cuyo caso procede el recurso de nulidad en favor del acusado.

En otras palabras, procedería el recurso de queja solo en el caso que la sentencia que se haya dictado por la Corte al conocer el recurso de nulidad haya sido condenatoria e igual carácter tenga la sentencia que se dicte en el nuevo juicio sea de igual carácter; o bien si ambas sean absolutorias.

En cuanto a los procedimientos especiales, regulados en el Libro IV del Código indicado

a) En primer lugar tenemos el caso del procedimiento simplificado que, a su vez, se divide en simplificado simple y simplificado efectivo.

Lo que diferencia a ambos es que en el primero el imputado admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento efectuado por el Ministerio Público, mientras que en el segundo, lejos de admitirla, solicita la realización de audiencia de juicio oral simplificado. Ahora bien, creemos que si el imputado admite responsabilidad en tales hechos, la sentencia que se dicte no reviste el carácter de definitiva, pues en nuestro concepto, no reúne los requisitos que al efecto exige el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal.

Esta afirmación la fundamos en que dicha resolución no pone término al juicio –más bien dicho *procedimiento*– pues en la especie no puede sostenerse que lo hay, ya que no concurre un elemento fundamental, cual es el momento jurisdiccional de la *prueba*, ya que la sentencia se dicta solo en base al requerimiento del Ministerio Público y a la admisión de responsabilidad y, bien sabemos que conforme lo expresa el artículo 340, no se puede condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración, sin que tampoco *ponga fin a la instancia resolviendo la cuestión que ha sido objeto del juicio o procedimiento*, pues como dijimos no estamos en presencia de este.

Sostenemos, entonces, que la sentencia que se dicte en esta hipótesis, es susceptible de apelación porque pone término al procedimiento.

Ahora bien, creemos que la sentencia de segunda instancia, en tal caso, no es impugnabile vía recurso de queja, ya que si bien se trata de una interlocutoria que hace imposible la continuación del procedimiento, la procedencia del recurso de queja en materia penal actual resulta inadmisibile, atendidas la concepción y finalidad de aquel. En efecto, solo procede, como se sabe, en contra de sentencias definitivas e interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, modificando la esencia del sistema recursivo procesal penal en el que, como se ha dicho, los recursos son concebidos como medios de impugnación excepcional y extraordinaria, en el que no se contempla la actuación oficial del tribunal superior jerárquico ni menos la aplicación de sanción en el evento que se invalide una resolución judicial.

Tratándose del procedimiento simplificado efectivo, en tal evento, la sentencia que se dicte, sea absoluta o condenatoria, es susceptible de recurrirse de nulidad, conforme lo señala el artículo 399, circunstancia que excluye al recurso de queja.

Respecto de la sentencia que falla el recurso de nulidad, no procede el recurso de queja, en razón del carácter *sui generis* que presenta, lo que impide considerarla definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, ya que no reúne las exigencias legales de estas. Se encuentra en situación similar a la resolución que falla un recurso de casación en la forma o uno en el fondo.

- c) En el caso del procedimiento abreviado, la sentencia definitiva que se dicta, si bien no es susceptible de recurrirse de nulidad, sí lo es de apelación, de modo que su contra no es procedente el de queja. Consideramos que la sentencia del tribunal *ad quem* no es susceptible de recurrirse de queja, atendida su condición de no ser de primera instancia.
- d) En lo que se refiere al procedimiento por delito de acción penal privada. Por remisión del artículo 405 al Título I, Libro I del mismo Código, en lo relativo a los recursos, la sentencia definitiva que se dicte es impugnabile de nulidad, por lo que no es procedente el recurso de queja, sin que tampoco lo sea la sentencia del tribunal *ad quem* por tratarse, como sostenemos, de una sentencia de carácter *sui generis*, que no corresponde al concepto de definitiva ni interlocutoria.
- e) Respecto del procedimiento de desafuero, la sentencia de la Corte de Apelaciones que se pronuncia al respecto, conforme al artículo 418, es susceptible de apelación para ante la Corte Suprema, de manera que no procede a su respecto el recurso de queja.
- f) Lo mismo ocurre respecto de la querrela de capítulos, como lo dispone el artículo 427.

- g) En cuanto al procedimiento de extradición activa, el artículo 435 inciso segundo previene en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronunciare sobre la solicitud de extradición, no procede recurso alguno.

Afirmamos que como el Código Procesal Penal contiene una enumeración restrictiva de los recursos procesales en su Libro Tercero, no conteniendo en ella al recurso de queja que, como ya hemos dicho, no responde al concepto típico de recurso, que es procedente incluso cuando estos no están contemplados respecto de una determinada resolución judicial, sostenemos que en el presente caso, este no es procedente.

- h) En cuanto al procedimiento de extradición pasiva, la resolución del Ministro de la Corte Suprema que conoce en primera instancia de la solicitud respectiva que la falla, es susceptible de los recursos de apelación y de nulidad, motivo por el cual es improcedente el recurso de queja.

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*

Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Del *venire contra factum proprium* a la idea del *precedente/stare decisis*, en el derecho administrativo. 2. Del *stare decisis* a la *Vertrauensschutz/protección de la confianza*: un traslado incoherente. 3. La Contraloría General de la República como “órgano legislativo autoasignado”: 3.1. Funcionarios públicos “a contrata”. 3.2. Máquinas de azar o destreza. 3.3. Permisos de construcción. 4. La Corte Suprema asume funciones legislativas bajo pretexto de “interpretar” (más allá del “activismo judicial”). 4.1. La *tutela laboral* y los funcionarios públicos. 4.2. Máquinas de azar o destreza. 4.3. Funcionarios “a contrata”. 4.4. La “farándula” de la “acción de amparo económico”. 4.5. Reclamo de ilegalidad municipal contra resoluciones de Director de Obras. 4.6. Otorgamiento de fármacos o tratamientos en enfermedades “raras”. Conclusiones.

*Silere non possum****

INTRODUCCIÓN

No puede menos que ser reconfortante para quien vio nacer las Jornadas de Derecho Público allá en la década de los años 60 del siglo pasado (siendo ayudante *ad honorem* del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chile, que dirigía el profesor don Humberto Cifuentes Barrientos, creador de estas Jornadas) participar en estas que llevan el número 49, ya próximas a ser cincuentenarias. Y también teniendo presente que en los primeros años eran pocos quienes se dedi-

*Texto adicionado con notas de la exposición del autor en las 49 *Jornadas de Derecho Público*, 17 de octubre de 2020, Universidad Católica de Chile.

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

***“La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio” (Cicerón).

caban al derecho administrativo y las sesiones de esta sección no reunían más de diez a quince personas; hoy, en cambio, son multitud... quienes se dedican a esta rama del derecho público, y especialmente jóvenes.

El tema escogido para desarrollar ahora incide en un problema actualísimo, y que ha producido debate entre colegas, y la semana pasada nada menos que entre instituciones como son las más altas magistraturas de la República, a saber el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. No es mi interés aquí el tema en sus casos particulares sino en lo que “subyace” a ellos, y que es de la mayor gravedad, porque implica una verdadera *subversión* lisa y llana de las Bases de la Institucionalidad, desde que viene a violar ni más ni menos que la “supremacía constitucional”, el “principio de juridicidad” y “derechos fundamentales” como el principio de igualdad ante y en el derecho y el debido proceso legal, racional y justo, pilares todos y de los más básicos de un Estado de Derecho.

El título pudiera llamar a engaño si solo se queda en la primera parte porque de allí parto como signo evidente de esa *subversión constitucional* que significa y que se ha extendido también a la justicia suprema, y que ha conducido en la práctica de dictámenes y sentencias a simplemente “legislar” por esta vía, modificando leyes y violando directamente la Constitución. Se advertirá *la extrema gravedad de lo que está ocurriendo*, sin que se insista y publicite este hecho preciso, de legislar por vía no destinada al efecto, sobrepasando todo el ordenamiento jurídico fundamental. Más de alguno podría llegar a afirmar que se trata de una verdadera “sedición suprema....”.

Veámoslo.

1. DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM AL STARE DECISIS

Conocido es el brocardo medieval, aunque de fundamento romano, *venire contra factum proprium non valet*¹, que en castellano es “no puede irse contra los actos propios”, dada su invalidez y que, entre nosotros, en el

¹Sobre este brocardo *vid.* J. Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Ariel. Barcelona. 1951, y el clásico L. Díez-Picazo, *La doctrina de los actos propios*. Bosch. Barcelona. 1963; M. Sánchez Morón, *Venire contra factum proprium non valet*, en *Documentación Administrativa/Madrid*, vol. 263-264, 223-246. En Chile, *vid.* H. Corral Talciani, *La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium non valet*, en *Venire contra factum proprium non valet*. Estudios sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 2010, 19-33.

En el periodo romano ya se encuentran entre otros, textos referidos al tema, como la sentencia de Paulo, en el *Digesto*, 50.17, 155, “a cada cual debe perjudicar su propio acto, no al adversario” o un texto de Pomponio, *ídem* 50.17, 206, “es justo por derecho natural que nadie se enriquezca en perjuicio y lesión de otro”.

derecho administrativo, he tenido ocasión de mostrar su fuente y aplicación frente a la “invalidación de los actos administrativos”, verdadera autotutela declarativa y ejecutiva de la propia Administración del Estado, enteramente inconstitucional, que a pesar de su concreción legal en la Ley N° 19.880/2003, art. 53, es patente su contrariedad a Derecho tanto por ir en contra de la Ley N° 18.575/1986, que es una ley orgánica constitucional, de superior jerarquía normativa que la Ley N° 19.880, que es ordinaria (y, por ende, sujeta a la normación de aquella) como –y es lo principal– en contra de la propia Constitución (art. 19 N°s 24, 2 y 26 especialmente²).

La Administración del Estado no puede jurídicamente actuar desconociendo sus propios actos administrativos (lo mismo sucede en lo contractual), que han producido efectos jurídicos, desde que la misma Constitución con claridad meridiana “asegura a todas las personas” en su artículo 19 N° 24, inciso 1° “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Precisamente “bienes incorporales” son los “derechos” que reconocen o conceden (según los casos) a los particulares los actos administrativos, especialmente los de beneficio, derechos que obligan a su autor a respetarlos y que solo un tribunal de justicia y mediante un debido procedimiento legal, racional y justo (art. 19 N° 3 inciso 6°), puede declararlo contrario a Derecho. Pero no la Administración por sí y ante sí, arguyendo que se equivocó, y dictando otro acto administrativo posterior dejándolo sin efecto, y ello pudiendo hacerlo nada menos que en un plazo de dos años desde que se notificó o publicó el acto invalidado. Y más encima, con la consecuencia insólita y aberrante de que durante dos años el acto administrativo en Chile no adquiere “definitividad”, esto es todos los derechos emanados del acto primitivo y las situaciones jurídicas producidas a su amparo para los destinatarios son inestables, quedando al arbitrio de la autoridad que lo emitió. Es una monstruosidad jurídica que merece ser reformada cuanto antes por ser un escarnio que va contra todo sentido de justicia y respeto de los derechos de las personas; lamentablemente no veo autores en nuestro medio que alcen la voz ante la iniquidad manifiesta que ello comporta, más entretenidos en el comentario de textos que avizorar que el Derecho es un instrumento de justicia y no de dominación, como adoran los estatistas.

²Vid. mis trabajos sobre “invalidación” de los actos administrativos, *Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en Revista Chilena de Derecho vol. 16/1989, 475-485; *Sobre la autotutela de la Administración, la jurisprudencia judicial*, en La Semana Jurídica N° 38/2001,5, *Sobre la pretendida autotutela invalidatoria de la Administración*, en Gaceta Jurídica 38/2001, 7-16; *Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los destinatarios. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la Ley N° 19.880*, en Eduardo Soto Kloss (editor) *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 283-297.

Este *venire contra factum proprium* en materia civil es reconocido usualmente bajo el manto del principio de “buena fe”, que don Andrés Bello estableciera de modo claro al regular los contratos y su ejecución e interpretación (art. 1.546, Código Civil).

Esa “buena fe” en el actuar de la Administración del Estado le viene “impuesta” por la propia Constitución en sus Bases de la Institucionalidad (capítulo I) al disponer en su artículo 1º inciso 4º –reconociendo un principio elemental del orden social y político humano– que “El Estado está al servicio de la persona humana”, y nadie está al “servicio de otro” actuando de mala fe, con intención torcida, aviesa o malévola. Además, que el fin del Estado –lo establece el mismo inciso citado– es “promover el bien común” y ello “con pleno respeto de los derechos de las personas”, incluidos primerísimamente en estos “los derechos que emanan de la naturaleza humana” (art. 5º inciso 2º), derechos que son un *límite* al poder de los órganos del Estado (art. 5º inciso 1º). Y más aún que los actos administrativos producen efectos jurídicos que son “bienes incorporeales”, que ingresan al patrimonio de sus destinatarios y son protegidos por la Constitución al reconocerlos como “derecho de propiedad”, y ello desde que son notificados o publicados, deviniendo “intangibles” (art. 19 N° 24 inciso 1º).

2. DEL *STARE DECISIS* A LA *VERTRAUENSCHUTZ*

Conocido es en el derecho comparado el *stare decisis*, del que el ejemplo inglés suele ser el más citado, y conocido como un sistema “jurisprudencial” si bien no se trata de tal sistema sino de un sistema propiamente “judicial”, ya que las sentencias que constituyen “precedentes”, vinculantes para el futuro, emanan de los “jueces” y no de los “jurisprudentes/juristas”, como ocurría en la Roma clásica³.

Este efecto vinculante de las decisiones judiciales (entiéndase sentencias ejecutoriadas propiamente tales) en la medida que se trate de situaciones iguales, o sea idénticas (aunque también semejantes), es un sistema que fue adoptado por nuestra Contraloría General de la República desde hace más de 60 años, lo que se mantiene aún hoy, con el agregado de lo que se llama “reconsideración”, sea adoptada de oficio, si bien frecuentemente es a petición de parte (afectada por determinada jurisprudencia contralora).

³Sobre el *stare decisis*, *vid*, para el régimen inglés, entre otros, S. Whittaker, *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*, trad. C. Banfi del Río, en RCHD vol. 35/2008, N° 1, 37-83 (con bibliografía, 77-79 y jurisprudencia, 80-883).

Pues bien, este sistema de “precedentes”⁴ en la emisión de Dictámenes contralores significa que la CGR en su actividad de “decir el Derecho” a la Administración del Estado (Ley N° 10.336 art. 1°, en aplicación de la Constitución, art. 98)⁵ y cómo ella debe aplicarlo, es *solo una creación contralora, jurisprudencial* (Ley N° 10.336, arts. 5° inciso 3°, 6° incisos 1°, 2° y 4°/final, 9° inciso final y 19), que contiene “una idea de orden” innegable para el actuar de esa Administración, a fin de que haya “uniformidad” por sus distintos organismos en la aplicación del Derecho que la regula a ella y al aplicarlo a los particulares, cosa esta última de innegable sentido de justicia como es concretar la igualdad entre ellos “ante” y “en” el Derecho (hoy art. 19 N° 2 de la Constitución) en su relación con la Administración e incluso para los funcionarios públicos en la relación jurídica laboral que los une a su empleador Estado⁶.

Muy distinto, en cambio, es que la Administración del Estado en su actividad de ejecución del Derecho y de prestación de servicios (satisfacción de necesidades públicas) tenga que decidir, y siempre, de un modo determinado (como ocurre en el ejercicio de las llamadas potestades regladas), ya que en su labor diaria y constante, en los más diferentes ámbitos de actuación, existen siempre situaciones nuevas, diversas y pareciera que no son frecuentes que se den las mismas condiciones, sean de regulación normativa, de tiempo y de personas. Y lo frecuente en la actividad administrativa del Estado y conforme con las atribuciones jurídicas que le confiere la ley a sus órganos, es que esta (la ley) atribuya “elementos” discrecionales en sus potestades⁷.

⁴Sobre “precedentes” vid, en nuestro derecho chileno, mi *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes*, en RCHD vol. 26 N° 2/1990, 399-403; también, R. Céspedes Proto, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en RCHD vol. 28/N° 1/2001, 149-159. En España, vid. L. M. Díez-Picazo, *La doctrina del precedente administrativo, doctrina legal*, en Revista de Administración Pública/Madrid, 98/2002, 7-42; también, S. Díez Sastre, *El precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*. M. Pons. Madrid. 2008; de interés, R. Rivero Ortega, *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público, reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho*, en Revista de Administración Pública cit. 157/2002, 89-118.

⁵Que viene de antiguo, DL 258/1932 y asumido por la Constitución de 1925 en su artículo 22 (según reforma constitucional de 1943) y luego en su ley orgánica 10.336/texto refundido de 1964, que retomará la Constitución de 1980 (art. 77/98).

⁶Conforme a su ley orgánica constitucional N° 10.336 cit. artículos 6° inciso final, 9° inciso final y 19.

⁷Debe insistirse (frente a un error casi común entre autores), en que *no existen “potestades” discrecionales*, lo que existe son “elementos” en la potestad conferida en que la ley atribuye un “margen de apreciación” al órgano atribuido, como, por ejemplo, el “qué”, vale decir la “decisión” misma que ha de adoptar para satisfacer real, verdadera y efectivamente la necesidad pública, y, por cierto, para que sea válida habrá de ser racional y debidamente fundamentada. Puede ser útil ver “la teoría de las potestades”, en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 (Principio de juridicidad), 53-63, con la distinción que hacemos entre los distintos “elementos” de la potestad (quién, cómo, cuándo, por qué, para qué, y qué), los cuales algunos de ellos son “esencialmente

No puede olvidarse que la tarea de la Administración, en tal sentido, es esencialmente *prudencial*, lo que difiere en gran medida de la tarea contralora, de “decir el Derecho” que ha de ser aplicado “por” y “a” ella, que es naturalmente una actividad que sin ser jurisdiccional en nuestro ordenamiento constitucional chileno (ya que es actividad administrativa, de control) es propiamente jurídica, debiéndose obviamente conformarse a la Constitución, como órgano del Estado que es.

De allí que no cabe en Chile sostener un “régimen de precedentes” en la Administración activa o de ejecución, de prestación o incluso reguladora. No se puede simplificar de tal manera y decir que rija en plenitud y como principio jurídico este sistema o régimen. El asunto no es de “precedentes”, sino que *hay que indagar de qué actos se trata*, por cuanto *v. gr.*, si se trata de “actos autorizatorios” habrá que estarse a la comprobación de si el requirente ha cumplido efectivamente los requisitos que la ley indica para hacer ejercicio del derecho que ya posee, y si los posee, debidamente comprobados, solo cabe emitir la correspondiente autorización. Pero ¡cuidado! porque si esa autorización es por plazo, no por el hecho de habersele dado una vez tiene forzosamente que otorgársele nuevamente, una vez que vuelva a solicitarla, ya que deberá comprobarse nuevamente el cumplimiento exacto de esos requisitos. Ello es bien claro cuando se habla de patentes comerciales, *v. gr.* de expendio de bebidas alcohólicas, ya que puede que por determinada ordenanza municipal se restrinja su número en determinado sector de la comuna, si hay razones, por ejemplo, de orden público y sus alteraciones, en tal caso no hay derechos adquiridos para que se renueve desde que la regulación normativa se ha modificado. Será la autoridad municipal que sea prudente la que proveerá a que no se produzcan perjuicios o los paliará según proceda en el ordenamiento respectivo. En el supuesto caso de actos “concesorios” –hablando aquí en términos generales, atendida la diversa tipicidad de los distintos actos concesorios– y de los propiamente tales, que corresponden a la “libre” (si puede hablarse de “libertad” de los órganos del Estado) decisión, dada la inexistencia de obligación de otorgar un beneficio, deberá aquí no atenerse a “precedentes” que existieren en el tema sino a que no se viole la indispensable “igualdad ante el Derecho”, pilar básico de un Estado de Derecho y debidamente fundamentados esos actos, esto

reglados”, como el quién (órgano atribuido), el cómo (procedimiento legal que ha de seguirse necesariamente para emitir un acto), el cuándo (momento en que ha de actuar el órgano, es decir cuando se presenta la necesidad pública que él debe satisfacer, sin perjuicio de las potestades de “previsión”, como en materia sanitaria, o de emergencias, etc.), el por qué (que es el hecho/necesidad pública que estimula al órgano para actuar), y el para qué, la finalidad que se persigue con el ejercicio de la potestad, o sea, “satisfacer” determinada necesidad pública que el legislador ha puesto como deber jurídico bajo su competencia. Para “discrecionalidad” puede verse mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 437-442.

es “justificados” en los hechos y en el Derecho, con el fin de no caer en la arbitrariedad, lo que lo hace inválido, esto es nulo, como lo dispone la misma Constitución (art. 7°).

Esta idea de “precedente” con su carácter vinculante, que tiene plena aplicación en la actividad contralora, fundamentada en su ley orgánica y ello desde décadas, *se ha pretendido extender* a la actividad administrativa por medio del artificio de la llamada “confianza legítima”, artefacto germanizante (¡otro injerto extranjerizante! que perturba el ordenamiento) que carece de sustento normativo en nuestro derecho, en cuanto se pretende aplicarlo a situaciones que no están de acuerdo a su propia naturaleza, según veremos.

No es nuestra intención aquí dedicarnos a estudiar esta “protección de la confianza”, *Vertrauensschutz*, que ha pasado a usarse como “confianza legítima”. Otros se han ocupado de ello y ya desde unos 40 a 50 años especialmente en Europa, y en su derecho comunitario⁸. En Chile ha sido el profesor Bermúdez Soto con su trabajo del 2005 en la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral (vol. 18 N° 2, 83-105) quien se ha ocupado de ello pero como “límite a la potestad invalidatoria” de la Administración, lo que aparece (poniéndole otro nombre) como un instrumento de seguridad jurídica para proteger “derechos adquiridos” (que no se quiere nombrarlos, en razón del “síndrome estatista...”, o como dice la CGR “situaciones consolidadas”) de las personas frente a la Administración y su pretensión de dejar sin efectos por sí y ante sí sus propios actos.

Esa llamada “confianza legítima” sería solo otro nombre del *principio de seguridad jurídica* (estabilidad de los actos, administrativos en este caso) que la Constitución reconoce y asegura a toda persona en su art. 19

⁸Sobre “seguridad jurídica” la bibliografía es sobreabundante y no viene al caso referirse aquí, solo recomendaría J. Alvear Téllez, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el derecho público chileno*, en *Actualidad Jurídica* 16/2007, 143-170.

Sobre “confianza legítima” *vid.* en castellano, entre otros, R. García Macho, *Contenido y límite del principio de confianza legítima. Estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Civitas. Madrid. 1989, 453-466, también en *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas/Madrid N° 56/1987, 557-572; F. Castillo Blanco, *La protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*. M. Pons. Madrid. 1998; J. García Luengo, *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*. Civitas. Madrid. 2002; L. Medina Alcoz, *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* cit. N° 130/2006, 275-326; J. B. Lorenzo de Membiola, *El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública*, en *Revista de Administración Pública/Madrid* N° 171/2006, 249-263; G. Silva Tanayo, *La confianza legítima*, en *Revista Régimen de la Administración Pública/Buenos Aires*, N° 399/2011, 27 ss.; L. E. Rey Vázquez, *El principio de confianza legítima*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Argentina. Córdoba. 2016; P. J. Jorge Coviello, *Actualidad de la protección de la confianza legítima en la República Argentina*, en *Revista Argentina de Derecho Público/Buenos Aires*, N° 1/2017 (rev. digital); en Chile, R. Letelier W., *Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos*, en *RCHD* vol. 41/2014, 609-634.

N^{os.} 2 y también 26, en cuanto protección de la “esencia de los derechos” o “contenido esencial” de ellos⁹.

En esa tesitura la idea no es otra que afirmar –con otros términos– el *principio del respeto de los derechos adquiridos* emanados de los actos administrativos, como efectos jurídicos de ellos, como ya lo señalábamos allá en 1984, y respecto específicamente de los actos administrativos recientemente en 2017¹⁰. En ese sentido, la “confianza legítima” no es sino, pura y simplemente, el “respeto del Derecho”, de la Constitución y de las normas dictadas en su conformidad (art. 6º), algo que es bien obvio en un régimen de Derecho que reconoce, asegura y protege el ejercicio de los derechos fundamentales (ejercicio que ha de ser de acuerdo con la Constitución y esas normas dictadas en su conformidad para que sea válido).

Lo dicho, que parece tan elemental, sin embargo, desgraciadamente, ha sufrido una “alteración” y un giro no solo bastante fuerte sino “incoherente” con esa protección de la seguridad jurídica/estabilidad y de los derechos adquiridos.

Efectivamente, a partir de los años 2015/2016 la CGR le ha dado a la llamada “confianza legítima” una dimensión totalmente diferente a la referida, que como hemos señalado aparece muy en consonancia con el ordenamiento constitucional y las Bases de la Institucionalidad, fundamentos de este ordenamiento.

Como resulta de Dictámenes contralores especialmente de 2016 en adelante, se evidencia una clara pretensión de *legislar* en ciertas materias que se han elegido para ello, a través de una verdadera “invención”, que carece de todo asidero normativo y que solo se sustenta en una frase que recuerda lo peor del absolutismo imperial romano: *Contralorus dixit*.

Adelantando el parágrafo que sigue, ha de decirse que lo que se pretende –en total contradicción con el Derecho vigente (Constitución y normas legales dictadas en su conformidad/art. 6º)– es hacer de lo que son “meras expectativas” unos verdaderos “derechos”, sin fundamento normativo alguno que lo sustente.

⁹En castellano pueden verse, entre otros, J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994 (con bibliografía alemana hasta 1987 en 366-367); M. Lorenzo Rodríguez-Armas, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución española)*. Comares. Granada 1996.

¹⁰Vid. mi *Derecho público y derechos adquiridos, réquiem para una ineptia doctrinaria*, en RDJ t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 13-23 y reciente, *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53.

3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO LEGISLATIVO AUTOASIGNADO

Si bien lo referido en el párrafo precedente es el detonante de estas reflexiones, nuestro interés en esta exposición es mostrar cómo en este rubro de la *Vertrauensschutz*, se ha desencadenado tanto en la CGR como también en la Corte Suprema (al menos en la tercera sala que es la que conoce de lo constitucional y administrativo) una oleada, marejada o avalancha de *pretensión de legislar* en algunos temas, “saltándose la legislación vigente” (que no reinterpreteándola) y, obviamente, la Constitución, el principio de supremacía constitucional, su obligatoriedad y aplicabilidad directas, y el principio de juridicidad (art. 7°), “creando” normas e interviniendo en las atribuciones que la propia Constitución ha conferido claramente al legislador, esto es materias que son de exclusiva “reserva legal”.

Refiriéndonos primeramente a la CGR veamos cómo se autoasigna, bajo guisa de “interpretar” normas legales aplicables a la Administración la potestad de “crear” normas concernientes, entre otras materias, 1) al régimen jurídico de los empleos “a contrata” de la Administración (art. 3° Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo general), 2) en lo referente al otorgamiento de patentes comerciales por parte de las municipalidades a locales con máquinas electrónicas de juegos de azar o destreza (Ley N° 18.695 DL 3063/1979 y Ley N° 19.995), y 3) en temas de urbanismo, como los llamados “permisos de construcción”/propiamente autorizaciones de edificación.

3.1. Sin entrar en mucho detalle, basta mirar el texto del artículo 3° letra c) de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo para comprender que la figura del “empleo” a contrata (que no es un “cargo” público, es decir permanente y creado por ley en la Planta de un determinado organismo de la Administración del Estado, sino una “actividad” y actividad “temporal”) es *esencialmente* temporal; de allí que la persona que desempeña esa “actividad”, con la calidad de funcionario público, asimilada en sus remuneraciones a las de un cargo público específico, solo es designada por un “plazo”, que “expira” el 31 de diciembre del año en que fue designada, expiración que se produce en esa fecha “por ministerio de la ley” (dicho art. 3° letra c) referido), expiración *ipso iure*.

La misma disposición estatutaria establece que tal designación puede ser prorrogada por otro año, siempre que ello se disponga con treinta días de anticipación a su expiración. Además, y aparece obvio, que tratándose de una designación por un plazo determinado, quien asume esa “actividad temporal”, de función pública, *carece de todo derecho para continuar en él expirado que sea dicho plazo*¹¹.

¹¹La Contraloría, desde antiguo (D 9287/1990 y 12.696/1993), ya disponía que el personal contratado “no integra la Planta ni forma parte del Escalafón del Servicio, dada la naturaleza transitoria de estos desempeños”.

Pues bien, la CGR a partir del año 2016, designado Contralor General el profesor Bermúdez Soto (autor ya citado), declaró (v. gr., D 22.766/24.3.2016) que la persona designada a contrata y que le ha sido prorrogada por el año siguiente, no podía no prorrogársele nuevamente ya que por aplicación del principio de confianza legítima (inexistente en nuestro ordenamiento) tendría el “derecho” (aunque no se utiliza el término, pero indiscutiblemente lo es en esta visión) a continuar en el ejercicio de esa actividad a contrata, a menos que existiera una casual de extinción del cargo público prevista en la Ley N° 18.834, título VI (arts. 146-156). En otros términos, según la CGR a quien le ha sido prorrogado una vez la contrata mencionada, deberá prorrogársele por el siguiente, y así sucesivamente a menos que por vía del correspondiente debido procedimiento administrativo sumarial se le comprobara algún ilícito disciplinario que merezca una medida disciplinaria de destitución, o bien fuera calificado en lista 4 de exoneración; pero cosa curiosa, adviértase que la misma CGR ha dictaminado que los contratados no están sujetos a calificación, desde que no forman parte del Escalafón del Servicio dada su transitoriedad. O sea, sin decirlo la CGR los declara “funcionarios de planta”, aplicándole *sin ley alguna que lo disponga*, su régimen jurídico y sin que exista el “cargo” correspondiente en dicha Planta, desde que solamente por ley se pueden crear “cargos públicos”, según lo dispone de modo expreso la Constitución y ello desde antiguo (hoy art. 62/65 inciso 4º N° 2), y ley que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República¹².

Ha de decirse que este planteamiento indicado ha tenido una aplicación frecuente, constante y reiterada según lo muestra numerosos dictámenes contralores¹³. Se advierte claramente que se trata de una

¹²El prof. Bermúdez afirma que esto de la confianza legítima viene de antes de su asunción al cargo de Contralor General de la República y cita al efecto algunos dictámenes de fechas anteriores (vid. su *Derecho Administrativo* cit., pp. 120-122), términos que del contexto de esos dictámenes se refiere en realidad al principio de la “seguridad jurídica”, especialmente en los que versan sobre la “invalidación” de los actos administrativos, como son los N°s 61.817/2000, 54.179/2004, 2.256/2014, pero en caso alguno a la teoría alemana ni a la idea que él sustenta como principio que fundamenta la exigencia de concreción de las “meras expectativas”. No puede olvidarse que hay muchísimo espacio y distancia entre una “mera expectativa” y un “derecho” propiamente tal, del mismo modo que existe un mundo de distancia entre lo que “se espera”, es decir lo no se posee (expectativa) y lo que ya “es actual”, y ya se posee (derecho).

Vid. sobre el tema los muy numerosos dictámenes desde 2016, entre otros, y solo a título ejemplar, en 2016 los N°s: 22.766, 23.518, 33.419, 70.966, 78.454, 85.700 (básico), 85.704, 92.273; en 2017, N°s: 9.317, 11.316, 11.318, 11.909, 12.248, 12.421, 18.901, 19.822, 25.143, 33.999, 37.403; en 2018, N°s: 6.400 (complementa el D 85.700 cit.), 7.951, 10.035, 11.027, 13.576, 16.512 (complementa D 6.400 cit.), 17.783, 30.121 y en 2019 N°s: 25.296, 27.868, 28.514, 30.121, 30.123, etc.; agradezco a nuestra ayudante Katherine Zambrano R. su colaboración en la pesquisa de esta jurisprudencia.

¹³Lo que hay –como decíamos– es que la Contraloría ha transformado por sí y ante sí una “mera expectativa” en un “derecho propiamente tal”. Prescinde la Contraloría de una verdad inamovible: la “mera expectativa”, como su nombre lo indica con claridad, es una

“creación” contralora sin sustento jurídico alguno ni en la Constitución ni en la ley y que directamente contraría la ley específica que pretende o dice “interpretar”, y *arrasa con la supremacía constitucional (art. 6°), con el principio de juridicidad (art. 7°, al carecer de competencia puesto que es materia legislativa su regulación, esto es de competencia del legislador no de la CGR), y la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2)*, esos sí “principios” y “fundantes” de la institucionalidad jurídica del Estado y bases inamovibles del Estado de Derecho.

Caso típico de la CGR erigiéndose en legislador, modificando sin rubor alguno la ley que regula el tema y aplicando simplemente su mera voluntad (recordando aquello de “la voluntad del emperador/rey es ley”).

3.2. Un segundo caso que he detectado ya en 2016 y recientemente de nuevo hará tres semanas, ocurre con ocasión de la actividad comercial que incide en los locales con máquinas electrónicas de juegos, unos de azar (muy frecuentes) y otros de destreza (que exigen un pensar racional). Su fuente, para estos efectos (aunque el tema viene de antes), son los Dictámenes 92.308/13.12.2016 y 25.715/27.9.2019. En síntesis, el primero (reiterado y complementado por el segundo) señala que para obtener una patente comercial ante la municipalidad respectiva para realizar la referida actividad no basta solicitarla sino que agrega que es necesario contar con el “informe” de la Superintendencia de Casinos de Juego que determine que la(s) máquina(s) que se utilizarán son de juegos de destreza y no de juegos de azar¹⁴, “informe” que ninguna ley (y la materia es de expresa “reserva legal”, art. 60/63 N° 19 de la Constitución y Ley N° 19.930) lo exige y que CGR dispone que debe ser acompañado por el interesado a su solicitud.

Se advertirá que CGR, por medio de un dictamen, *crea e impone*, por una parte, una obligación para el solicitante –sin sustento legal– y, por otra, además, un *acto trámite* en el procedimiento administrativo que no contempla la ley de la materia y que, igualmente, es de *reserva de ley* (art. 60/63 N° 18) y no por acto administrativo como es un dictamen

mera “esperanza” (la *spes* latina), esto es algo que se espera o pueda esperarse que suceda, porque es posible pero solo probable; y se “espera” precisamente lo que no se tiene, lo que no se posee, y aquí *lo que no se tiene ni posee es derecho alguno para que se prorrogue esa contratación*, que es lo que con claridad establece la ley. La Contraloría va contra texto expreso y sin empacho, despreciando lo que expresamente establece la ley, ley que debe respetar. ¿Qué respeto se puede tener a un organismo estatal quien no respeta el objeto mismo de su función, como es “controlar la legalidad de los actos de la Administración” (art. 98 de la Constitución)?

¹⁴Para mayores detalles puede verse mi comentario a *Castilla Sánchez y otros c/ Contraloría General de la República* (Corte de Apelaciones de Santiago, 25.7.2018, que acoge protección/amparo económico, rol 169-2017, y Corte Suprema/tercera sala, 30.10.2018, que revoca y rechaza, rol 19.054-2019, en *Ius Publicum* 42/2019, 303-315, comentario en 315.318.

contralor¹⁵. Impone una obligación a un ciudadano para el ejercicio de una “actividad económica”, que la propia Constitución establece que *solo puede ser regulada por ley* (art. 19 N° 24 inciso 1° “normas legales que la regulen”) y crea un trámite de procedimiento administrativo que solo la ley puede establecer (art. 7° inciso 1° de la Constitución. “Los órganos del Estado actúan válidamente... en la forma que prescriba la ley”, y la “forma” es el procedimiento, el cual ha de ser establecido por ley/ art. 60/63 N° 18; procedimiento que ha de ser “racional y justo”, agregará el art. 19 N° 3 inciso 6°). Es más, tan contra texto expreso es que la propia Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, dispone que es un “ilícito disciplinario” (prohibición de hacer/deber de abstención) el exigir en las tramitaciones administrativas requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes (art. 84 letra e)¹⁶.

3.3. Otro tema que levanta desde hace tiempo bastante “polvareda” jurídica es la que se origina por las reclamaciones que particulares deducen ante la CGR en contra de decisiones de los Directores de Obras de las municipalidades; en lugar de acudir al Seremi Regional de Vivienda y Urbanismo respectivo en los casos previstos en el artículo 12 del DFL 458/1976, ley general de construcciones y urbanismo o ante los tribunales de justicia, a través del recurso de protección (art. 20 de la Constitución).

Produce un importante impacto en la actividad de construcción esta intervención contralora, no porque ella expida órdenes de no innovar, puesto que carece de competencia para ello, sino por la incertidumbre de la decisión contralora que pueda emitir, además que origina una situación jurídica muy especial como es que mientras conoce la CGR de la reclamación de esos afectados por una resolución de dicho Director de Obras municipales, puede que estos u otros igualmente afectados, recurran a los tribunales de justicia, sin que ello se ponga en conocimiento de aquella. Pues bien, después de un tiempo que no suele ser muy breve, la CGR se pronuncia sobre tal reclamación pero tomando conocimiento de estar el tema en sede judicial deja sin efecto el dictamen emitido, en razón de lo dispuesto por su ley orgánica constitucional N° 10.336, art. 6° inciso 3°, que le prohíbe actuar/“intervenir” en asuntos “sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

¹⁵Que es un “acto administrativo” y típico lo hemos demostrado allá a comienzos de la década de los años 80 cuando sostenía la CGR, de modo demasiado incoherente, que era una “mera opinión” (curiosamente “vinculante”... para todo organismo de la Administración) para escabullirse de ser impugnados por la acción de protección. Puede verse mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, capítulo IV, parágrafo 5, 366-382.

¹⁶Puede ser de interés revisar el considerando 1° N° 2 del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago citado.

Pero, además de esta situación, que no suele ser tan infrecuente, ocurre que el propio Dictamen contralor que recae en la reclamación aludida se podrá impugnar en protección, como sucede muy a menudo, y en que valga recordar tres casos que fueron muy conocidos hace más de una década en estas materias, como fueron los casos de construcciones en el ex-Estadio Santa Rosa de la Universidad Católica, y en el sector de Plaza Las Lilas, ambos en Santiago, y el colegio de los Sagrados Corazones de Viña del Mar, Sporting Club de esa ciudad, casos en que la Corte Suprema dejó sin efecto lo decidido por la CGR (que había estimado ilegal esas resoluciones municipales), por estimarlas, en cambio, conformes a Derecho¹⁷.

Todo este incordio deriva –a mi conocimiento– de no entender algo tan simple como que el inciso 3º del referido artículo 6º *no da competencia alguna* a la CGR para conocer de esas reclamaciones, desde que dispone expresamente que ella *no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso*, y precisamente esas reclamaciones inciden directamente en asuntos que son de suyo litigiosos, ya que oponen a quienes *v. gr.*, han obtenido un permiso de edificación con aquellos que se oponen por afectarles en sus derechos, según pretenden. Nadie puede controvertir que ello es *per se* un asunto litigioso, que no corresponde a CGR intervenir ni pronunciarse, desde que aparece esencialmente de *reserva judicial* (art. 73/76 de la Constitución). Por no entenderlo así es que se producen estas controversias, y esta afectación a la actividad de la construcción (que es motor importante de la actividad económica del país), en circunstancias que ante tales reclamaciones deberá declararse pura y simplemente incompetente, en razón del claro texto de su propia ley orgánica que la regula^{17bis}.

4. LA CORTE SUPREMA ASUME FUNCIONES LEGISLATIVAS BAJO PRETEXTO DE “INTERPRETAR” (MÁS ALLÁ DEL “ACTIVISMO JUDICIAL”)

La Corte Suprema, en su tercera sala, que es la competente en lo constitucional y administrativo, no se queda corta en los brazos de la “creatividad” y “legislado”, decidiendo contra texto expreso y en temas que inciden en varias materia, como de funcionarios públicos, de salud, qué decir en lo ambiental y varias otras, incluso en materia de “amparo económico” donde la “farándula” creativa ya lleva más de veinte años de vida, en un juego

¹⁷Vid. dichos casos en RDJ t. 103/2006, 2.5, 479-413, mi comentario en 413-419, también en *Sentencias Destacadas* (Libertad y Desarrollo), vol. 2006, 131-143.

^{17bis} Sobre este tema véase el lúcido trabajo del Prof. Iván Aróstica M., *La Contraloría hoy*, en *Actualidad Jurídica* 16/2007, 127-142, que conserva plena actualidad.

de pimpón impropio de la más alta magistratura judicial de la República, sin perjuicio de lo que hace años algunos llamaron “activismo judicial”¹⁸.

No puede soslayarse que esa “creatividad” suele ser fruto de la personalidad fuerte de algún o algunos ministros de la sala, o su poder de convencer, o su mayor conocimiento de la materia, lo que arrastra a los demás, que menos conocedores del tema, y por qué no ya cansados de un muy largo ejercicio de la función judicial, asienten o, a lo más, redactan una prevención o voto en contra breve, para desahogo de su conciencia (como solía decirse hace siglos, cuando la gente se preocupaba de salvar su conciencia...). Lo lamentable es que como cambia constantemente la conformación de la sala, la continuidad de las decisiones adoptadas se quiebra y termina produciéndose una desigualdad ante el Derecho que viola de modo ostensible la justicia, la equidad y la razón, y ello producto de quienes precisamente ejercen la justicia de la República.

1. Un caso que ha “retumbado” a nivel institucional es el que apenas hace una semana se ha producido con ocasión del espíritu “creativo” de la Corte Suprema, tercera sala, en relación con la llamada “acción de tutela laboral”, interpuesta por funcionarios públicos que bajo el régimen de la “contrata” (ya vista) no se les ha prorrogado o bien se les remueve antes de la expiración del plazo de designación, v. gr. “por necesidades del servicio”¹⁹.

La aplicación supletoria del Código del Trabajo (art. 1º inciso 3º) a esta función pública ejercida bajo dicho régimen “a contrata”, la Corte Suprema (cuarta sala) la estimó procedente, no advirtiendo que como diría el Tribunal Constitucional (roles 2926 y 3853) los Tribunales del Trabajo *carecen de competencia* para conocer del tema cuando hay una relación laboral pública, no privada, que es la que cae bajo su competencia. De

¹⁸Sobre “activismo judicial” conocido es la obra de S. Verdugo y J. F. García, *Activismo judicial en Chile ¿Hacia un gobierno de los jueces?* Ediciones Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile, 2013; también de ellos *Activismo judicial, un marco para la discusión*, en Revista Jurídica del Perú tomo 153, noviembre 2013, 63-82; de J. F. García, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, en Actualidad Jurídica N° 20/2009, 81-121; con S. Verdugo, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del poder judicial*, en Actualidad Jurídica 27/2013, 199-219; puede ser de interés nuestros *Sobre jurisprudencia*, en Actualidad Jurídica 32/2015, 105-115, también *De veleidades supremas*, en Gaceta Jurídica 436/2016, 7-14.

¹⁹Vid. sentencia de la Corte Suprema de 7.10.2019, rol 21.027, recaída en apelación de protección deducida por *Ramón Chanqueo Filumil, Marvy Navarrete Jaque, y otro*, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tercera sala, de 10.10-2019, rol 566-2019, que lo rechazaría, lo que confirmara la Corte Suprema, pero con considerandos no solo provocadores sin incendiarios. Se trataba de una protección dirigida en contra de un fallo del Tribunal Constitucional (recaída en inaplicabilidad art. 1º inciso 3º y art. 485 del Código del Trabajo, declarados inaplicables en el litigio entre “Navarrete Jaque y Municipalidad de San Miguel”, en conocimiento en ese instante en la Corte Suprema por recurso de unificación de jurisprudencia rol 37.905-2017.

allí que extender esa aplicación a funcionarios públicos –si bien ha debido haber una preocupación laudable en dicha sala de proteger a esos funcionarios²⁰– no resulta aceptable jurídicamente ya que significa “crear” por vía de “sentencia judicial” suprema una competencia que solo la ley puede hacerlo, conforme con lo que dispone la Constitución (art. 7º inciso 1º), que establece la “reserva legal” del tema.

2. En esta competencia en la carrera “creacionista” debe también mencionarse la misma materia de las patentes municipales referida en el párrafo 3.2. precedente, para el ejercicio de la actividad comercial de locales de juegos electrónicos de azar o destreza. Se recordará que la CGR fue recurrida ante los tribunales (Corte de Apelaciones de Santiago) en acción de protección, por su dictamen 92.308, de 23.12.2016, y si bien dicha Corte lo acogió (como “amparo económico”), la Corte Suprema no menos “creativa” que la propia CGR, revocando se le ocurrió “interpretar” el artículo 37 bis de la Ley Nº 19.880, sobre procedimientos administrativos, que establece el deber de los órganos administrativos cuando deben “dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en la competencia de otros organismos” deberá pedirles informes “para precaver conflictos de normas” para “resguardar la coordinación, cooperación y colaboración” entre ellos. Y lo hace aplicable también a actos administrativos de “efectos individuales” como son las patentes comerciales, y así coonestando el proceder contralor (el cual no había hecho mención de la disposición legal mencionada, enteramente inaplicable al caso).

Lo decíamos en el comentario a dicha sentencia judicial suprema (referido en aquel parágrafo 3.2. nota 14)): una norma legal dispuesta para ser aplicada en la emisión de un acto administrativo “de efectos generales” la Corte Suprema la aplica sin ninguna vergüenza al caso de patentes comerciales conferidas por las municipalidades, actos que son típicamente “de efectos individuales”. ¿Cómo los jueces, y supremos, no van a saber que no son lo mismo y que tienen un régimen jurídico diferente en su publicidad y en sus efectos (e incluso en su procedimiento de elaboración, como sucede por ejemplo en materias como ambiente y urbanismo)?

3. También la Corte Suprema se ha embarcado en aceptar la protección de la confianza legítima en ese incoherente traslado de transformar las “meras expectativas” en “derechos”, para declarar en procesos del amparo de protección (art. 20 de la Constitución) la ilegalidad de la no renovación de los funcionarios sujetos al régimen de “a contrata”, asumiendo que ellos

²⁰Vid. nuestro *Recurso de protección y tutela laboral*, que es un comentario a *Bussenius c/Cenabast* (Corte Suprema 30.4.2014, rol 10.972-2013), en *Ius Publicum* 35, 105.115 que trata de explicar el fundamento de esos fallos; los casos se han ido multiplicando, *vid.* últimamente, entre otros, Corte Suprema roles 3.497-2019 y 8.272-2018.

tendrían un “derecho” a seguir en la “actividad transitoria”, “temporal”, con tal de haberseles renovado por una vez esa designación. ¡Qué decir si ha habido renovación por más de tres veces o más o lleva más de diez años siendo renovada su contrata! ¿Llegará la Corte Suprema a decir en un futuro cercano que dicha persona deberá ser parte de la Planta e integrar su Escalafón y ocupar un “cargo” público y determinarlo, como modo de interpretar los artículos 3º letra c) y 10º de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo? Baste aquí solo indicar algunos casos recientes en el tema²¹.

4. Un caso que ya excede toda imaginación es lo sucedido con la acción llamada de *amparo económico* (Ley N° 18.971/10.3.1990), acción que fuera creada con el objeto de proteger el ejercicio del derecho fundamental de las personas respecto de la iniciativa privada en materia económica (art. 19 N° 21 inciso 1º de la Constitución) frente al notorio estatismo que campeaba con anterioridad al 11.9.1973, impidiendo la “actividad empresarial” del Estado y sus organismos a menos que ella fuera autorizado de modo expreso y específico a través de una ley de quórum calificado (aprobada “por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”/art. 66 inciso 3º de la Constitución) y sometida dicha actividad a la misma legislación aplicable a los particulares (art. 19 N° 21 inciso 2º). Es decir, toda empresa estatal que quisiera ser creada ha de ser autorizada en dicha forma legal, y expresándose su nombre, su giro, su objeto y su estatuto jurídico. Esta acción de amparo –dispuso en su artículo único inciso 3º– se tramita según el procedimiento aplicable a la acción del amparo de *habeas corpus*²².

²¹ Así como ocurre en otras varias materias, los fallos de la Corte Suprema van de aceptar la confianza legítima a rechazarla, según sean los integrantes de la tercera sala; podría decirse que en este año 2019 se ha solido aceptarla, pero recientemente en *Cecilia Peña Burgos c/Subsecretaría del Interior* (Corte Suprema, 17.10.2019, rol 13.461-2019, sala Ministros Aránguiz, Cisternas, Sandoval, Vivanco y abog. integrante A. Quintanilla P. redactor; voto en contra Ministro Aránguiz) la protección deducida en contra de la no renovación de su contrata para 2019 (habiendo sido designada en el año 2015) ha sido rechazada, por cuanto dicha categoría de funcionarios públicos es “transitoria” según lo dispone expresamente la ley (Ley N° 18.834, artículo 3º, en este caso) y, por tanto, la autoridad no ha cometido ningún acto ilegal o arbitrario al no renovar dicha contratación; en el mismo sentido últimamente, *Solis Arellano c/Ministerio del Interior* (Corte Suprema, 25.11.2019, rol 15.964-2019) protección rechazada. Valga reiterar que esta es la solución que se conforma con la aplicación de la normativa vigente, ya que obligar a la Administración a prorrogar esas contrataciones porque ya ha sido prorrogada una vez y el funcionario a contrata ha desempeñado la función por dos años, es algo que está fuera de todo el ordenamiento jurídico chileno vigente, y repetimos que es una desfachatada “invención” de la CGR, seguida por la Corte Suprema, y una pretensión de legislar carente de todo asidero en la Constitución (es simplemente una posición política, posición ajena a las funciones propias de la CGR y de los jueces, incluidos los supremos).

²² Sobre el tema la bibliografía no es escasa; *vid. v. gr.*, entre otros, I. Aróstica M., *Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y del recurrido*, en *Gaceta Jurídica* (GJ) 182/1995, 7-1, también *Acción de amparo económico. Un recuento jurisprudencial*, en *Revista de Derecho*

Su texto, que es bien claro, ha sido entendido, sin embargo, aproximadamente a partir de 1995, v. gr., casos *Menichetti c/Banco del Estado* (en RDJ t. 92/1995, 2.5, 18-23); *Compañía Minera Santa Laura c/Municipalidad de San Bernardo* (Gaceta Jurídica 186/1995, 139-142), también *Emeres Ltda. c/Municipalidad de Til Til*, en RDJ t. 93/1996, 2.5, 79-85); o *Asoc. de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.* (RDJ t. 93/1996, 2.5, 140-143, entre otros) que podía ser también deducido en amparo del inciso 1º del artículo 19 Nº 21, dado que el artículo único de la Ley Nº 18.971 no distingue entre ambos incisos. Así, de acuerdo con ello, este derecho fundamental aparecía protegido por dos acciones de amparo, la de “protección”, amparo general, con un plazo de 15 días corridos en aquel tiempo, hoy de 30 días corridos, y este “amparo económico”, con un plazo para deducirlo de 6 meses de cometida la infracción por un órgano estatal a dicho artículo 19 Nº 21 inciso 1º de la Constitución, es decir ejercer actividad empresarial sin contar con la expresa autorización de ley de quórum calificado para realizarla.

Además de lo ilógico de tal situación, puesto que quien se veía rechazado un recurso de protección podía después recurrir de amparo económico si estaba aún en plazo, y como en aquella época estaban radicadas las causas de distinto modo que ahora, era la tercera sala quien conocía de la protección, pero el amparo económico debía ser conocido por otra sala (usualmente, la cuarta), que podía acogerlo no obstante haberse rechazado en la tercera la protección sobre el mismo asunto, si bien con pretensiones distintas y procedimientos diferentes.

Ante tal desahogado, la Corte Suprema retornó, hacia el año 2008, a la interpretación correcta, en el caso *González Illanes c/Municipalidad de Santiago*, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la pre-

(Universidad Finis Terrae) 2/1998, 95-105, y *Acción de amparo económico (una defensa de la iniciativa privada frente al Estado empresario)*, en su Derecho administrativo económico. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2000, 137-164; A. Cárcamo F., *Revisión crítica a la jurisprudencia judicial que ha desnaturalizado la acción de amparo económico ¿un cambio sin retorno?*, en Diario Constitucional N°s. 376/2.4.2015 y 380/16.4.2015; J. M. Errázuriz G., *Recurso de amparo económico ante la jurisprudencia ¿carácter declarativo?* en Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae) 6/2002, 441-447; R. Huidobro S., *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en Revista de Derecho Público (Universidad de Chile/RDP) 43-44/1988, 78-116; J. Jaederlund L., *El recurso de amparo económico, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 1999; E. Navarro B., *El recurso de amparo económico en la jurisprudencia 1990-1995*, en CJ 200/1997, 47-55; *Comentario a recurso de amparo económico de Aguas Cordillera c/Ministerio de Obras Públicas*, en RDP cit. 61/1998-1999, 225-229; *El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial*, en Estudios Constitucionales (Universidad de Talca) Año 5, 2/2007, 99-119; E. Soto Kloss, *Amparo económico y rol subsidiario del Estado*, en Temas de Derecho (Universidad Gabriela Mistral) 8/1993, 105-136; *La actividad económica en la Constitución Política de la República. La primacía de la persona humana*, en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales (3a. ed.). Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 133-141; P. Varas A., *Amparo económico*, en RDP cit. 49/1991, 45-70.

tensión deducida (9.12.2008, rol 8013-2007) fallo que subido en consulta fue revocado por la Corte Suprema (Tercera Sala, 1.4.2009, rol 501-09) en razón de establecer que esta acción es procedente solo en cuanto se afecte al recurrente por una actividad empresarial de un órgano del Estado no estando este autorizado expresamente para ello en conformidad a lo dispuesto por su inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución, solución a la que se llega luego de indagar en el sentido lógico-histórico del artículo único de la Ley N° 18.971 y su intención y espíritu, y a su sentido sistemático (unidad o conexión con otras instituciones del ordenamiento jurídico).

Pero, a pesar de lo lógico del razonamiento, muy pronto volvió la Corte Suprema a un vaivén en que se alternaban las soluciones casi a distancia de pocos meses, ya que el inciso 1° del N° 19 citado –se sostuvo– “no distinguía” quién era el ofensor, por lo tanto podía ser un ente estatal o una particular... Así, el tema va y viene según sean los integrantes de la tercera sala suprema, lo que linda –con el debido respeto– en lo farandulesco; para no alargar este punto reenvío a nota esta situación insólita^{22bis}. Hoy, al momento de escribir esta exposición, se ha mantenido lo que corresponde según su propio texto y su origen, esto es la acción de amparo económico procede cuando hay infracción del inciso 2° del referido art. 19 N° 21 de la Constitución, para amparar el derecho fundamental de la iniciativa privada en materia económica, impidiéndose de este modo que el Estado intervenga en actividades “empresariales” cuando se le ocurra, sino solo y únicamente en la medida que el legislador así lo decida y con mayorías especiales, conforme lo dispone su artículo 66 inciso 3°.

^{22bis} Llama la atención este vivén supremo si se atiende a que el proyecto de ley que envió el Presidente de la República, don Augusto Pinochet Ugarte, a la Junta de Gobierno llevaba por título “Regula la actividad y participación productiva del Estado y de sus organismos”, proyecto que planteaba la “excepcionalidad” de la intervención del Estado en la actividad económica. Precisamente esa *excepcionalidad* se manifestaba en esta acción para asegurar la aplicación del inciso 2° del artículo 19 N° 2 de la Constitución, lo que explicaba muy bien y acertadamente el fallo supremo *González Illanes* (redacción Ministro A. Oyarzún Miranda).

En esta “farándula” que se producirá aproximadamente entre 2008 y 2013, a meses de distancia entre ellos, se encuentran, a ochos meses de *González Illanes* cit., el fallo recaído en *Rubio Pellón c/Entel* (Corte Suprema, 3.12.2009, rol 8715-2009) en el cual se extiende la aplicación de esta acción al amparo de ambos incisos; solución la cual, igualmente a ocho meses, se abandona por la de aceptar solo el amparo económico por el inciso 2° del artículo 19 N° 2 CP. en *Sociedad Industrial Química Lima Ltda. c/Condominio Núcleo Industrial Santiago Sur* (Corte Suprema, 7.9.2010, rol 5802-2010), pero cinco meses después se decide, nuevamente, que esta acción procede por la afectación de los dos incisos del referido artículo 19 N° 21 CP en *Readi Cattán c/Alcalde de la Municipalidad de San Miguel* (Corte Suprema, 15.2.2011, rol 867.2011/Sala de Verano); en *Basáez Tapia c/Alcalde de la Municipalidad de La Ligua* (Corte Suprema, 11.7.2012, rol 274-2012) se vuelve a la procedencia solo por la vulneración del inciso 2° indicado, solución que fue reiterada durante ese año (v. gr. en *Urrutia Ferrada c/Alcalde de la Municipalidad de Linares*, de 5.2.2013, rol 979-2013 y en *Agrícola La Arbolada Ltda. c/Dirección General de Aguas*, de 17.4.2013, rol 1623-2013). Pero a solo un mes de

Pero no solo lo dicho, porque la Corte Suprema también ha pretendido “legislar” al respecto de esta acción. En *Productos del Mar Ventisqueros S. A. c/Gobernador Provincial de Palena*, de 28.6.2001 (RDJ t. 8/2001, 2.5, 145-160) se deducía este amparo ante la omisión de actuar del recurrido para mantener el orden público gravemente alterado por bloqueo de camino por pescadores artesanales, que impedía el único acceso terrestre a las faenas de dicha industria. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acoge la pretensión y ordena a la autoridad recurrida “adoptar todos los resguardos” para que los derechos garantizados por la Constitución no sean afectados en su esencia (confirmado por la Suprema). En el fallo supremo aparecerá una “prevención” del Ministro don Ricardo Gálvez B. (en RDJ cit. nota de p. 160) que sostiene que esta acción es “declarativa” y, por ende, el tribunal estaría impedido de dictar órdenes al organismo estatal ofensor/recurrido, como sucede en los amparos, a través de las facultades conservadoras del tribunal en esos casos (puede verse mi crítica a tal planteamiento en RDJ cit. en nota a pp. 146-147; también *A. Cárcamo/2015 cit. V. B.*). Esta postura será mayoría tiempo después, con lo cual la acción

este último caso citado, la Corte Suprema no resiste mucho tiempo con la misma solución y decide, nuevamente, que esta acción de amparo económico procede por la afectación de ambos incisos, en *Manejo de Residuos Industriales S.A. c/Servicio de Impuestos Internos* (fallo de 27.5.2013, rol 1944-2013).

Pero si se sigue el recuento, ese cambio constante (¡viva la revolución! pareciera la consigna suprema...) continúa, con cierta calma en el primer semestre 2014 en que se alinea sobre la solución de aceptar esta acción solo para amparar la vigencia del inciso 2º e impedir la actividad empresarial estatal sin que se adecue a esa norma. Así, encontramos *v. gr.*, *González Obando con Ministerio de Obras Públicas* (28.1.2014, en GJ 403/2014, 33-36), *Muellajes Australes Spa. c/Empresa Portuaria de Puerto Montt* (20.3.2014 en GJ 405/2014, 49-50), *Empresa de Transporte Público de Pasajeros Centauro S.A.* (12.5.2014, en GJ 407/2014, 60-61). También en 2015 se sigue esta línea como en los casos *Villarroel Briell c/Municipalidad de San Fabián de Alico* (5.3.2015, rol 3529-2015, confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 16.2.2015, rol 47.2015), y *Recabarren Catalán c/Servicio Nacional de Aduanas y otros* (6.7.2015, rol 7334-2015, con voto en contra (si bien el fallo dice prevención) de Ministra Egnem, que sostuvo la procedencia del amparo económico por los dos incisos del art. 19 Nº 21 de la CP. Pero esa continuidad se rompe nuevamente ya en 2016 con *Carrillo Saavedra c/Ganadera Cañadon Grande* (5.10.2016) en que se acepta esta acción por vulneración del inciso 1º del referido artículo 19 Nº 21 CP, y también con *Olivares Valero y otros c/Municipalidad de Valparaíso* (15.5.2018, rol 8413-2018, con prevención Ministra Sandoval que sostiene su procedencia solo por la vulneración del inciso 2º de la referida disposición constitucional) y con *Campos Mellado c/Servicio Nacional de Aduanas* (27.7.2018, rol 5-2018, con voto en contra Ministra Sandoval), solución que una vez más será modificada en esta “farándula” unida a “juego de azar”, en el recentísimo *Santana Rodríguez c/Municipalidad de La Cisterna* (4.11.2019, rol 22.358-2019, voto en contra Ministro Muñoz que sostiene la procedencia de este amparo también por la afectación del inciso 1º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución).

En prensas este estudio. Grupo Led Chile c/M. de Providencia (C. Suprema, 16.1.2020, rol 234-20), vuelve a admitir esta acción por los 2 incisos. ¿Seguirán jugando a la lotería la Corte Suprema, su tercera sala? Cabe preguntarse ¿no tiene otra entretención menos sádica, ya que es a costa de los litigantes que acuden a los tribunales en búsqueda de justicia frente a los agravios sufridos y no para ser objeto de escarnio?

del artículo único de la Ley N° 18.971 perdería todo efecto práctico porque de acogerla el tribunal simplemente “declaraba” que el organismo estatal denunciado había cometido o cometía una infracción al referido artículo 19 N° 21 de la Constitución, lo que incluso permitía que el infractor siguiera cometiendo la infracción declarada pues ninguna decisión jurisdiccional de imperio se lo impedía. Por su parte, el afectado debía, si quería obtener satisfacción cumplida, acudir nuevamente a la justicia para obtener un amparo proteccional (art. 20 citado) y la orden pertinente de cesar el recurrido en su actividad ilícita. En otros términos, al “legislar” el tribunal supremo sosteniendo que no era una acción de amparo, sino meramente declarativa (no obstante que se tramita de acuerdo con el procedimiento del *habeas corpus*, acción de amparo la más típica), “desinflaba”, “eliminaba”, “destruía”, toda la energía del “amparo” dejándola desprovista de toda eficacia práctica, es decir venía a “derogarla”, *por vía judicial*, siendo que el procedimiento (sea administrativo, sea judicial) es de exclusiva *reserva legal* (art. 7° inciso 1° de la Constitución).

5. Otro tema en que aparece esa idea de “legislar” por vía de sentencias se encuentra en la decisión suprema de establecer que el Alcalde es competente para conocer de los “reclamos de ilegalidad” (art. 151 LOCM 18.695) que afectados interpongan en contra de resoluciones del Director de Obras, autoridad a quien la propia ley referida (art. 24 letra a) N° 2) le otorga potestades “desconcentradas” para otorgar los llamados “permisos de edificación” (que propiamente son “autorizaciones” para construir), potestades de las que carece el Alcalde, situación jurídica que la ley ha dispuesto, y ya desde antiguo, con el claro objetivo de impedir la politización de algo tan técnico como es la materia urbanística en la ciudad. La misma ley general de urbanismo y construcciones (DFL/Minvu N° 458, de 13.4.1976, artículo 12) ha previsto de modo expreso que compete al Secretario Regional respectivo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo resolver las reclamaciones emitidas por dicho Director de Obras²³.

En otros términos, dada las *potestades desconcentradas* de los Directores de Obras de las municipalidades, la ley ha dispuesto un “recurso administrativo” para recurrir en contra de sus resoluciones, al modo de un “recurso administrativo jerárquico” (impropio, en verdad, dado que no hay vínculo jerárquico alguno entre tal Director y este Secretario Regional Ministerial, salvo por tratarse de la materia urbanística), y con un procedimiento administrativo que la misma ley señala (Título III, capítulo 2°, párrafo 1°, de los permisos).

²³Útil es recordar que el texto original de este DFL 458 cit. art. 12 disponía que dicha Secretaría Regional conocía de ello “en segunda instancia”, en vía “administrativa”, obviamente, como un procedimiento administrativo de segundo grado, expresión que fue derogada por Ley N° 19.472, de 16.9.1996.

Ciertamente, el afectado no queda desprovisto de defensas jurídicas frente a la decisión administrativa del Seremi referido, en esta segunda instancia administrativa, que así lo es, porque siempre tendrá abierta la posibilidad de ocurrir ante la justicia ordinaria por las acciones constitucionales y legales que el ordenamiento le otorga, *v. gr.* recurso de protección (art. 20), nulidad de derecho público (art. 7°), amparo económico (según sea el caso), etc. Y el Alcalde se encuentra fuera del tema, porque si carece de potestades para decidir en materia urbanística en cuanto “permisos de construcción” menos podrá tener potestades para conocer de la materia por vía de “recurso jerárquico” (este sí sería propiamente tal) y decidir en segundo grado de lo que carece en primer grado. El hecho de ser el jefe superior del servicio municipal no le habilita para pronunciarse en esta materia porque le ha sido expresamente sustraída al entregarse toda ella al Director de Obras, que si bien jerárquicamente dentro de la escala jerárquica de la municipalidad es subordinado al Alcalde, *no lo es en cuanto al otorgamiento (o negativa) de permisos de edificación.*

Un caso semejante se produce con el Director de Tránsito y Transporte Públicos quien posee “potestades desconcentradas” para otorgar los llamados “permisos de circulación” o “licencias” para conducir vehículos motorizados (Ley N° 18.695 art. 26 letra a). ¿Admitirá la Corte Suprema también que se impugne *v. gr.* la negativa de conceder dicho permiso de conducir (que es jurídicamente una “autorización”) por medio del reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM)?

No obstante la claridad de los textos de la ley de municipalidades (Ley N° 18.695, artículos referidos) y de la ley de urbanismo y construcciones (DFL/Minvu 458/1976 art. 12), la Corte Suprema, sin embargo, a partir aproximadamente de la década del 2000 ha “inventado” la solución de hacer competente al Alcalde para conocer del tema, fundada en que él es el “Jefe Superior del Servicio” desconociendo enteramente la ley vigente y modificándola simplemente por resolución judicial por la pretendida vía de “interpretar” esos textos, “interpretación” que prescinde del texto y “crea” otro sustituyendo aquel. Véanse en nota algunos de estos fallos por vía ejemplar²⁴.

²⁴Respecto de la jurisprudencia recaída en este tema agradezco al colega don Renzo Mondino su gentileza por su colaboración; baste señalar, últimamente, en este mismo predicamento, *Campos Sallato y otros c/Municipalidad de La Reina* (Corte Suprema, 11.6.2019, rol 12.637-2018) en donde tres concejales de ese municipio deducen este reclamo de ilegalidad en contra de este, en razón de que su Director de Obras ha otorgado dos permisos de edificación en terrenos que han sido donados al ente edilicio con cláusulas modales para ser destinados a fines comunitarios y no para construcciones habitacionales. La Corte de Apelaciones de Santiago (20.4.2018) rechazó la pretensión aludida por existir una vía de reclamación especial para impugnar esos permisos, como es la LGUC, artículo 12. La Corte Suprema acoge la casación en contra de este fallo, lo anula y declara procedente la acción intentada por dichos concejales, por cuanto –dice ella– que habrían dos vías para controvertir esos actos administrativos del Director de Obras, aquel de la LGUC y el reclamo de ilegalidad

6. En temas de salud es notoria la actividad de la Corte Suprema en cuanto ordenar el otorgamiento de prestaciones médicas al Ministerio de Salud, o al Fondo Nacional de Salud o a las Instituciones de Salud Previsional/Isapres (instituciones privadas), en casos de las llamadas enfermedades “raras” (infrecuentes) o de cáncer, prestaciones de fármacos de muy alto costo para la mejoría o mantención de esos pacientes, especialmente niños en el caso de aquellas.

No creo que se pueda negar que hay allí –en principio– una intención que se estima humanitaria, proveyendo de medicamentos o tratamientos a esos pacientes que no están en condiciones de adquirirlos²⁵. Pero jurídicamente no puede soslayarse ni escabullirse lo siguiente: ¿en qué queda la igualdad ante la ley, ante y en el Derecho? Porque se le da esa posibilidad de medicarse al que recurre a los Tribunales de Justicia en amparo de protección (art. 19 N° 1, derecho a la vida), pero y ¿en qué quedan los demás pacientes que no han recurrido a ellos, o no pueden hacerlo? Parece olvidar la Corte Suprema una situación semejante que se produjo con el llamado caso de los “dializados”, por la década de los años 80 del siglo pasado, en donde comenzó a acoger las protecciones deducidas por algunos pacientes con el fin de obtener esa prestación de un Hospital público, pero luego advirtió muy sensatamente la injusticia que significaba esa atención preferente de aquellos que habían obtenido sentencia favorable frente a la larga lista de espera de los que paciente-mente aceptaban el turno que les correspondía en esa atención, espera que se prolongaba por meses antes de ser atendidos; ante ello, la Corte comenzó a desechar esas protecciones²⁶.

municipal (art. 151 LOCM), vías que toca al afectado elegir, o bien el recurso administrativo de aquella ley o bien la acción judicial que preve esta. Curiosamente, en ninguno de los dos fallos aparece mención alguna del problema central que existe en el tema, como es parecen desconocer que el Director de Obras referido ha sido dotado por la ley orgánica constitucional de municipalidades (18.695) de “potestades desconcentradas” en la materia, pero ¿sabrán esos ministros qué es la “desconcentración”?

²⁵Vid. entre otros, *Llantén Llantén c/Fonasa* (Corte Suprema, 19.12.2017, rol 43.250-2017) protección acogida; *Vera Stuardo c/Ministerio de Salud* (Corte Suprema, 19.6.2018, rol 8.523-2018) protección acogida; *Díaz Hernández c/Fonasa y otros* (Corte Suprema, 6.11.2018, rol 17.043) protección acogida; *Faraggi Wiehoff c/Isapre* (Corte Suprema, 4.12.2018, rol 23.017-2018) protección acogida; y *Alarcón Aros c/Fonasa y otros* (Corte Suprema, 2.1.2019, rol 25.009-2018) protección acogida. Pueden citarse otros casos de protecciones acogidas, v. gr. *Villa Lezama c/Fonasa* y (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 8885-2019 en Diario Constitucional de 16.7.2019; y muy reciente, *Ligüeno Soto c/Hospital San José*, rol 73.984-2019, en Diario cit. N° 221 de 28.11.2019. Sobre este tema, de interés y reciente vid. V. Tuells, *Interrogantes sobre discapacidad y medicamentos de alto costo. ¿Qué respuestas puede dar una obra social provincial*, en Revista Académica Discapacidad y Derechos (Buenos Aires) N° 7/mayo 2019.

²⁶Vid. a título ejemplar *Sepúlveda Farías c/Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau* (Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 25.11.1987 que acoge la protección deducida y Corte Suprema, 28.12.1987 que revoca y rechaza, en RDJ t. 84/1987, 2.5, 277-284; también

Y no solo ello ya que la discriminación va también por otro lado porque para cumplir con el fallo judicial el Ministerio de Salud y el Fondo Nacional de Salud (organizaciones estatales ambas y ambas integrantes de la Administración del Estado) deben destinar fondos a ese fin, fondos que están asignados a otros compromisos de salud, disminuyendo así las prestaciones en esos rubros, lo que perjudica a esos beneficiarios en provecho de una persona que obtuvo un beneficio especialísimo ante la Justicia; por favorecer a uno se perjudica al todo, a la multitud o a muchos. ¿Es eso verdaderamente justicia?²⁷

Pero, además, lo que aquí sucede es que la Corte Suprema modifica la ley y la Constitución, así de claro.

Efectivamente, hay aquí un prescindir de la Constitución y de la ley violándolas en toda su amplitud creando normas al respecto. Viene a modificarse la Ley de Presupuesto por resolución judicial, siendo que el manejo y aplicación de esa ley corresponde única y exclusivamente al Presidente de la República (art. 62/65 inciso 3° de la Constitución). No se olvide que esta ley proviene del proyecto que el Presidente de la República (insisto, que posee la “iniciativa exclusiva” para ello) debe presentar al Congreso Nacional tres meses antes de la fecha en que debe regir (1° de enero del año siguiente), y ni siquiera el Congreso puede aumentar o disminuir la estimación de los ingresos, el cual solo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto (artículo 64/67 Constitución). Pues bien, para poder cumplir

Agurto Díaz c/Agurto Cárdenas (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 21.11.1998, que acoge y Corte Suprema, 16.3.1998, que revoca y rechaza), en RDJ t. 95/1998, 2.5, 12-16. En el mismo sentido, *Obregón del Camino y otros c/Fonasa* (Corte Suprema, 23.12.2013, rol 12.700-2013, en Revista de Derecho Público Iberoamericano 4/2014, 257-264, comentario nuestro. La Corte Suprema reincide en lo del caso de los “dializados” hace pocos días en *Garrido Retamal c/Hospital Barros Luco* (11.11.2019, rol 23.228) en que ordena se realice por el recurrido una intervención quirúrgica al recurrente que se encuentra en lista de espera por un lapso cercano a los dos años y con 275 pacientes en dicha lista.

Este planteamiento de “sobrepasar” al legislador por la vía judicial y establecer una pretendida “discriminación positiva” que, bajo esa visión, no sería “arbitraria” (recuérdese art. 19 N° 2, ambos incisos, CP), *disto mucho de ser justa* pues privilegia por vía particular a algunos en desmedro de otros o de todos. Si no fuera muy fuerte, me atrevería a decir que en ello se cae muy directamente en una “demagogia judicial”... Sugiero la lectura al respecto del artículo de A.-M. Le Pourhiet (profesora de la Universidad de Rennes I/Francia), *Discriminations positives ou injustice?*, en *Revue Française de droit administratif*/1998, mayo-junio, 519-525, que escrito hace más de veinte años conserva plena actualidad.

²⁷En el plano de personas creyentes, cristianas, se dirá que el planteamiento de la Corte Suprema sería manifestación de la “misericordia”, esa “compasión ante la miseria ajena” (*miseri cordia*/corazón que se conmueve ante la miseria o sufrimiento de otro), que es fruto de la caridad que ha de tenerse con todo prójimo (primer mandamiento del Decálogo); pero no cabe olvidar –dentro de esta misma perspectiva– que para que pueda ser ejercida la caridad debe ejercerse primero la justicia, la cual es supuesto necesario de aquella; primero ha de concretarse la justicia y una vez ella cumplida debidamente podrá venir la caridad, esa misericordia, ese compadecerse (*cum patere*, o sea padecer con) del mal ajeno, y sentirlo como propio en su corazón (*corde*/corazón).

el fallo judicial que ordena al Ministerio de Salud otorgar esa prestación, deberá el Presidente de la República –a través del Ministerio de Hacienda, por delegación– emitir un decreto supremo, sujeto a la toma de razón de la Contraloría General de la República, que modifique la “disposición de fondos”, en cuanto a su “reasignación”; solo así podrá darse cumplimiento a esa finalidad. O sea, por una sentencia recaída en un recurso de protección (artículo 20 de la Constitución), la Corte Suprema modifica pura y simplemente la Ley de Presupuesto de la Nación ordenando al Presidente de la República a reasignar fondos, lo que no aparece contemplado ni en la Constitución ni en la Ley de Administración Financiera del Estado (DL 1273/1975), ni, por cierto, en la Ley de Presupuesto de 2019, ni dentro de las competencias de las Cortes de Apelaciones ni Suprema.

Pero hay más aún.

Si el Congreso Nacional no puede aprobar un nuevo gasto sin que se indique su fuente de financiamiento que permita sufragarlo (véase también el art. 89/100 de la Constitución) ¿cómo puede una sentencia judicial, aun suprema, “crear nuevos gastos” sin que existan fondos para ello, como ha sucedido, por ejemplo, frente a Fonasa, que carece de fondos para asumir el gasto de otorgar prestaciones de remedios carísimos? ¿No es, acaso, autoproclamarse el juez como “legislador” y violar de modo escandaloso textos expresos de la Constitución? ¿No es esto erigirse en directo y desvergonzado sustituto evidente de la Administración del Estado y pretender gobernar asumiendo potestades que la Constitución solo entrega al Presidente de la República? ¿No es esto, precisamente lo que se llama “gobierno de los jueces”? ¿No es esto, propiamente, *una subversión en contra del orden constituido*?

Una cosa es la función de controlar la conformidad a Derecho de un acto, hecho u omisión de un organismo de la Administración del Estado, pero otra muy pero muy distinta es que sin ley alguna que lo prevea “ Cree un juez de la República, un gasto público” no previsto en la Ley de Presupuesto y violando directamente la Constitución, la cual exige que todo gasto público debe tener su fuente de financiamiento, el cual, por lo demás, es de reserva legal y no judicial. Y cuyo manejo y administración corresponde exclusivamente al Presidente de la República²⁸.

²⁸Merece recordarse aquí que la Reforma Constitucional de 1943, Ley N° 7727, de 23 de noviembre, que introdujera tres incisos en el artículo 21 de la Constitución de 1925 (incorporando a la Contraloría General de la República en el texto fundamental), tuvo por finalidad precisamente impedir que el Congreso y sus parlamentarios alteraran con sus mociones de tipo populista y electoreros, el manejo de las finanzas públicas por parte del Presidente de la República, con gastos que no estaban previstos en la Ley de Presupuesto de la Nación, haciendo imposible, con esas interferencias, el ordenado manejo de ellas. Ahora, 2019, a sesenta y seis años de aquella reforma constitucional, se viene a revivir ese pernicioso artificio de imponer a la Administración un actuar que la propia Constitución le ha entregado al Presidente de la República como “reserva gubernativa”.

CONCLUSIONES

Después de haber leído el texto precedente las conclusiones pareciera que afloran de manera muy clara y nítidas. Bajo el pretexto de “interpretar” ciertas disposiciones jurídicas del ordenamiento vigente, se les da no solo un sentido distinto sino simplemente se llega al extremo insólito en contralor y jueces supremos de “inventar” normas que no existen en nuestro Derecho, creación que solo compete según la Constitución al legislador.

Haciendo el símil con la música, es cierto que difícilmente dos intérpretes de determinada obra, me refiero a la música clásica, lo hagan de manera idéntica, pero en lo que no cabe duda alguna es que sí será idéntico su estricto apego a la partitura, respecto de los sonidos que allí están escritos en la caligrafía musical. El intérprete no podrá introducir notas distintas de las que están escritas, ya que significará simplemente que está desafinando o se dirá que no conoce la partitura y, por tanto, es un mal intérprete.

En cambio, aquí, según hemos mostrado en los diversos ejemplos que hemos escogido, lo que ha habido es “inventar” textos que no existen, o sea directamente “legislar” careciendo de la competencia para ello, que la Constitución ha radicado en el legislador, en la ley, porque es de “reserva legal”; o bien se le da al texto existente un sentido del que carecen, o aún se lo aplica de manera torcida con el fin de lograr una finalidad que no está en el origen de las disposiciones que se aplican.

Lo dicho no significa otra cosa que *un abierto desprecio de la Constitución*, un derogarla sin rubor legislando según el propio criterio, y *subvirtiendo claramente las bases mismas del Estado de Derecho* que nuestra Constitución ha estructurado y ha tenido aplicación durante cerca de 40 años. ¿No resulta sintomático que esta verdadera revolución jurídica que se ha venido gestando desde hace algunos años, pueda fácilmente engarzarse con este conato revolucionario que el extremismo de izquierda ha desencadenado en Chile en los meses de octubre a diciembre de este año 2019 en que este autor hacía las notas de este trabajo?²⁹ ¿Y no resulta curioso, acaso, el que

Con razón suele decirse que el “activismo judicial”, asunción por los jueces de atribuciones de que carecen, no es sino una forma descarada de interferir en las políticas públicas que corresponde propiamente establecer y aplicar al gobernante, y al legislador al plasmarlas en las leyes que deben contenerlas, en la medida que así lo estatuya la Constitución y luego corresponde aplicar a la Administración.

²⁹Pablo Monje, miembro del Comité Central del PC, en un artículo del diario El siglo, órgano de ese partido, de fecha 28.10.2019, diez días después de comenzar la violencia incendiaria de metros y supermercados y mobiliario público y monumentos nacionales e iglesias, dice textualmente, “Si esto no es una insurrección ¿qué es? Es hora de definiciones y definiciones revolucionarias. Construir poder popular, poder en la base, el debate, el cabildeo, y la movilización permanente, el juicio a la derecha, y su salida del poder y, como corolario y demanda estructural, el fin del modelo neoliberal, fases de insurrección popular que se van instalando lenta pero inevitablemente”. Imposible más claro. Para quien ha vivido el período aciago 1970-1973, nada nuevo bajo el sol, parece escuchar a los mismos “cabezas calientes”

ese extremismo violentista ha pedido como algo esencial una “nueva” Constitución, sin propiedad privada, sin principio de subsidiariedad, sin Tribunal Constitucional, y con la primacía del Parlamento para legislar a su arbitrio? ¿Estaremos *ad portas* de una nueva revolución de octubre, no de 1917/bolchevique, sino de octubre de 2019, pero igualmente leninista?

de esa época; el discurso leninista es el mismo, ayer, ahora y siempre... Ellos ejecutan siempre la misma partitura, música infernal, de violencia y muerte.

IN MEMORIAM

JUAN DE DIOS VIAL LARRAÍN
(10/8/1924-7/11/2019)

LA PASIÓN POR LA UNIDAD DE LA VERDAD*

Hasta sus últimos días, Juan de Dios Vial Larraín mostró una notable actividad pública y académica llena de vigor, curiosidad intelectual y preocupación por los problemas culturales de nuestra sociedad. Los miembros de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto Chile (del cual fue presidente muchos años) tienen frescas sus lúcidas intervenciones que desplegaba en las sesiones. El 28 de octubre recién pasado comentó con admiración los recientes logros científicos en torno a la inteligencia artificial. Cultísimo, argumentaba con elegancia y gran rigor intelectual, y siempre interesado en los grandes problemas actuales. Su formación intelectual, tras licenciarse en Derecho, se forjó en la acuciosa lectura y diálogo con los grandes filósofos occidentales (Aristóteles, Descartes, Kant, Hegel, Heidegger) y fue un interlocutor respetado y admirado por filósofos contemporáneos, como Robert Spaemann, Jean Luc Marion (a ambos los recibí en la Academia), Gilson, Berti, Polo, Calvo, Llano, Vigo, Miró Quesada, y muchos otros.

Fue ante todo un universitario cabal. Por muchos años fue decano de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica y miembro del Consejo Superior. Cooperó con la Universidad Austral, y en 1990, en los inicios de la Universidad de los Andes. En 1987 asumió como rector de la Universidad de Chile, la cual pasaba por momentos tormentosos y difíciles. Es digno de leerse el discurso pronunciado como rector de la Universidad de Chile en el Acto solemne de conmemoración del centésimo cuadragésimo sexto aniversario de esa casa de estudios, titulado *Autonomía y quehacer de la universidad*, publicado como separata por editorial Universitaria. Obtuvo el premio nacional de Humanidades y Ciencias Sociales. El jurado justificó el otorgamiento de ese premio con una declaración que compendia su brillante trayectoria: por “la calidad de la obra del profesor, quien ha destacado la influencia de la filosofía clásica en el mundo de hoy y analizado en profundidad el pensamiento de Aristóteles, Platón, Descartes, Kant y otros pensadores como pilares de la cultura occidental (...) se consideró la trascendencia que ha tenido su contribución intelectual en el plano nacional e internacional y su dedicación a la vida universitaria y a la formación de discípulos y alumnos a lo largo de su carrera académica”.

Autor de 14 libros, profundos, densos y de gran calado metafísico. Menciono, entre otros, *La metafísica cartesiana*; *La filosofía de Aristóteles como Teología del Acto*; *Descartes: Meditaciones metafísicas*; *La estructura metafísica de la Filosofía*; *La*

*Publicamos el estudio que el profesor Jorge Peña Vial a raíz de su fallecimiento.

vía de la verdad. El discurso metafísico, publicado tanto por ediciones Universidad Católica como por Editorial Universitaria.

Quisiera centrarme en lo que a mi parecer constituye su principal legado filosófico: pasión por la unidad del saber. Ese saber unitario y sapiencial fue el que descubrió Aristóteles en su obra *Metafísica*; saber de ultimidades que muchos se empeñan en levantar acta de defunción, pero que inevitablemente siempre renace porque el hombre constitutivamente es un animal metafísico. Me parece que el rasgo característico del talante intelectual de Juan de Dios Vial Larraín es su pasión por la unidad de la verdad. Desconfía y, hasta por así decir, menosprecia las perspectivas parciales, especializadas, acantonadas en la rígida departamentalización de las disciplinas y busca una visión unitaria e integradora de la realidad. Es por ello que su pensamiento solo se encuentra a sus anchas en los ámbitos de la metafísica. Ella le permite comprender de modo articulado y jerárquicamente organizado la totalidad de lo real. No se pierde en nimiedades accidentales, en vana erudición, en sutilezas filológicas, sino que sabe ver en cada una de las obras cumbres de la filosofía el eco de los problemas fundamentales maravillosamente compendiados y modulados desde esa obra concreta en la que quedaba paradigmáticamente fijada una perspectiva determinada. Con énfasis y reiteradamente insistía en que esas obras canónicas de la historia de la filosofía son muy pocas, que se pueden contar con los dedos de la mano, que solo ellas son merecedoras de nuestra atención y que se debe tener la audacia y la confianza en nuestras propias capacidades para afrontarlas directamente, sin ningún tipo de mediación, prolegómeno o introducción vía manuales o profesores, por muy didácticos que estos fuesen. Esas obras canónicas nos permiten iluminar los problemas actuales.

Un pensamiento metafísico. El talante metafísico del pensar de Juan de Dios Vial Larraín lo lleva a no perderse en cuestiones marginales e ir siempre a esa visión unitaria y esencial de las cosas. Lejos de la delimitación impecablemente formal de las disciplinas perseguía la unidad de la verdad. Me acuerdo del desconcierto que provocó en ciertos puristas de lo estrictamente filosófico que asistían a un congreso en España, cuando el profesor Vial transitaba sin solución de continuidad, al hablar de la noción de persona, entre el ser en Aristóteles y el Dios-Amor del Evangelio de San Juan. Si bien reconocía que las perspectivas eran diversas, sabía encontrar el hilo coherente en el que coinciden los grandes pensadores en la búsqueda de la verdad. Esta búsqueda de la unidad de la verdad es lo que llama “la estructura metafísica de la filosofía” y lo que le permite hacer converger a los principales filósofos. Lo cito: “¿Cómo se inicia y por dónde pasa, entonces, el discurso metafísico de la filosofía que vemos originarse en el complejo de los Diálogos, adquirir un cuerpo definido en la *Metafísica* de Aristóteles, proyectarse en la escolástica medieval y renovarse modernamente en el pensamiento de Descartes y Kant hasta llegar a Hegel y Heidegger? ¿Cómo se teje la red de la filosofía, que arrastra en su continente casi invisible todo el juego del pensamiento que se configura en las ciencias, pero que opera ya en las formas más comunes de hablar? Queremos intentar una respuesta a esta pregunta e iniciarla con el análisis del Fedón platónico para proseguirla con Teeteto y Sofista; con la *Metafísica* y el *De Anima* de Aristóteles; con las *Meditaciones* de Descartes; y con Kant y Heidegger, finalmente. Una respuesta que no pretende ser historia, pero que, sin ignorar la historicidad del cuerpo intelectual de la filosofía, aspira a comprenderlo en su unidad, tal como brilla en la individualidad de las obras. Esto es lo que se quiere decir al

hablar de estructura metafísica de la filosofía”. Ante una mirada superficial, la empresa de buscar y determinar dicha estructura podría sugerir que estamos frente a una rápida y mera panorámica filosófica, pero conforme se adentra uno en sus libros se adquiere conciencia de que allí se ha dado con el hilo central y nuclear de esos grandes pensadores, que dicho hilo está del todo contenido en esos densos, tranquilos y profundos párrafos, y que lo que se puede agregar respecto de ellos es mera erudición accidental. Se tiene asimismo la reconfortante impresión de que aquello sobre lo que han discutido los grandes pensadores gira en torno a las mismas cuestiones fundamentales, esas que constituyen el cañamazo decisivo con que se teje el pensar occidental a lo largo de su historia.

Lo mismo se puede apreciar en el párrafo que extraigo de su obra *Razón de existir*: “Voy a concluir estas palabras, con las que he querido expresar mi compromiso intelectual, precisando que no es este un platonismo ni un aristotelismo ni un cartesianismo ni un heideggerismo, sino algo que desde el Fedón platónico, la Metafísica de Aristóteles, las Meditaciones Metafísicas de Descartes, Ser y Tiempo de Heidegger, aspira a recoger lo que clásicamente se llamó metafísica, una dimensión del saber que nuestro tiempo reclama y que me atrevería a definir así: una filosofía acerca de la verdad del ser”.

Esta pasión por la unidad lo lleva a rechazar el troceo, por así decir, de los grandes filósofos en divisiones escolares y artificiales que rompen la unidad e interna articulación de una obra filosófica. Recuerdo que en una ocasión me preguntó en qué estaba trabajando, y le dije que quería especializarme en temas de Antropología filosófica para poder impartir esa asignatura. Sin titubear y con el tono categórico que lo caracteriza y le otorga ascendiente y autoridad, me comentó: “¡No existe la Antropología Filosófica!”. Ante mi desconcierto, añadió: “¡Esas son invenciones de los profesores de filosofía! Pero no te preocupes –dijo para tranquilizarme– tampoco existe la ética, la teoría del conocimiento, la lógica, la política. Lo que hay son las obras de Aristóteles o de Platón, de Hegel o Heidegger. Pero en vez de abordarlos unitariamente vienen los profesores y académicos que estudian lo que estos autores dicen sobre ética, lo que suscriben sobre el hombre, teoría del conocimiento, etc., abstraen de un conjunto significativo y unitario esas materias, encasillan en divisiones artificiales ciertos contenidos y con ello pueden justificar sus cátedras”.

Claramente, Juan de Dios Vial Larraín no era un mero profesor de filosofía, sino un verdadero filósofo que siempre quiso dialogar directamente con los grandes pensadores. Muchas de sus obras se plantean de este modo: comentar directamente al autor, evitar todas las mediaciones, y enfrentarse directamente con el texto, con su significado y sentido. Aparentemente oculto tras esas grandes luminarias, desarrolla una creativa labor hermenéutica en la que siempre sabe encontrar el hilo conductor de profundos y originales alcances metafísicos.

Creo que esta pasión por la unidad de la verdad es un rasgo característico de su vida y de su pensamiento. En él se detecta precisamente esa coherencia y conjunción entre vida y pensamiento, de logos y acción, de lo teórico y lo práctico, de lo universal y concreto, de lo público y privado. Enseña haciendo transparente su vivir que es, en gran medida, un vivir para el saber, para el pensamiento. Ajeno al coqueteo fragmentario de la filosofía posmoderna, a cualquier esteticismo lúdico o devaneo literario, su filosofía tiene gran fuerza y envergadura metafísica, cosa no habitual, por no decir muy escasa, en nuestros días. Sus abundantes escritos, breves por su gran precisión y densidad, donde no hay rellenos ni planteamientos

superfluos, están dotados de una precisión y rigor intelectual que los convierte en una verdadera escuela de pensamiento.

Verdad y libertad. Apreciamos que por todas partes existe un anhelo de unidad que integre estas dimensiones artificialmente separadas, ya sea por el análisis o por un pretendidamente pacífico reparto de territorios. Se anhela reparar las rupturas entre ciencia, cultura y sabiduría, entre *praxis* y *poiesis*, técnica y ética, arte y moral. No se ve por qué deben estar en permanente conflicto ni darse continuas relaciones conflictivas entre la verdad, el bien y la belleza. No hay acción educativa posible ni propuesta de ideales magnánimos y valiosos sin coherencia ni unidad de vida. Esta se fundamenta en la congruencia entre lo que se dice, lo que se hace y lo que se es.

Juan de Dios Vial considera que la teoría pertenece a la índole de la inteligencia humana y así como brilla por un lado en la ciencia, del mismo modo sostiene últimamente la acción moral tal como puede ser comprendida por la propia inteligencia. Asimismo, al abordar la *Veritatis Splendor* acierta a destacar su intención dominante de “erradicar ja libertad de su relación esencial y constitutiva con la verdad”. Comentaré: “Roto este nexo, la verdad se vacía y pierde todo sentido. La libertad, a su vez, se dispara sin destino. Escepticismo y nihilismo vienen de la mano. (...) Roto el vínculo con Dios, la libertad se torna un absoluto que por sí mismo crea la verdad y pasa a ser, ella misma y en virtud de su fuerza, de su poder, la última fuente de los valores morales”.

La unidad en los temas y en la búsqueda de la verdad en los grandes pensadores, pero también la búsqueda de congruencia y unidad entre teoría y práctica, de contemplación y acción, de logos y vida, de libertad y verdad; esta pasión de lo que hemos llamado la unidad de la verdad en todos los ámbitos y dimensiones, tanto teóricas como prácticas, privadas como públicas, de coherencia y de unidad de vida, recorro y empapa tanto su personalidad como su obra filosófica.

JORGE PEÑA VIAL* **

*Decano de Filosofía y Humanidades, Universidad de los Andes. Con su gentil autorización. Publicado en *El Mercurio*/Stgo. de Chile, 10.11.2019, E-4.

** (NR.) La obra del Profesor Vial Larraín se encuentra en *Metafísica cartesiana*. Editorial Univwesitria-ditorial Andrés Bello. Santiago de Chile. 1971; *Descartes, Meditaciones metafísicas*. Selección, glosas y selección. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1974 (2a. ed. 1981); *Kant, Crítica de la razón pura*. Selección, glosas y selección. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1876 (2a. ed. 1983); *La filosofía de Aristóteles como teología del acto*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1980; *Una ciencia del ser*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 1987; *Breve tratado de filosofía moral*. Ediciones Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 1993; *Una teoría de la inteligencia*. Ediciones Facultad de Filosofía de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 1993 y *Estructura metafísica de la filosofía*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 1997. También en más de doscientos artículos en revistas especializadas, conferencias, prólogos e incluso en el *Mercurio* (Artes y Letras). En nuestras Conferencias Santo Tomás de Aquino esta Universidad ha sido honrada con dos conferencias, Lo justo en Aristóteles, en “El Derecho como artes de lo justo”. Conferencias de 1998, vid. pp. 13-22 y Verdad y libertad, en “La moral hoy”, Conferencias del 2002, pp. 13-20.

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. GRATITUD COMO ACTITUD

*Nos hace bien mirar con profundidad
para agradecer y responsabilizarnos*

No solo Chile celebra en septiembre sus fiestas patrias en recuerdo de aquella primera junta de gobierno en que, como pueblo unido y consciente de su identidad, apoyó al entonces rey de España al perder su trono. También otros países rememoran eventos parecidos. Todos comparten sus celebraciones culturales y patriotas que, en ambiente festivo, acercan entre sí a sus habitantes creando un ambiente de especial fraternidad con el deseo de que durara no solo unos días, sino todo del año. Precisamente inserto en ese ambiente festivo, quien lo mira con profundidad descubre, como un genuino tesoro, lo originario de la patria desde sus fundamentos y que, en medio de sus luces y sombras, la sigue conformando. Esa mirada ha de ser capaz de captar algo tan esencial que, como recuerda el Principito, es invisible a los ojos. Chile es una hermosa nación con una vocación no menos especial. Su identidad se conforma en la unión de diversos pueblos y razas en torno a un fin común que le sirve de norte y de criterio de actuación. La belleza de su naturaleza y de su privilegiado enclave geográfico permiten a sus habitantes y visitantes disfrutar con deleite de esta “copia feliz del Edén”. El Creador, según cuenta una bonita leyenda, fue colocando en Chile todas estas maravillas que alberga desde el desierto norteño a los hielos del sur, pasando por las blancas cordilleras y los fecundos valles que nos alimentan. Y a su gente la hizo acogedora, luchadora, sensible y, por qué no, profundamente religiosa.

De ahí, que de la mirada profunda que descubre este tesoro broten dos actitudes importantes. La primera de gratitud al ser consciente de haber recibido un regalo inmenso sin méritos propios, y de haberlo recibido gracias al amor de Dios. Y, en segundo lugar, de responsabilidad para cuidar, embellecer y dirigirlo adecuadamente para cumplir su misión. En efecto, la conciencia de haber recibido gratis, exige la obligación de la gratitud, de devolver algo de lo recibido, como si fuera un trueque desigual o de una “deuda moral”, como lo llama Santo Tomás de Aquino.

De esta virtud de la gratitud afirmaba: que “el mismo orden natural exige que quien recibe un beneficio se sienta movido a expresar su gratitud al bienhechor mediante la recompensa, según su propia condición y la de aquel” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 106, a. 3, in c). El agradecimiento ha de poder transformarse en afectos y en dones, aunque la recompensa dependerá de acuerdo al deber contraído, los medios disponibles, la utilidad, las condiciones y circunstancias. Por eso la gratitud puede concretarse de muchas formas: desde una sencilla palabra de gratitud, un gesto, un reconocimiento, un regalo material o espiritual, hasta un consejo

o una corrección, y, por supuesto, al poner los propios talentos personales a su servicio, al servicio de Chile.

Y si es verdad que recibimos bienes gratuitos de las personas que nos aman, y de la patria que nos acoge, lo es en mayor medida que los recibimos más numerosos y con mayor razón de Dios, que, sin necesidad alguna y por puro amor, nos regaló la vida y nos la mantiene cada segundo, junto con nuestras capacidades y talentos.

De ahí que adquiera especial sentido, pues, el tradicional acto del *Te Deum* que, más que una enumeración de los desafíos o problemas, es, etimológicamente, una acción de gracias al Dios de la vida por sus dones y por todos los bienes que nos permite experimentar. Nos hace bien, por eso, superar el inmediatez para recuperar una mirada profunda que rescate lo positivo, no por falsa complacencia, sino como entusiasmo ante el bien y la tarea encomendada, frutos de la consciente gratitud y responsabilidad.

II. EL HORIZONTE QUE ALBERGA LA CRISIS

*La trascendencia que se abre a la vida eterna
ofrece un sentido especial*

El sentido común recomienda vivir día a día los acontecimientos, especialmente en momentos de cambios, para así dar respuestas atinentes a las contingencias que suceden. Con cuánta verdad podemos aplicarlo ante lo que estamos viviendo en Chile estos días. Esa capacidad de responder día a día no impide, más bien requiere de un horizonte o marco de fondo en el que se enmarquen las decisiones y que permite hilvanar y seguir el hilo que da continuidad a la vida. En efecto, nuestra vida en el tiempo y nuestras decisiones no son momentos aislados entre sí, sino que forman parte de un continuo que da unidad a cuanto vivimos. Cada vida, cada historia o cada sociedad no se crean o reinventan desde cero, sino que proceden de una historia y se proyectan hacia un futuro. Por eso sentimos inseguridad cuando cae algo de ese marco total.

Sin lugar a dudas, hay un marco que compartimos todos: el de un proyecto de vida orientado a la felicidad y la plenitud –personal y social–, al bien personal y común. Para conseguirlo nos servimos de diversos medios –aunque no cualquiera es adecuado, pues a veces creemos que sirve cualquier cosa para conseguir lo que pretendemos–. Pero no debiera ser así, pues, por muy bueno que sea un fin, no justifica usar medios malos (como la violencia, la mentira, el robo, atentar contra la vida y la dignidad de otras personas). Qué duda cabe que nuestros trabajos y estudios son algunos de los medios adecuados, que además de ayudarnos, nos permiten además dignificarnos y perfeccionarnos como personas. Pero el trabajo y el sueldo no agotan ese marco.

Por eso, llegados a este punto quiero incorporar algo fundamental a ese horizonte de la vida, que es el que nos recuerda la fiesta del próximo 1 de noviembre de Todos los Santos y, la que le sigue, nuestros fieles difuntos. Precisamente nos recuerda, en primer lugar, que la vida dura un tiempo limitado hasta su término

en el que se abre otra perspectiva: la de la eternidad, una vida que sigue fuera del tiempo. Esto, que en teoría sabemos, se nos suele olvidar, pero nos lo recuerdan las muertes cercanas en circunstancias inesperadas o trágicas. Así es, esta vida es un camino o una especie de peregrinación hacia la eternidad, pero no por eso hay que descuidar el embellecerla y hacerla lo más agradable y buena posible.

Otra cosa que nos recuerdan estas fiestas es que los santos ya han llegado a la felicidad plena del cielo, y descansan y gozan de Dios, lo más hermoso que existe, y en Él, de todo lo bello y amable. De ellos dice Santo Tomás, “que todo santo que goza de la bienaventuranza está colocado a la derecha de Dios” (*Suma Teológica*, IIIa, 58, a. 4, ad 2). Ellos han pasado su vida haciendo el bien y buscándolo para los demás, a pesar de sus debilidades y caídas. Por eso entre los santos destacan héroes de la caridad y la justicia, entregados a los necesitados de todo tipo, amantes de Dios y la verdad y fieles comunicadores suyos. Su vida nos recuerda, así, que es posible hacer el bien, resistiendo al señuelo de lo fácil, lo inmediato o seguir la masa. Pues, aunque el bien es hermoso, no siempre es fácil de conseguir. Su recuerdo trae otro beneficio: además de ser ejemplo en nuestra peregrinación, “como los santos del cielo son lo más cercano a Dios [...] los elegimos como intercesores nuestros ante Dios y como mediadores” (*Ibid*, suplemento, q. 72, a. 2, in c).

El horizonte de la trascendencia que se abre a la vida eterna ofrece un sentido especial al caminar diario, incluso en medio de crisis y dificultades, de desencantos y alegrías. No caminamos solos.

III. ORDEN Y PAZ, EXTERIOR E INTERIOR

La paz es producto del orden, y, por su parte, el orden genera paz, pero hay que quererlo con eficacia

A Santo Tomás de Aquino varios historiadores le han denominado “maestro del orden” y en estos momentos, en que el orden es necesidad prioritaria, por lo que es bueno aprender de él y recibir su orientación para poder ordenar mejor tanto lo exterior como lo interior.

El orden es la adecuada colocación de algo, que implica priorizar lo más importante y a continuación lo siguiente con vistas a lo que se busca o pretende. Hay un orden en la naturaleza, como el sucederse de los días y las noches o de las estaciones, o el del ciclo vital; y otro que nosotros, en la calidad de personas inteligentes, otorgamos a las actividades y a las cosas, como el profesional que ordena su actividad laboral para dar término a las tareas más urgentes sin las cuales no se puede avanzar.

Pues bien, para establecer ese tipo de orden hace falta poder identificar con claridad el criterio ordenador o fin que se persigue y consecuentemente los medios más adecuados para tal fin u objetivo. En ese sentido, para ordenar se necesita la inteligencia práctica, es decir, la capacidad de razonar desde lo prioritario y de aplicarlo a la toma de decisiones; y es justamente la virtud de la prudencia la que permite discernir y escoger rectamente los medios. Esto ayuda a distinguir medios

adecuados de los que no lo son, es decir, los que son racionales porque responde a la razón del ser humano que discierne lo que es bueno como personas. De ahí que no todos los medios sean igualmente razonables ni adecuados.

Es conocida la frase atribuida a Maquiavelo de que “el fin justifica los medios” por la que se justifica o valida cualquier tipo de medio con tal de conseguir lo que se busca. Sin embargo, para Tomás de Aquino y los filósofos clásicos, hay que discernir también sobre la moralidad de los medios, pues no cualquiera es válido para conseguir el fin: por ejemplo, aunque sea por un pretendido buen fin, no es legítimo matar a un inocente, ni violentar o coaccionar personas ni vandalizar espacios ni obras públicas ni privadas. En ese sentido, la prudencia nos ayuda a ordenar y discernir, especialmente en momentos de desorden o de caos, sin dejarnos llevar de impresiones o pasiones que pueden cegar y hacen perder la objetividad.

Todos necesitamos de esta virtud, no solo los gobernantes, pues todos debemos tomar decisiones en algún momento y tenemos cierta autoridad en algún ámbito social o personal. En relación al fin de una sociedad, que es la búsqueda conjunta del bien común, la prudencia ayuda al gobernante a discernir, como condición para todo lo demás, los medios más adecuados para lo más importante y fundamental: que es una convivencia en paz. La paz es fundamental para el orden social, porque sin ella no es posible ninguna relación adecuada en la sociedad. Por eso es la base del bien común y la autoridad que vela por este bien común de la sociedad, debe poder asegurar este mínimo con las medidas adecuadas, siempre razonables y en concordancia con la dignidad de la persona. Y cada uno en su nivel tenemos la responsabilidad de resguardar esa paz, que se construye desde el recto orden, en el que cada cosa está en su sitio, y cada actividad se desempeña de acuerdo a su misión específica. Solo así puede haber armonía y concordia.

Por eso: “se precisan tres requisitos para que la sociedad viva correctamente. El primero es que la sociedad viva unida por la paz. El segundo es que la sociedad unida por el vínculo de la paz sea dirigida a obrar bien [...]. En tercer lugar, se requiere, por la diligencia del dirigente, que haya suficiente cantidad de lo necesario para vivir rectamente” (*Suma Teológica*, II-II, q.58, a.9, ad 3).

La paz es producto del orden, y, por su parte, el orden genera paz. Pero no se improvisa: hay que quererlo con eficacia, con fortaleza y hasta con valentía.

IV. LA PUJANTE ESPERANZA: NAVIDAD Y NUEVO AÑO

*Es realismo reconocer nuestras esperanzas y limitaciones,
abiertas a Alguien que nos ofrece liberarnos*

La esperanza es la actitud o la disposición habitual por la cual confiamos lograr algo bueno o deseable en un futuro, a largo o corto plazo, altamente probable. Cuando no se espera algo bueno a futuro, o hay pocas expectativas de lograrlo,

se genera desesperanza, mientras que el que vive con esperanza, mantiene la juventud espiritual. Pues bien, al celebrar en Navidad al que vino a traernos la felicidad suelen generarse esperanzas, que se prolongan de manera natural durante la octava de esta celebración hasta el 1 de enero, en que culmina y abrimos un año nuevo, cargado de deseos. Tales esperanzas tienen en común el deseo de una vida mejor, de logros personales o sociales de orden material o espiritual, o esos anhelos profundos de ser mejor persona de una vez y superar los vicios o defectos que dificultan las cosas... En el fondo, aunque no le demos ese nombre, seguimos anhelando ser salvados: de los males que nos aquejan, de la pobreza, de las injusticias, de nuestras miserias o vicios. Precisamente es la experiencia del bien y el mal presentes en nuestras vidas, interior y exteriormente, la que agudiza el anhelo de felicidad y se traduce en la esperanza de una salvación.

Pues bien, al acto desordenado que nos aparta del bien o nos impide perseverar en él, y a esa debilidad y desorden interior habituales contra los que debemos luchar una y otra vez, la tradición judeo cristiana le da el nombre de pecado. Por eso, en el fondo, de lo que todos esperamos ser librados es del pecado. Basta abrir los medios de comunicación, plagados de noticias de actos inmorales o de los intentos por superarlos, para saber que eso que llamamos pecado, es actual. Incluso también cada uno, al examinar su conciencia, tiene experiencia de no obrar siempre como debiera y de sentir a veces grandes impedimentos para hacerlo -que brotan de la pereza, egoísmo o impaciencias.

Y, sin embargo, seguimos esperando, a pesar de todo, que algún día lo conseguiremos. Y la razón por la que no se apaga esa esperanza, a pesar de nuestras caídas o malas experiencias, es porque contamos con ayudas; por un lado, de otras personas que, de una u otra manera y con limitaciones, nos impulsan a dar lo mejor y, por otro, de una certeza muy arraigada en el corazón del ser humano: El que haya puesto en nosotros esos deseos de plenitud y de felicidad perfecta, ha de poder realizarlo en nosotros.

Ese deseo presente en la historia de la humanidad se concretó hace más de dos mil años con la venida del Salvador, que, por ser Dios, nos ofrece la gracia necesaria para superar nuestra debilidad e inconstancia, y, por ser uno del género humano, se presenta como modelo de vida: Camino, Verdad y Vida. Por eso guardan relación lo que celebramos en Navidad y las expectativas del nuevo año: porque cada año se nos regala como un don lo que necesitamos para vivir liberados y en plenitud. Se nos brinda una ayuda proporcional a los anhelos, que es la gracia de Dios: gracia porque nos es regalada gratuitamente y de igual manera ha de acogida, y divina porque procede de Dios y nos une a Él.

Santo Tomás acertó a explicar esta necesidad ante la dificultad de perseverar solos en el bien: "El ser humano necesita también del auxilio de la gracia divina para perseverar en el bien. En efecto, todo lo que de suyo es variable, necesita del auxilio de un motor inmóvil para afianzarse en una sola cosa. Ahora bien, el hombre varía tanto del mal al bien como del bien al mal. Luego para que permanezca fiel [inmóvil] en el bien, que es lo que se llama perseverar, necesita del auxilio divino" (*Suma contra los Gentiles*, Libro III, cap.155). Y como el mejor camino es el del amor, la mejor manera de recibir su ayuda es haciéndose amigo de Dios, que es la fuente de la felicidad.

No es pesimismo, sino sano realismo reconocer nuestras esperanzas y limitaciones, pero sin encerrarse en sí mismas, sino que se abren a Alguien más grande que nos ofrece su Manita de Niño para liberarnos. Esa es la Navidad, la del 25 de diciembre, la del Año Nuevo y la de cada día.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía. Directora de Formación General. Universidad Santo Tomás.

REFLEXIONES ÉTICAS

I. SU DIOS ES EL VIENTRE

El Día publicó una nota mía que dio mucho que hablar; su título era “La fornicación”. La extrañeza era comprensible: la predicación omite el tema desde hace tiempo, y los católicos que asisten a misa no oyen decir nada acerca de los diez Mandamientos; menos todavía del sexto: nada de nada. En un matutino porteño, un periodista especializado en cuestiones religiosas encabezó así su comentario: “Molestia en la Iglesia por las expresiones de Mons. Aguer”. Había consultado, según aseguraba él mismo, a “un obispo del conurbano”, “otro obispo” y “sectores eclesiásticos”. Ellos eran “la Iglesia”. Por mi parte, recibí cerca de cien mensajes de aprobación y gratitud. El argumento de todos era: “por fin un obispo habla”. Evoco aquel caso porque al artículo que ahora presento podría estamparle como subtítulo “La fornicación II”.

En aquella publicación me ocupaba del hecho “según la naturaleza”, es decir, como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “tener ayuntamiento o cópula carnal fuera del matrimonio” (se sobreentiende: entre varón y mujer). Habría que vivir en la luna para no reconocer que esa violación del sexto precepto del decálogo de la Torá hebrea, tal como lo entiende la Iglesia Católica, se ha convertido en una costumbre muy extendida; ¿exagero si digo prácticamente general? Los adolescentes, que apuran cada vez más su iniciación sexual, no bien se ponen de novios (lo que se entiende actualmente por noviazgo) se ejercitan en la fornicación. Descarto ahora los abominables casos de violación y abuso; me refiero a lo que se practica libremente. Me consta que hay muchachos y chicas, buenos cristianos, que con la gracia de Dios excluyen ese comportamiento generalizado que se ha hecho “cultura” y viven castamente; tienen valor y están exentos de vergüenza por no hacer “lo que hacen todos”.

Hoy deseo exponer sobre lo que podría llamarse fornicación *contra naturam*, o sea, el ejercicio de la relación homosexual. En el ámbito clásico y en el griego del Nuevo Testamento, se dice *pornéia*; originalmente el término significaba prostitución, pero extendió su sentido para abarcar toda acción deshonesta por el uso ilegítimo de la potencia sexual. Las campañas de promoción de la homosexualidad excluyen, obviamente, toda consideración ética; se han convertido en una ola capaz de sumergir a la opinión contraria, la que afirma la existencia de una naturaleza humana que exige determinados comportamientos. El gobierno anterior ha introducido en el ordenamiento legal argentino el “matrimonio igualitario”; el de Cambiemos se ha convertido en un puntal de la propaganda gay, sobre todo el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declarada *gay friendly* y que exhibe los multicolores característicos en el obelisco.

Antes de adentrarme en una descripción crítica de la publicidad progay, debe quedar en claro mi respeto y aprecio de todas las personas, también las que expe-

rimentan la inclinación homosexual. El *Catecismo* de la Iglesia Católica establece una distinción entre la tendencia y su ejercicio; aparece allí una explicación que no puede ofender a nadie, y a la vez se recuerda que los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados, objetivamente pecados graves. Conviene recordar, además, que –como dice el *Catecismo*– el origen de la tendencia no ha sido totalmente esclarecido. Hasta hace pocos años los catálogos publicados por la autoridad médica mundial incluían a la homosexualidad entre las enfermedades mentales. Sigmund Freud se acerca a la doctrina católica al sostener que la sodomía y el onanismo son perversiones e impudicias que menoscaban la cualidad personal del cuerpo humano en la relación sexual. Los nombres de esas conductas antinaturales proceden de la Biblia. La sodomía era un vicio universal entre los habitantes de Sodoma, según se indica en varios capítulos del libro del *Génesis*. El episodio central ocurre cuando dos misteriosos visitantes llegan a casa de Lot, el sobrino de Abraham. Dice el texto: “Aún no se habían acostado, cuando los hombres de la ciudad, los hombres de Sodoma... llamaron a Lot y le dijeron: ¿Dónde están esos hombres que vinieron a tu casa esta noche? Tráelos afuera, para que nos acostemos con ellos” (*Gén.* 19, 5). Como es sabido, el castigo divino consistió en que Sodoma fue destruida por el fuego. Según *Génesis* 38, Onán, incumpliendo la ley que obligaba a suscitar descendencia a su hermano Er, ya muerto, cuando se unía a su cuñada Tamar, a la que había tomado por esposa, “derramaba el semen en la tierra. Su manera de proceder desagradó al Señor, que lo hizo morir”.

La propaganda gay es accesible a todos, también a los niños, en internet. Varios usuarios de aplicaciones de Google me han brindado estos datos. Los videos de diversa duración están protagonizados por actores dedicados a la pornografía, aunque se exhiben también filmaciones domésticas. Se rompe el estereotipo del homosexual afeminado; es cosa de varones esbeltos y musculosos que practican el culto del cuerpo, con una característica preponderante: el tamaño enorme del miembro viril, al cual designan con diversos nombres de una jerga propia de esos ámbitos reservados. No es este un detalle secundario, sino un dato fundamental en los numerosos videos sobre el tema.

Entre paréntesis: en su *Nuevo Diccionario Lunfardo*, José Gobello registra no menos de diez términos nuestros, porteñísimos, para nombrarlo, que no coinciden con aquellos esotéricos. El único que figura en el Diccionario de la Real Academia es “verga”, que en su primera acepción se define: “miembro genital de los mamíferos”. Esta amplitud sugiere simplemente la animalidad, no lo específicamente humano. En las escenas divulgadas no aparece un amor auténtico entre las personas (no muestran eso los actores), sino la búsqueda de placer, muchas veces en pulsión desesperada. Se repiten la penetración bucal y la anal, y la masturbación que las acompaña. Suele llamarse sexo oral a la felación, nombre que procede del latín clásico; Plinio empleaba *fellator* para nombrar al que mama o chupa. Según me refieren, en algunas filmaciones el onanismo llega a extremos repugnantes. Esos límites no parecen comportamientos propiamente humanos, y exhiben la inmoralidad de escindir la doble dimensión de la relación sexual, que ha de ser, según la naturaleza humana, expresión física del amor y apertura a la transmisión de la vida; lógicamente pues entre varón y mujer. Las descripciones que acompañan a los videos son obscenas y banalizan la realidad noble, bella y sagrada de la sexualidad humana. Se ofrecen también sugerencias aberrantes: entre padre e hijo, entre hermanos, tío y sobrino, y otras combinaciones igualmente

perversas. Abundan, asimismo, los actores infantiles, que actúan profesionalmente. ¿Y sus padres? Estarán orgullosos y ganarán plata.

En su *Carta a los Filipenses*, el apóstol Pablo exhorta a los cristianos a ser fieles a su ciudadanía celestial; ellos ya en su vida terrena anticipan el destino que les espera, el cual incluye la transformación gloriosa del cuerpo a semejanza del cuerpo glorioso de Cristo resucitado. De esta convicción se sigue que, como el mismo Pablo escribe en otra de sus cartas: “el cuerpo no es para la fornicación, sino para el Señor, y el Señor es para el cuerpo” (1 *Cor.* 6, 13). No nos resulta fácil gobernar las pasiones, contenerlas y encauzarlas para que cumplan de modo plenamente humano su función natural; siquiera para intentarlo es preciso conocer qué somos, quiénes somos y cuál es el sentido de nuestra existencia en la tierra. La escritura apostólica continúa: “yo les advertí frecuentemente y ahora les repito llorando: hay muchos que se portan como enemigos de la cruz de Cristo. Su fin es la perdición, su dios es el vientre, su gloria está en aquello que debería avergonzarlos, y solo aprecian las cosas de la tierra” (*Fil.* 3, 18-19).

Algunos exégetas interpretan “su dios es el vientre” como una referencia crítica a la glotonería. Otros, en cambio, entienden el original griego *koilia* como “el bajo vientre”; el pasaje sería entonces una advertencia contra el desarreglo sexual. Así comprendida, la actualidad de esta palabra bíblica es impresionante: para muchos sumergidos en la cultura fornicaria –y aun progay– que se impone en nuestra sociedad, “su dios es el vientre”. Digamos con mayor precisión: su dios es el cuerpo, al que rinden pleitesía, y mejor aún: su dios es el largo apéndice de los muchos nombres. Quizá entre esos actores, y quienes les siguen para procurarse excitaciones, haya personas bautizadas. No está de más recordar, como lo hacía el Apóstol en el siglo I, que ellos han sido lavados en el bautismo y destinados a la resurrección de sus cuerpos. La condición es que no se conviertan en “enemigos de la cruz de Cristo”, y crean en el Dios vivo y verdadero, del cual nadie se burla (*Gál.* 6, 7). Es difícil calibrar el efecto de semejante reducción de la vida y el amor a esos vicios atractivamente presentados, pero la curiosidad puede llevar a muchos incautos a quedar atrapados en la aceptación de los comportamientos contra la naturaleza. Sobre todo si por el contagio de la cultura vigente, piensan como postulaba Jean-Paul Sartre: “si Dios no existe, todo está permitido”.

Horresco dicens: me causa horror decir esto, pero es la verdad, y alguien tiene que recordarla. Espero que nadie se moleste por mis expresiones.

HÉCTOR AGUER*

II. LA NATURALIZACIÓN DE LO ANTINATURAL

Uno de los datos definitorios de la cultura que va imponiéndose globalmente es la negación del concepto y la realidad de la naturaleza. Esta negación es de carácter metafísico, con una proyección inmediata en la antropología, en la concepción

*Arzobispo emérito de La Plata/Argentina. Publicado originalmente en *El Día*.

del hombre. El Diccionario de la Real Academia nos ilustra así: la naturaleza es “la esencia y propiedad característica de cada ser”. Según la nueva visión de las cosas, no hay nada que sea dado, lo recibido, aquello que nosotros no construimos y que constituye la identidad nativa de cuanto existe. Precisamente, se llama constructivismo la teoría gnoseológica y sociológica que afirma que la realidad –incluso el ser humano en su original bipolaridad de varón y mujer– es producto de la evolución de la cultura, del ingenio y la industria del hombre. En términos teológicos equivale a la negación de la Creación, es una rebelión contra ella, no recibimos nada, ya que todo es fruto del devenir histórico; lo hacemos nosotros.

El ejemplo más claro de esta posición es la ideología de género, que altera íntimamente la realidad humana; de acuerdo con esta ficción ideológica en la que culmina la revolución sexual desarrollada en las últimas décadas y acelerada recientemente, no existe una naturaleza de la persona varón y una naturaleza de la persona mujer. La famosa feminista Simone de Beauvoir, en su libro *El segundo sexo*, afirma que “mujer no se nace, se hace”; más aún, según ella, la mujer sería un “producto intermedio entre el macho y el castrado”.

El reemplazo de “sexo” por “género” se ha hecho corriente en el lenguaje, sobre todo por influjo de un periodismo ignaro e ideologizado, y por quienes repiten como loros lo que se pone de moda. Paradójicamente, en una época en la cual se diviniza al cuerpo y se le rinde culto, también se lo desprecia y contradice; la realidad biológica impresa en el cuerpo sería inconsistente. El género se elige según la inclinación subjetiva y el cuerpo es acomodado a la percepción interior mediante cirugía o ingesta de hormonas. Puede verse en internet un caso en el cual la confusión llega a un extremo irrisorio –mueve más bien a llanto que a risa– un hombre, que es en realidad una mujer, embarazado por una mujer, que en realidad es un hombre. La exhibición filmada de conductas contra la naturaleza alcanza un grado de perversión sorprendente para las personas normales en lo que se llama *fasting*; por delicadeza me abstengo de explicar en qué consiste.

El “colectivo” que reúne a personas cuyas conductas son hechas públicas y reivindicadas como derechos, intenta que se reconozcan como naturales y legítimas múltiples combinaciones caprichosas en nombre de la no discriminación. Cabe aquí una digresión sobre este punto. El verbo “discriminar” tiene dos sentidos. El primero es positivo: “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”; al discriminar no se infiere agravio ni trato de inferioridad a nadie; no es posible pensar ni hablar sin discriminar. El segundo sentido designa una actitud inaceptable, ya que todas las personas merecen ser respetadas, no deben ser víctimas de desprecio y exclusión.

Los cristianos hemos de rezar y hacer objeto de nuestro amor a quienes han sido absorbidos por la manera de pensar y de vivir *contra naturam*. Ahora bien, quienes niegan que exista la categoría de lo natural, suelen acusar falazmente de discriminadores a quienes afirman que existe una naturaleza humana de la cual se siguen determinados comportamientos objetivos, que son los propiamente humanos. El INADI funciona según este lamentable criterio. Quienes profesan la ideología de género discriminan malamente a la única discriminación válida en este ámbito, la que establece la distinción original recogida en las primeras páginas de la Biblia: “Dios creó al ser humano a su imagen.. varón y mujer los creó” (*Génesis 1, 27*). La Sagrada Escritura asume un dato del sentido común: el varón, *ish* en hebreo, es para la mujer, *ishshá*, y viceversa (*Génesis 2, 18. 21-25*); sus cuerpos ajustan el uno en el otro, y también sus almas.

Como ya se ha indicado, de la naturaleza proceden los comportamientos acordes, que configuran un orden propiamente humano, del que se siguen la ley natural y el derecho natural, que ha sido expuesto por eminentes juristas. Que muchas personas incurran en comportamientos antinaturales, no invalida la realidad objetiva. Para ser concretos, estas afirmaciones que son –como se ha dicho– de dimensión metafísica, caben en un argumento muy sencillo e irrefutable: el miembro viril no ha sido hecho para introducirse en el ano de otro varón, y para ser succionado por este; si tal cosa ocurre se frustra su finalidad, pues el semen, poblado de millones de semillas de vida, tiene por destino la vagina de la mujer. Así puede juzgarse de otras combinaciones antinaturales. Las conductas que encuentran sentido como expresión física del amor se degradan en la búsqueda prevalente de un placer egoísta, que Freud calificó acertadamente de perverso e impúdico.

La propaganda gay es apabullante y va trastornando el cerebro de multitudes, de jóvenes especialmente, que suelen razonar así: “yo no lo hago, personalmente no me gusta, pero cada uno es libre de vivir como le parece; si les gusta, para ellos es bueno”. El relativismo y el subjetivismo dominan en una especie de moral existencialista e individualista, ajena a la dimensión social del ser humano. El favor oficial promueve estas nuevas orientaciones culturales. El Presidente de la Nación, hablando en una reunión de mujeres del G20 se jactó de haber habilitado el debate sobre la legalización del aborto, y afirmó que en Argentina “rige transversalmente la perspectiva de género”. Con todo respeto: es probable que no sepa bien de qué se trata. La perspectiva es una manera de ver o representarse las cosas desde un punto; en cambio, el discurso sobre el género es una ideología, un conjunto completo de afirmaciones que pretende interpretar reductivamente toda la realidad humana, y que reemplaza las nociones de naturaleza y de sexo. No me pasó inadvertido este detalle: para la reciente elección, la propaganda del partido o alianza oficial exhibía, subrayando el nombre de la agrupación, una franja con los colores del arco iris. ¿Un alarde de exquisitez estética, o un pícaro guiño al sector del electorado que enarbola esos colores como bandera? Otra ridiculez de la política argentina: la izquierda asume las reivindicaciones de la burguesía, ¿sabrán qué piensan los pobres?

Los medios de comunicación son un factor principal en el intento de cambiar la mentalidad de la gente, a pesar de que el uso anárquico de “las redes” altera un tanto el panorama, para bien y para mal. Otras conductas destructivas son difundidas elogiosamente, como si fueran lo normal, lo que ahora se acostumbra, lo natural. Por ejemplo, se exponen a la curiosidad pública, con lujo de detalles y actualización permanente, los amoríos fugaces de gente de la farándula. Basta desplegar la Sección Espectáculos de algunos diarios, o conectarse con el demonio de la mañana que anda suelto en un canal de televisión.

Otro de los principales responsables: el *showman* con probables posibilidades políticas, que también exhibe en el espectáculo la vida privada de sus bailarines, y promueve entre ellos superficiales emparejamientos; que semejante engendro tenga buen *rating* mide hasta qué nivel hemos caído. No voy a acudir, para explicar este amplio fenómeno, a una teoría de la conspiración, pero –insisto– tales hechos revelan la dimensión de la decadencia cultural en la que se ha precipitado nuestra sociedad. Si argumentamos que también ocurre en otros lugares, podríamos aplicarnos el refrán: “mal de muchos, consuelo de tontos”.

Por fortuna, gracias a Dios, queda gente que se sobrepone a semejante desmadre. La naturaleza vuelve por sus fueros, como en algunos casos de hombres convertidos en mujeres, a fuerza de aplicaciones hormonales; con el tiempo asoman pertinazmente rasgos de la virilidad. Así también, no se podrá abolir totalmente la realidad; muchas familias “normales” –padre, madre, hijos, matrimonios que duran para siempre–. En silencio, no sin luchas, van edificando el futuro de una sociedad digna de la condición humana.

HÉCTOR AGUER*

III. ATRAPADOS EN LOS 70

William Ralph Inge, un sacerdote anglicano y escritor prolífico, dejó una frase que ha sido utilizada por muchos otros autores: “quien se casa con el espíritu de esta época, se verá viudo en la siguiente”. Este vicio de tomar como permanentes cosas que se deben a circunstancias cambiantes siempre ha estado presente, pero resulta especialmente absurdo en la actualidad, cuando los cambios sociales y culturales suceden a la velocidad del rayo, por más que muchos de ellos sigan un camino fácil de ver *a posteriori*. Creo que hoy debería resultar evidente que en la Iglesia hemos caído de lleno en este error, a pesar de que cueste tanto reconocerlo.

Digo que los católicos vivimos atrapados en los 70, no porque los actuales católicos hayamos elegido unirnos a ese momento de la historia, ni a su espíritu. Sino porque nos mantienen cautivos de los criterios y principios de un momento que muchos de nosotros ni siquiera hemos vivido.

En la Iglesia actual casi todo viene de los 70, especialmente la liturgia. No hace falta más que ver los horrorosos ornamentos que inundan las parroquias, la espeluznante música que nos vemos obligados a escuchar en las ceremonias, o la típica alergia al latín que creció en esa época como una verdadera epidemia en los seminarios. Digo los 70 apuntando a bulto, no refiriéndome a una década en sentido estricto, sino a lo que explotó en aquellos años de forma universal, aunque ha quedado preservado en la Iglesia como en una especie de vitrina de museo.

La mayoría de los que hemos nacido después de esa época no nos identificamos con ella, con sus formas estéticas o con sus neuras. Vemos con extrañeza cómo algunos carcamales (algunos más jóvenes que nosotros) nos insisten en que para “atraer a los jóvenes” tenemos que adoptar fanáticamente ese estilo setentero que nos evoca pantalones de campana y gafas de pasta. ¿Es que no se han dado cuenta de que ya han pasado varias generaciones desde entonces?

Llegas a una parroquia, con gente buena, piadosa, sugieres reintroducir el latín en la liturgia (algo exigido por el Concilio Vaticano II), o cuidar el estilo de la música litúrgica, y lo normal es encontrarse con ceños fruncidos y malos humos. Y una excusa: “es que así no se atrae a los jóvenes”. ¿jóvenes? ¿Es que no se han fijado en las edades de las personas que acuden a las parroquias los domingos? ¿En serio pueden decir (sin reírse o sonrojarse) que perseverando en la imitación de los estilos setenteros hemos mantenido a los jóvenes en la Iglesia?

*Arzobispo emérito de La Plata. Publicado en *Aica*/Buenos Aires el 8.11.2019.

Pero ¿de qué jóvenes estamos hablando? Claro, estamos hablando de los jóvenes que lo fueron durante los setenta. Es decir, de los que tienen entre 55 y 70 años, el grueso de los fieles habituales de una parroquia cualquiera. Cuando nuestra buena gente nos impide restaurar los usos y el estilo que la Iglesia ha tenido siempre, en realidad lo que nos están pidiendo es que rindamos pleitesía a sus propios gustos.

Algunos podrán objetar, casi lo estoy escuchando, que hay muchas parroquias de ciudad repletas de familias jóvenes, a pesar de que se usan con alborozo los modos setenteros que estoy deplorando aquí. La respuesta es fácil: que miren al seminario de su diócesis, porque de esa exuberancia de vida cristiana debería salir abundancia de vocaciones consagradas. Y, bueno, las estadísticas están ahí.

Y el gran problema es que estos cristianos bienintencionados fueron los que dócilmente siguieron las enseñanzas de sus pastores, que se mostraron fascinados por el espíritu de la época, y plantearon esa lectura de la historia propia de los peores momentos del pensamiento humano, aquella en la que se oscurece todo lo anterior para enfatizar, en un afán puramente narcisista, las supuestas virtudes propias. Pero, además, resulta que esas edades son precisamente las edades que tienen la mayoría de nuestros obispos. Y que la gran mayoría de ellos comparten los prejuicios anacrónicos de nuestros fieles. Así que lo llevamos claro.

Entre los sacerdotes, muchos (creo que podríamos decir la mayoría) asumen de lleno el modelo setentero, por convicción o por mero acomodo. Entre estos los hay de liturgia *novus ordo* más o menos según las rúbricas, o los que convierten la celebración de la Santa Misa en un evento social o sesión de entretenimiento infantil. Muchos se deleitan con las canciones (voy a escribir una herejía antisetentera) del insufrible Gabarain o, pero aún, las liberacionistas de Olivar y Manzano. En las homilías hay que hablar de refugiados, pobres y ricos (según pueda convenir al auditorio), violencia contra la mujer, de lo malos que somos los católicos y poco más. Hay, ente estos, muchos sacerdotes muy correctos, que predicán la Palabra de Dios y la enseñanza de la Iglesia, que tratan de tener una liturgia lo más digna que permitan las circunstancias; pero se ven incapaces de luchar contra los gustos despóticos de la feligresía.

Otros van más allá, y siguiendo la misma lógica tratan de asumir las formas y modos contemporáneos. Teniendo en cuenta que el estilo musical más apreciado por nuestros adolescentes es el reguetón y el trap, se pueden imaginar cómo puede acabar el intento. Ojo, una cosa es que estos modos se puedan utilizar como vehículo para la evangelización (aunque yo veo muy difícil que los productos de la "cultura" contemporánea puedan ser instrumentos del Evangelio), pero otra cosa muy distinta es que estos modos puedan inundar la vida de la Iglesia, especialmente la Liturgia. En estos casos muchas veces la predicación se centra en los sentimientos, los problemas personales, etc. No voy a perder tiempo en esto. Si quieren ver cómo luce algo así estéticamente, vuelvan a ver aquel vídeo de presentación en la tele de los obispos del himno para los jóvenes españoles en la JMJ de Polonia.

Y luego están los que, cada vez más, se atreven a huir de esta trampa y regresar a lo que la Iglesia ha mandado siempre, y a lo que la historia ha probado como bueno y de calidad, digno para el culto y expresión de la fe transmitida por los Apóstoles. Esto supone la profundización en la Liturgia de siempre, vivida en la forma Tradicional o en la actual, vivida en continuidad con la anterior. La restitución,

dentro de lo posible, del tesoro de la música sacra, el Gregoriano –el “propio de la liturgia romana”– y la polifonía clásica. La predicación de los misterios de la fe, de la moral cristiana enseñada por la Iglesia siempre, de los aspectos sociales a la luz del Evangelio y el Magisterio de la Iglesia...

¿Cuál de estas opciones creen que se encuentra con más oposición, quejas y críticas por parte de fieles y autoridades eclesiásticas?

FRANCISCO JOSÉ DELGADO*

IV. LA DEMAGOGIA SURGE DE LAS PALABRAS, LA VERDAD DE LOS HECHOS

No, no son las mujeres, ni los jubilados, considerados como bloque quienes reciben un peor trato o son discriminados, sino las madres por la brecha salarial y la desigualdad de oportunidades, las viudas perceptoras de una parte desproporcionadamente pequeña de la pensión de sus esposos difuntos y los “parados” de larga duración para quienes el gobierno ha sido incapaz de desarrollar una política digna de este nombre, y la oposición parlamentaria proponerla. También los jóvenes, porque son quienes en una mayor medida han visto reducir sus ingresos a causa de la crisis, acentuando el problema que hace años que se arrastra: el desequilibrio generacional en las prestaciones, mucho peores entre los menores de 25 años que en los mayores de 65. Tampoco son los homosexuales, solos o en pareja, los más discriminados, sino las familias numerosas, los inmigrantes y los pobres que viven en la calle.

Son todos estos grupos los que deben recibir políticas de apoyo: madres viudas de bajos ingresos, “parados” de larga duración, jóvenes, familias con hijos, inmigrantes y *homeless*. Pero ni la ceguera de la ideología dominante ni el mercado electoral conducen a gobernar con justicia a la sociedad, por el desastre de los partidos; *la clase discutidora* en feliz descripción de Fernando Vallespin, la clase inútil, podría añadir, porque de sus manos surgen más pugnas, peleas y descalificaciones, que buenas políticas.

La ideología dominante controlada por la perspectiva de género predica la lucha de clases entre hombres y mujeres, y esa concepción ha decretado que son “todas” las mujeres las que están discriminadas, con lo cual difuminan y perjudican a las que realmente lo están.

Las madres, porque ellas son la principal explicación de la llamada “brecha de género” que implica un ingreso por hora trabajada inferior, entre 11 y 14%, al percibido por los hombres. Hablar de brecha de género es en realidad hablar de brecha de maternidad. Un problema que no se resolverá mientras los poderes públicos no establezcan los medios adecuados. Desde la conciliación a unas ayudas y servicios reales a los hijos, desde los incentivos para la contratación de madres a las disposiciones para que puedan alcanzar la igualdad de oportu-

*Publicado en *Infocatólica* el 25.9.2019.

nidades. La mujer debe poder elegir siendo madre si prefiere quedar al cuidado de sus hijos o mantener su vida laboral. El derecho a elegir es fundamental, y no existe. Y junto con las madres, son las viudas que, después de una vida entregada a levantar una familia, percibe con 65 años 8.905 euros al año, u 8.330 euros si está en una edad previa a la jubilación. Si es un hombre la pensión mínima será, asimismo muy baja entre 10.988,60 euros si tiene cónyuge a cargo y 8.449 euros si no es el caso. Todos ellos resistirán muy mal el embate de la inflación con un aumento limitado al 0,25%, como lo constata la evidencia de que el riesgo de pobreza relativa en España estaba en el 2016 en € 10.269. Esta constatación no significa que aquel pírrico aumento no resulte lesivo para todos los jubilados, sino que existe un grupo que resulta severamente castigado y cuya solución es prioritaria. Porque, como conjunto, los jubilados son el único colectivo que no ha salido mal parado de la crisis. Si antes que ella (2008) su renta media era de 26.900 euros (entre los 65 y 74 años) y era la más baja de los tres grupos de edad, la de menores de 35 años (€ 34.300) y lógicamente el de la edad de rentas más altas (45-54 años), en el 2014 era la única que había crecido hasta los € 29.700 y se han acercado mucho al grupo de renta máxima, que ha decrecido (€ 33.200), superando al de los más jóvenes, que ha descendido hasta los € 25.500. También son el colectivo con mayor media de riqueza y asimismo el único que ha crecido, € 394.400, casi cinco veces más que los jóvenes de menos de 35 años, y cerca de doblar la cifra de la población del 45-54 años. Todo esto enmarca la naturaleza de las políticas justas a aplicar y su jerarquía interna.

Los “parados” de larga duración significan algo más de un millón de personas, un número grande para el sufrimiento, pero abarcable para unas políticas públicas específicas dirigidas a recuperarlos para el empleo. España es uno de los países con peores políticas activas, y esto es trágico. Y no sirve el argumento de que una parte de ellos en realidad trabajen en negro, entre otras razones, porque abordar esta cuestión significa también disminuir esa bolsa de fraude.

En su conjunto, los jóvenes sí que han visto muy destruida su situación y perspectivas. Su tasa de paro está en el 37,5%, 21 puntos porcentuales por encima de la UE; más del doble, dicho en otros términos, y el 29,6% se encuentran en riesgo de pobreza, 7 puntos más que el conjunto de la población española. Los que trabajan constatan cómo sus ingresos son los que más han caído. La cifra de ninis también bate récords europeos, con el escándalo añadido de que la aplicación de los fondos de la UE, la llamada garantía juvenil, ha sido un fracaso. O sea, que en este caso ya no es una cuestión de dinero el problema, sino de funcionamiento de las Administraciones públicas.

Y qué decir de la explotación laboral de los trabajadores inmigrantes, sobre todo en el ámbito rural, aprovechando su situación irregular que les impide trabajar. Hay ahí un agujero negro moralmente inaceptable, donde han caído decenas de miles de personas.

Pero donde la falta de atención supera todos los límites es en el caso de los homeless, la gente que vive en la calle. Es la situación de más radical pobreza, carecer de cuatro paredes en las que refugiarse, y también la más fácil de erradicar por su dimensión. En una ciudad como Barcelona, con finanzas saneadas, gobernada por una opción, la de Ada Colau, que se vanagloria de dar prioridad a los más desfavorecidos, el número de personas que viven en aquellas condiciones no ha disminuido en lo absoluto. Son algo más de un millar de personas. Mucha

burocracia, asistentes y discursos para producir la nada con sifón. Finlandia, el país nórdico de menor renta, lo ha resuelto totalmente.

Y mientras, el discurso y las leyes han dado a la homosexualidad condiciones de privilegio, los grupos realmente discriminados, como los apuntados, a los que cabría añadir las mujeres traficadas, más indefensos más pobres, vulnerables y atacados, están al margen de toda norma legal. No solo eso, sino que en el caso de determinadas comunidades, como Cataluña, su Parlamento se negó a incluir en su ley antidiscriminación a todo grupo que no fuera el LGBTI.

Y la injusticia con las familias con hijos, especialmente las numerosas. También en ayudas se está a la cola de Europa, abandonando a su suerte a quienes precisamente más contribuyen al futuro del país. En sus manos está la población activa, los ingresos fiscales y el pago de las pensiones futuras. A pesar de ello, sus padres experimentan una doble discriminación, el coste sin apenas compensación de sus hijos, y la desventaja frente a quienes no se encuentran en esta circunstancia, para alimentar un plan privado de pensiones.

Es la cultura dominante del *génder* y sus *lobbys* financiados por los poderes públicos en una medida determinante, los que señalan qué es y qué no es discriminación en lugar de partir de los hechos. Todo ello con la colaboración cómplice de unos grupos de comunicación que, en lugar de aproximar la realidad actúan como simple correa de transmisión ideológica.

JOSEP MIRÓ I ARDÉVOL*

V. *SMOKENEWS* / MANIFIESTO SILENCIADO POR LOS MEDIOS EN EL QUE VARIOS CIENTÍFICOS DE RENOMBRE CUESTIONAN LOS DOGMAS CLIMÁTICOS

Habrán podido comprobar cómo desde hace unos meses nos están bombardeando con la alarma del calentamiento global por todos los frentes. El argumento es sencillo –algo preocupante en el mundo académico– y se puede resumir en unas líneas.

Hace ya algún tiempo me dirigí a usted por este medio para tratar de abordar el preocupante asunto de la manipulación de los medios convencionales a través de varias técnicas entre las que se encuentran las medias verdades o el peso informativo que se le da a una noticia y no a otra, entre otras artimañas. De hecho bauticé a este tipo de noticias con el nombre de *SmokeNews*.

Habrán podido comprobar cómo desde hace unos meses nos están bombardeando con la alarma del calentamiento global por todos los frentes. El argumento es sencillo –algo preocupante en el mundo académico– y se puede resumir en unas líneas. Estamos aumentando la presencia de dióxido de carbono en la atmósfera al utilizar combustibles fósiles y esto hace que directamente estemos cambiando el clima de nuestro planeta de una forma peligrosa e irreversible que va a producir

*Publicado en *Portaluz* 12.4.2018, originalmente en *Forum Libertas*.

una extinción planetaria y está afectando ya a varias comunidades, además de producir un incremento del nivel del mar por el derretimiento de los polos.

Este mensaje alarmista se está lanzando por varios medios y ya tiene su portavoz: una niña que no puede ni entender los complejos argumentos de los científicos que se esgrimen en los debates serios sobre el tema. He prometido no pronunciar su nombre porque me da pena que se le esté explotando de esa manera tan vil y cruel para desestabilizar a la sociedad y culpar al hombre –aquí algunos se olvidan del lenguaje inclusivo– de todos los males posibles.

La razón de esta misiva es simple. Los medios lo han vuelto a hacer. Han pasado completamente por alto una noticia con una relevancia informativa altísima teniendo en cuenta que estos días solo se habla del cambio climático.

Resulta que 80 italianos, entre ellos científicos de renombre, se han atrevido a alzar sus voces y firmar un manifiesto en el que contradicen el dogma que nos viene a decir que el debate científico está cerrado y no hay nada más que hablar. Instan a los políticos a que tomen medidas para la protección del medio ambiente, pero recuerdan que “el dióxido de carbono, en sí, no es un contaminante”, de hecho “es indispensable para la vida en nuestro planeta”.

Pese a que el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas (PICC) cree que el calentamiento de 0,9 grados centígrados observado en la Tierra desde 1850 se debe principalmente a la emisión de CO₂ generadas por los humanos, el manifiesto que nos ocupa se atreve a decir alto y claro que “el origen antropogénico del calentamiento global es una conjetura no probada”. Por el contrario, afirman que “la literatura científica ha destacado la existencia de una variabilidad climática natural que los modelos no pueden reproducir, variabilidad natural cada vez mejor verificada” y que representaría una “parte significativa del calentamiento global observado desde 1850”.

Estas personalidades destacan que los periodos cálidos se han ido produciendo de forma completamente natural cada mil años durante los últimos 10.000 años y dan ejemplos bien documentados como el periodo cálido medieval, el periodo cálido romano o el Holoceno Óptimo de hace 8.000 años. Todos estos periodos fueron más cálidos del actual pese a que la concentración de CO₂ fue bastante menor que la actual. Se basan en estos datos constatados para asegurar que los modelos climáticos del PICC son erróneos.

Van más allá y apuntan a otra posible causa del calentamiento actual que según ellos empezó realmente en 1700 d. C., el punto menor y por tanto más frío de la Pequeña Edad de Hielo. Resulta que ese periodo coincidió con una actividad solar mínima denominada “mínimo solar de Maunder”.

Espero poder haber arrojado algo de luz en este debate, pero no me gustaría despedirme de usted sin antes recomendarle que lea el informe completo y sin recordarle algo muy importante: la ciencia no es una democracia y por tanto el número de creyentes o votantes no es relevante, sino *las pruebas y los hechos*. Por ahora, con lo que se queda el que le escribe es con lo siguiente:

- Los medios están silenciando el debate científico para dar la sensación de que la ciencia no tiene nada más que aportar, todo esto cuando todavía no se entiende del todo la interacción entre los diferentes causantes de los constantes cambios climáticos, como la actividad solar, los océanos, las nubes, la actividad volcánica y otros muchos.

- La ciencia no es una democracia y el debate no estará cerrado hasta que todas las preguntas científicas estén resueltas. De hecho es muy difícil que un debate se cierre entre quienes comen de la misma mano de la ONU.
- Es interesante comprobar que el efecto de cambiar el modelo energético mundial tiene un claro perdedor. Estos perdedores son los países subdesarrollados a quienes se les incrementará la “barrera de entrada” al mercado al subir los costes de producción. Esto podría ser crucial a la hora de conocer las razones detrás de estas campañas, pero de esto espero poder hablar en otra misiva.
- Esta carta no pretende minusvalorar la gran tarea que tenemos de cuidar el medio ambiente y ser respetuosos con esta preciosa Tierra que nos ha sido encomendada. Esto no debe confundirse con creerse ciegamente que los causantes de los cambios climáticos somos nosotros, pues en debates acalorados ambos asuntos suelen ir de la mano y suelen confundirse gravemente.

ÁLVARO DE LA PEÑA*

VI. SOCIALISTAS, LIBERALES Y OTROS SINÓNIMOS

Estamos acostumbrados a creer que el panorama político solo cabe graficarlo en clave económica, con una línea horizontal entre extrema izquierda, izquierda, centro, derecha y extrema derecha. Algunos, más creativos, han descubierto que la Tierra es redonda y afirman astutamente que “los extremos se tocan”, como lo hacen el extremo oeste de EE.UU. y el extremo este de Rusia.

Otros, más versados en algún texto de politología moderna, han profundizado que la gráfica no tiene solo una dimensión horizontal sino además otra vertical, que refiere los aspectos morales, graficándolo en un sistema de coordenadas X/Y, donde arriba se pone el progresismo y abajo el conservadurismo. Así, habría cuatro cuadrantes que se configuran en la sumatoria de si eres moralmente conservador o progresista y si eres económicamente socialista o liberal.

Hay más gráficas, por supuesto, más complejas, por ejemplo jugando con cubos tridimensionales donde el vector Z hace referencia a si eres más democrático o totalitario, pero no es intención de este espacio resumir todas estas clasificaciones. El punto aquí es que todos, lo que hacen, es ubicar a alguien en una ideología específica, y como la base (el eje X) se limita a derecha e izquierda, esa ideología que te indican es inseparable del materialismo. El materialismo es el corazón de toda ideología moderna.

De este modo, todas las posturas tan aparentemente irreconciliables y opuestas son todas sinónimos de materialismo. Todas se evalúan si se han realizado bien o mal en virtud del capital, del dinero, que es el ídolo al que se postran. Por eso, los problemas del hombre y la sociedad no son solucionables con estas formas de hacer política: los países capitalistas más desarrollados y los socialistas más igualitarios acaban generando siempre hastío en sus poblaciones.

*Publicado en *Actual* el 6.9.2019.

Sin embargo, existe una alternativa, un salir del Matrix, de la matriz materialista en la que se engranan todas estas posibilidades políticas y que nos engaña y nos encaja al obligarnos a elegir entre opciones sinónimas. Pero de este Matrix no se sale con una pastilla, se sale con la certeza de que el alma es más que el cuerpo, que estamos llamados a mejorar el mundo pero que nuestra vida no termina en la tierra sino en el Cielo, que el materialismo es una lápida aplastante que nos impide pensar en una política auténticamente católica: no una “laica con inspiración católica”, no una “de católicos en sus vidas pero con políticas aconfesionales”, no.

Estas últimas tentaciones, que denominan a su pensamiento con nombres del tipo de “democracia cristiana”, “partidos de inspiración cristiana” y otros, pretenden ciertamente huir del materialismo, pero solo desde una vida personal de fe y, normalmente, doctrina personalista, con aspiración íntima espiritual, ciertamente defendiendo la primacía de esta por sobre lo material, pero solo a nivel personal. Estos no son sino hijos del liberalismo de tercer grado que León XIII tan evidente y claramente condenó, porque esa primacía la relegan al orden doméstico, privado y personal; y su actuar político es, por tanto, aconfesional, realizándose por medio de partidos y políticas materialistas, llevados a este error por una mala comprensión de tolerancia y respeto, de libertad y responsabilidad.

Si amo a mi esposa y me entero que mi secretaria está enamorada de mí, ¿sería justo para con mi matrimonio quitarme el anillo de bodas en el trabajo, solo para no ofender a mi secretaria? Si amo a Dios por encima de todas las cosas y al frente tengo un opositor o un potencial votante que no cree, ¿sería justo esconder mi fe solo para no ofenderle? Hacerlo, ¿no sería más bien una tremenda ofensa a Dios? Si creo en Dios, no basta con defender la libertad religiosa entendida tanto como libertad para la verdad como para el error o defender los valores no negociables de la familia y la vida sin defender el origen de todo esto, que es Dios, su santa doctrina y “su real dignidad y potestad” (Quas Primas 25).

En definitiva, si creo que lo mejor para todos los hombres y para cada hombre es su salvación en un entorno santo, un orden natural subordinado al sobrenatural e iluminado por él, ¿no será la política, justamente, el arte de posibilitar este orden de vida social virtuosa? Lo que propongo no es una utopía, y los santos reyes son la prueba veraz de que es algo realizable: una política que busque el bien común y ame la justicia, que procure el desarrollo de todos, por supuesto, pero que no se venda, literalmente, por un plato de lentejas. Por encima de todas estas ideologías y sus esquemas está la Verdad y, frente a ella, todo son sinónimos materialistas y, en el fondo, artificios y mentiras.

¡Viva Cristo Rey! ¡Viva Su Sagrado Corazón!

JAVIER GUTIÉRREZ*

*Publicado en *Infocatólica* en 15.11.2019.

VII. CONSERVADOR Y CON ESTOS CALORES

Con este calor, me van a permitir ustedes que me atreva a entretener su ociosidad con 20 tesis (más una) que pretenden esbozar un conservadurismo de andar por casa (que es el único que tiene sentido). Ya sé que sí, en España, nadie está tentado por el conservadurismo en invierno, pocas esperanzas tengo de tentarlo cuando está en chancletas, pero espero que la laxitud del estío me gane, aunque sea por pereza, alguna benevolencia.

I. El conservadurismo hoy es la heterodoxia. La ortodoxia esta *okupada* por la izquierda. Esto significa que es muy fácil prever qué dice la Vulgata *progre* sobre cualquiera tema, mientras que es aventurado suponer lo que dirá un conservador. Obviamente, la libertad de pensamiento está con la heterodoxia. Si hubo un tiempo en que los guardianes de las esencias del conservadurismo eran la iglesia, el ejército y la monarquía, hoy, ser conservador es pensar a retropelo. Esa es nuestra fortuna.

II. El conservador es un patriota sin adjetivos. Si los alemanes pudieran haber sido simplemente patriotas tras la Segunda Guerra Mundial, para rato hubieran recurrido a ese invento *ad hoc* del *patriotismo constitucional*, que es una manera sofisticada de pedir perdón por ser patriota.

III. El conservador practica ese arte sutil de la distancia que es la ironía. La ortodoxia se toma a sí mismo demasiado en serio para permitirse este lujo. Los iconos de la izquierda siempre han tenido dificultades para reír: Stalin, el Che, Greta Thunberg...

IV. El conservador sabe que los conceptos políticos son más performativos que descriptivos y que el origen de la moral pocas veces es moral, precisamente por eso celebra sus mitos colectivos. Hay un país allí donde hay fiestas colectivas. Yo recordaría cada 6 de diciembre aquel partido de fútbol que jugaron diputados y periodistas cuando la Comisión Constitucional concluyó sus trabajos. ¿Se imaginan ustedes alineados en un mismo equipo a Unamuno, Lerroux, Largo Caballero, Alcalá Zamora, Azaña, Maura, Indalecio Prieto, Gil Robles y Besteiro?

V. El conservador observa que a una neurona no se le pregunta qué piensa de sí misma para poder comprenderla; al hombre sí. Las opiniones que tienen los hombres sobre sí mismos son datos objetivos de su realidad. Es bueno que estas opiniones sean optimistas, dado que sin autoestima difícilmente querrán mejorar. Antonio Pérez solía decir que el hombre es un árbol inverso, enraíza en ideales.

VI. Frente a las tentaciones abisales de la ortodoxia, el heterodoxo es un pensamiento de superficie. El conservador toma a los adultos por adultos y si alguien le dice que está bien, lo cree y se alegra con él. No intenta persuadirle de que en realidad se encuentra mal y que su conciencia del bienestar es una conciencia alienada que necesita de un intelectual crítico para despertar a la realidad. El conservador no quiere ser el maestro de escuela de la sociedad. No por ello renuncia a la utopía: sueña con resolver cada problema sin crear otro mayor.

VII. El lema del conservador: *Et pluribus unum*. Otra utopía española. Recordemos que cuando se decidió incluir el término *nacionalidades* en la Constitución,

Peces Barba declaró que, con este gesto –¡al fin!–, la historia de España sería una historia aburrida.

VIII. El conservador concede una gran importancia al cristianismo porque, entre otras cosas, le permite distinguir entre Dios y el César. Si el César se endiosa, se acaba en el totalitarismo. Cuando no se cree ni en Dios ni en el César, inmediatamente desaparecen los santos y, tras ellos, los héroes. Y todo se nos llena de *influencers*.

IX. El conservador es moderno, pero no solo. No padece ese complejo de Orfeo que impide a los izquierdistas mirar hacia atrás para aprender algo sustantivo sobre el presente. El pasado es el pie en que te apoyas para dar un paso adelante.

X. El conservador no quiere irse de este mundo sin pagar. No hay muchas personas capaces de entender esto, cosa que al conservador le importa un bledo. Isabel II se le quejó un día a Narváez: “¿Pero es que no podréis poner os nunca de acuerdo y gobernar a la vez?”. Narváez le contestó que eso sería fácil si hubiera cien ministerios a repartir. Alejandro Mon, un conservador que merecía este título, apostilló: “O si hubiera más patriotismo”.

XI. El conservador comprende que las instituciones se justifican, ante todo, por nuestra incapacidad para vivir sin ellas. Me gusta mucho la defensa involuntaria que hizo Heribert Barrera de la monarquía constitucional para justificar su voto contrario a la misma: “Todos los países europeos son republicanos, excepto...”.

XII. El conservador está convencido de que España solo es un problema para quienes dan por supuesta una Europa apromblemática.

XIII. El conservador ha firmado la paz con la historia de su patria. La acepta toda, íntegra. De toda es heredero, y no solo descendiente. Aunque, se lo confieso, deprime un poco que hables de la Escuela de Salamanca y después un periodista asegure en su crónica que has estado diciendo no sé qué de la “cueva de Salamanca”.

XIV. Al conservador, una familia normalica le parece un chollo psicológico.

XV. El conservador sabe que no hay que esperar a ser feliz para comenzar a ser virtuoso, digan lo que digan *coaches*, terapeutas y educadores emocionales doctorados en *reiki* o en cuencos tibetanos. Entre el *homo therapeuticus* y el *homo politicus* no hay término medio.

XVI. El conservador observa con reticencias el actual desprecio hacia las fronteras. Si los flujos (de mercancías, capitales, personas y nubes tóxicas) son más importantes que las fronteras, la legitimidad de las instituciones políticas está en riesgo.

XVII. El conservador no tiene ningún interés por participar en la competición por la hegemonía moral internacional, que acaba pidiéndole a la política más de lo que esta puede dar de sí. El hombre tiene prójimo; las naciones, no.

XVIII. Si eres conservador, tienes algo que conservar, comenzando por el medio ambiente y continuando por el respeto profundo a la naturaleza, que siempre

vuelve, por mucho que la ortodoxia intente someterla con leyes (a eso que siempre vuelve la izquierda lo llama “la derecha”). El conservador no es tan iluso como para pretender poner a la naturaleza a las órdenes del Partido. Como no cree que pueda modificarse la naturaleza para hacer posible una vida sin riesgos, asume prudentemente los riesgos inherentes al animal político.

XIX. El conservador desconfía de la retórica del humanismo que exige a los Estados que rindan cuentas ante el tribunal del hombre en general. El hombre en general es el hombre inocente, que ha renunciado al uso legítimo de la fuerza para no tener que comprometerse en la defensa de causas nobles e imperfectas (es decir: de causas humanas). El hombre en general es un Narciso democrático.

XX. El conservador sabe que la moral, a diferencia de la política, no decepciona nunca. Está en la naturaleza de las cosas políticas que todo proyecto haya de llevarse a cabo bajo condiciones que no fueron previstas. Un ejemplo menor, pero sabroso: el Marqués de Rozalejo usó en la campaña de Morella una lujosa tienda de campaña en la que sobresalía su escudo de armas con este lema: *Prius mori quam foedari* (antes muerto que traidor), que sus lanceros traducían así: “Antes moro que federal”. Y con este grito se lanzaban contra el enemigo.

Y... XXI. Platón defiende a veces a Sócrates con argumentos propios de los sofistas. Sospecho que, si me ha seguido hasta aquí, el lector sabe a qué me refiero. Si no fuera así, valga una anécdota como explicación. Cuando le preguntaban a Salvador de Madariaga por el significado del Himno de Riego, solía contestar: “*Vous comprenez, Madame, pays très sec, l’Espagne, c’est l’Hymne de l’Irrigation*”.

Y, ya puestos, déjenme acabar con lo que le ocurrió a Líster cuando, tras dar una conferencia en una academia militar checa, se puso firme para escuchar el Himno de Riego y tuvo que mantener el rigor de la posición para no desairar a los militares checos, que cantaron enfervorizados una canción que decía: “Marinerito arría la vela que está la noche tranquila y serena”.

GREGORIO LURI*

VIII. INSERCIONES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Con una destacada inserción publicada en 18 diarios del país, el 14 de julio pasado, un grupo de gremios empresariales hizo presente su posición frente a la reforma en trámite del Código de Aguas, bajo el título de “Reforma al Código de Aguas amenaza Certeza Jurídica y Bienestar Social de las personas”. Dicha acción pagada en los medios desató intensas críticas de un amplio grupo de parlamen-

*Publicado en *Actual* el 27.8.2019. El autor es profesor de filosofía y autor de *La escuela contra el mundo*, *El valor del esfuerzo* o *Mejor educados. El arte de educar con sentido común*, entre otros.

tarios de oposición, quienes no dudaron en calificarla como una “campaña del terror” o incluso como “un *lobby* feroz”. Sin perjuicio de la idoneidad de estas publicaciones para ser merecedoras de las imputaciones que se les formulan, conviene detenerse en esta práctica para tratar de hacer un diagnóstico de su supervivencia y real utilidad.

La verdad es que hay inserciones del más variado tipo, que se acrecientan, normalmente, en períodos de complejas discusiones legislativas o incluso en cercanía de decisivas decisiones jurisdiccionales. Hay algunas inserciones que pretenden avisar a los jueces del peso jurídico de diversos informantes, como sucedió de manera inédita el año 2012, cuando Anglo American expuso en los diarios los nombres de prestigiosos abogados que concurren a avalar en sendos Informes en Derecho la tesis de su mandante frente al conflicto que mantenía con Codelco respecto de la propiedad de la mina Disputada de Las Condes. Otras se han dirigido al ministro en las cercanías de una compleja discusión de la reforma tributaria, donde se advertía que “El Ministro de Hacienda debe escuchar”.

La discusión de la ley que consagraría el derecho al aborto, en las causales finalmente establecidas, fue también un período numeroso en inserciones. En ocasiones, bajo la firma de obispos de la Iglesia Católica que insertaron un documento denominado “El derecho humano a una vida digna para todos” y, en otras, dirigidas directamente a un grupo preciso de parlamentarios: “Aborto en Chile: la DC tiene la llave” (marzo de 2016). Pero también las hubo en su apoyo: “Aborto: respeto a la dignidad y a la decisión de las mujeres”.

Las universidades estatales también han acudido a este método, así la U. de Chile publicó “Por el fortalecimiento de las Universidades estatales” (2018) y el CRUCh hizo una “Declaración Pública respecto del traspaso de Conicyt al Ministerio de Economía” (2012).

Otro gremio, la Sociedad Nacional de Agricultura, dejaba testimonio de su posición “ante la celebración de la Reforma Agraria (50 años)”, mientras otros actores celebraban como un reconocimiento a la gesta de su celebración en otro medio periodístico.

Hay empresarios que reclaman por actuaciones que reprochan de alcaldes, que también han sido recogidas en páginas de diarios, como sucede respecto del conflicto en que un grupo inmobiliario reprocha el actuar de un alcalde a quien le imputan “persecución y difamación” –como reza el título del inserto (2019) y que meses antes, por la misma vía señalaban que “Corte de Apelaciones obliga al alcalde Jadue a recepcionar edificios”. También los médicos han acudido a este método, algunos reprochando el aborto, otros como los de la sociedad de oncología médica y, a veces, en apoyo de un profesional del área, como sucedió en el Hospital San José. Y también en defensa de la especialidad oftalmológica, como acontece con aquel publicado por la Fundación Oftalmológica del Salvador.

Hay insertos de página, de media página e incluso en la modalidad de clasificados, como aconteció frente al plebiscito del NO, y que implicó numerosos y pequeños avisos suscritos por Dámaso García, consignando breves razones por las que había que votar por el NO. En la vereda totalmente opuesta, conviene retener que cada cierto tiempo algunas corporaciones de personal de la Defensa en retiro arbitran en estas páginas y bajo este medio, el reclamo de injusticia y sentir de persecución por encontrarse encarcelados por delitos referentes a agravios a los derechos humanos.

Hace un tiempo –el año 2014– y frente a la inserción “1973: Allende gobierna fuera de la Constitución y las Leyes y la Cámara de Diputados llama a una intervención militar” que fue publicada en varios diarios nacionales y que contenía el acuerdo que la Cámara de Diputados aprobó el año 1973 en rechazo al gobierno de la Unidad Popular, la presidenta del Colegio de Periodistas –de esa época– reprochó y cuestionó que este diario hubiese, siquiera, publicado este inserto. Ello originó un acalorado debate con un conocido columnista de este diario quien afirmó que “Para analizar el problema sugiero distinguir entre el contenido del discurso, por una parte, y el hecho de expresarlo, por la otra. En una sociedad democrática, todos los ciudadanos tienen derecho a criticar el contenido de los discursos que emiten los demás, pero ninguno tiene derecho a impedir que ese discurso pueda darse a conocer. ¿Será necesario insistir que en eso consiste la libertad de expresión? Es el derecho a proferir discursos y los medios a hacerlos públicos sin que exista ningún control *ex ante* de su contenido”.

Y es que, desde esa discusión, parece que seguimos aterrándonos cuando aparecen insertos que no nos gustan, y quizás nos gustaría que ni siquiera se pudiesen publicar. Olvidamos que las personas jurídicas (sociedades o corporaciones, como los gremios) y, desde luego, las personas naturales, tienen el derecho a la libertad de expresión. Que dicha expresión, de forma pública, es obviamente distinta al *lobby* y que los únicos que deben restringirse son los entes estatales, pues el dinero que ellos pueden gastar debe adscribirse al fin legal de su presupuesto y no a la opinión de sus directivos transitorios.

RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA*

IX. AUTONOMÍA, INDEPENDENCIA Y ESTADO

Viene siendo un dato que cada vez que un organismo de la Administración es creado o sus leyes serán modificadas, la petición común que se formula es reclamar autonomía y, especialmente, que ella sea de carácter constitucional.

El asunto fue manejado con mucha cautela por la Carta de 1925, pero ello cambió con la de 1980, al reconocerse de manera más sistematizada una categoría de organismos autónomos constitucionales, como el Banco Central, la Contraloría General, las municipalidades y luego se agregaron el Ministerio Público, el Servicio Electoral y el Consejo Nacional de Televisión. El resultado de esta oferta, todos hoy quieren esta cualidad: estar en la Constitución.

Ahora la reclaman también, la Defensoría Penal Pública y algunos también la comienzan a sugerir para el Instituto Nacional de Estadísticas, ya que estamos hablando de reforzar su trabajo con cambios legales.

Si uno lo viera desde la vereda del mercado, podríamos decir que dicha calidad de “autonomía constitucional” es un producto que se vende bien. Todos la desean,

*Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile), C-2, el 19.7.2019.

la anhelan, pero si escudriñamos bien, pocos hacen las preguntas que creo deben formularse: por qué y para qué la piden quienes gobiernan los entes públicos.

Trataremos de avanzar algunas respuestas, pero no desde el derecho administrativo, ya que, si lo abordamos desde esa atalaya, usted dejará de leer enseguida estas líneas.

El más descriptivo de los libros, y que siempre orienta el sentido común –el diccionario de la RAE– nos dice que la autonomía es “la potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios” y la independencia, en dos acepciones que nos interesan, dice que es la “cualidad o condición de independiente” y, la otra, que es la “libertad, especialmente la de un Estado que no es tributario ni depende de otro”.

Cualquier lector no experto a la lectura de estas acepciones (autonomía e independencia), no podría atinar cuál es la razón porque estas voces son tan buscadas por quienes dirigen el Estado. Ese lector nunca entenderá la magia de este cáliz adorado que se oculta detrás de la autonomía constitucional y de la condición de órgano independiente.

La clave está en que estas voces son, francamente, polisémicas, no a la lectura del diccionario, sino que desde el punto de vista de los fines de quienes la adoran. Tienen tantos sentidos como los intereses de quienes buscan su establecimiento en el nuevo órgano que se cree o en la reforma que se busque.

Es que en esa diversidad de bienes que asumen sus voceros o sacerdotes, asoman la exclusión de control (no más Contraloría), la ruptura de las reglas de simetría estatal, como sucede en el tratamiento diferente que buscan en las reglas de transparencia (reglas propias y sin órgano vigilante), en las reglas de la contratación de bienes (ojalá sin pasar por Chilecompra), ojalá con reglas presupuestarias garantizadas.

Lo más grosero es cuando órganos que ni siquiera arrancan de la Constitución reclaman las mismas excepcionalidades, siendo simples y comunes servicios públicos construidos como superintendencias. Se da la ridiculez que incluso se han embarcado en largos litigios judiciales para buscar, en esa sede, soluciones que no dice relación con derechos subjetivos, sino que con competencias administrativas.

La independencia de un servicio (y su autonomía, que dice más bien relación con la forma de su personificación y relaciones con el poder presidencial), no necesita de la Constitución para definirse y concretarse. La intensidad de aquella independencia no se refleja en huir de las reglas de funcionamiento común que deben seguir los entes estatales, sino en más bien determinar cuán protegida está dicha entidad del ministerio con el cual se relaciona, o con el Presidente de la República, en el ejercicio de su rol de jefe de Estado.

Así, hay organismos con autonomía constitucional que son intensamente influenciados por el poder presidencial y de los servicios que le reportan, como es el caso de las municipalidades. Y, en cambio, hay otros, cuya autonomía solo arranca de la ley –y que pueden ser claramente independientes de tal poder–, como es el caso del Consejo de Defensa del Estado.

Otro caso es el de la Fiscalía Nacional Económica, que estando legalmente definida como independiente de todo organismo o servicio, es solo un servicio público descentralizado más, pero quien sirve su dirección, aunque nombrado por el Presidente, solo puede ser destituido por negligencia manifiesta en el ejercicio

de sus funciones, con el informe favorable de la Corte Suprema, a requerimiento del ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. El informe favorable deberá ser emitido por el Pleno de la Corte, especialmente convocado al efecto, y deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Como se ve, en estos casos, la independencia se garantiza por la ley, sin necesidad de la Constitución, y se espera que el ejercicio de ella se materialice en el valor personal de quien detenta la posición de dirección, quien debe tener claro que siempre puede haber presiones, desde la técnica y también desde la política.

En estos momentos, con independencia del modelo de organización que se atribuya al Instituto Nacional de Estadísticas, colegiado o unipersonal, es de esperar que no le den la perla en la corona de los organismos autónomos constitucionales, pero sí las herramientas para que quien o quienes lo dirijan, puedan resistir y mantener las decisiones estadísticas que adopten, con independencia de la influencia de cualquier otra autoridad.

Aparte del heroísmo funcional, la clave parece estar en la garantía, para que la remoción no quede al arbitrio de quien designe a los que dirijan.

RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA*

X. CÓMO LAS PENSIONES HAN FRENADO LA DESIGUALDAD

El Banco de España ha publicado un informe en el que se muestra cómo la desigualdad está azotando el país. Si bien desde el estallido de la crisis económica la desigualdad patrimonial se ha disparado en España, el estudio pone en relieve la importancia de las pensiones como agente amortiguante de la crisis. “El hecho de que la pensión media tuviera a lo largo de la crisis una evolución notablemente más positiva que las rentas derivadas del empleo generó una reducción de la desigualdad de la renta total de los hogares”, señala en un informe sobre la desigualdad en España.

Según los últimos datos publicados por Eurostat, tanto el total de la población como las personas con trabajo vieron un fuerte incremento del riesgo de pobreza (una renta disponible por debajo del 60% de la mediana) entre 2007 y los peores años de la crisis. Sin embargo entre los pensionistas por jubilación este riesgo cayó en 10 puntos porcentuales hasta situarse por debajo de la media de la zona euro. En 2014, el riesgo de pobreza de toda la población superó el 20%, mientras que el de los jubilados cayó hasta el 9,5% gracias a la rigidez a la baja del poder adquisitivo de las pensiones.

Según el Banco de España las pensiones públicas han tenido un importante efecto contracíclico significativo, actuando como un “estabilizador automático” para la desigualdad de la renta, logrando reducir la desigualdad en 23,0%, 27,2% y 27,9%, durante los tres años analizados, 2007, 2012 y 2015. Las pensiones

*Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile), C-4, el 27.1.2019.

solas redujeron la desigualdad algo más del 23% en el año 2015, lo que deja ver la importancia de esta transferencia para reducir la desigualdad que generan las rentas de mercado. Las pensiones van a parar directamente a personas que no generan apenas ingresos (están inactivas) de mercado y que además muestran una tendencia al alza por el envejecimiento de la población. Lo normal sería que las pensiones vayan ganando fuerza como elemento distribuidor de la renta en el futuro. Las pensiones supusieron en 2015 representaron 52% de toda la distribución o reducción de la desigualdad que ejercen estas políticas.

No obstante, tanto la desigualdad como su incremento fue mucho menor si se mide después de la acción de políticas redistributivas: transferencias directas del Estado (pensiones o prestaciones), impuestos (IRPF y patrimonio) o servicios públicos (Sanidad y Educación). Pasó del 0,2569 en 2007 al 0,2746 de 2015, según los cálculos de estudio *Crisis económica y desigualdad de la renta en España*, publicado por Funcas.

Por otro lado, otros instrumentos que han aminorado la desigualdad han sido las transferencias en especie realizadas a través del gasto público en educación y sanidad, las prestaciones por desempleo y los impuestos. Después de la intervención de las administraciones públicas, la desigualdad se aminoró en un porcentaje del 43,7%. De esa reducción, el 52,5% correspondió a los jubilados

El papel trascendental de las pensiones en la economía contrasta con la pasividad del Gobierno para el sustento del actual sistema. En octubre el director general de Economía y Estadística del Banco de España, Óscar Arce, y el presidente de la AIREF, José Luis Escrivá, pidieron reformas profundas para tratar la problemática actual. Los dos coinciden en la urgencia de tomar medidas para ajustar las cuentas y sobre el efecto negativo de la demografía sobre la permanencia de las pensiones*.

XI. “LOS PERSUADIBLES”: PROBLEMAS ÉTICOS EN LA COMUNICACIÓN POLÍTICA EN LA ERA DEL *BIG DATA*

Se estrenó el 24 de julio de 2019 el documental “Nada es privado” (*The Great Hack*) sobre las acusaciones dirigidas a Cambridge Analytica por el uso de información personal de los votantes para incidir en procesos electorales en el mundo. El documental de Netflix narra los procesos a través de los cuales esa empresa recopiló de millones de personas y cómo fue su actuación para procurar convencer a determinados electores con un bombardeo de mensajes especialmente diseñados en función de su perfil personal y psicológico.

Más allá de los sesgos ideológicos que atraviesan el documental, un componente central del problema planteado en la película es la estrategia desplegada por la empresa y los líderes de campaña para identificar, en los distritos electorales claves para determinar el resultado, a aquellos votantes que se califica como “los persuadibles”.

*Publicado por *Forum Libertas.com*, el 23.11.2019.

“Los persuadibles”, explica el documental, son los votantes que por su perfil psicológico y por los más de 5.000 datos recolectados digitalmente, están en una posición de cierta vulnerabilidad y son más permeables a mensajes dirigidos directamente a su persona.

Si bien siempre existieron las campañas políticas y la búsqueda de mensajes efectistas que logran conmover al votante indeciso, la cuestión que emerge en estos tiempos es la precisión y sofisticación de esas estrategias de captación del voto. En efecto, por la alianza entre las redes sociales con sus constantes interacciones, las nuevas y cada vez más poderosas herramientas de almacenamiento y procesamiento de datos y los algoritmos aplicados a la caracterización de las personas en función de variables cada vez más constantes y uniformes, se ha configurado una realidad social que genera nuevos problemas éticos.

PERSONALIDADES FUERTES

Antes de ingresar a algunos de los problemas éticos que subyacen a esta cuestión, vale reflexionar el tema en primera persona. Todos somos potencialmente “persuadibles” si no desarrollamos una personalidad fuerte, con firmes convicciones y capaz de dar razones de las propias decisiones. Y en este sentido, la fe cristiana ofrece un reaseguro mayor para consolidar tales convicciones, sin quedar atados a las modas y a las manipulaciones del momento.

Es lo que sabiamente enseñaba Pablo a los Efesios: “Así dejaremos de ser niños, sacudidos por las olas y arrastrados por el viento de cualquier doctrina, a merced de la malicia de los hombres y de su astucia para enseñar el error. Por el contrario, viviendo en la verdad y en el amor, crezcamos plenamente, unidos a Cristo. Él es la Cabeza, y de Él, todo el Cuerpo recibe unidad y cohesión, gracias a los ligamentos que lo vivifican y a la acción armoniosa de todos los miembros. Así el Cuerpo crece y se edifica en el amor” (Ef 4, 14-16).

PROBLEMAS ÉTICOS

Por supuesto, este tipo de manipulaciones plantean diversos cuestionamientos éticos. En primer lugar, enfrentamos un problema vinculado con la privacidad y la legitimidad del proceso de obtención de los datos personales de esos votantes. Nos podemos preguntar: ¿sabían las personas que sus datos estaban siendo recolectados y para qué fines? ¿Brindaron su consentimiento? ¿Basta con ese consentimiento o debe existir una regulación más firme y que requiera otros medios de protección de las personas?

En este caso, además se recurrió a encuestas y juegos que permitieron pescar información sobre el perfil psicológico de las personas y a su vez, obtener los datos de los contactos que participaban.

En segundo lugar, las estrategias de comunicación en sí mismas tienen que ser respetuosas de criterios éticos. Es que si bien pareciera que hoy en materia comunicacional todo vale, hay una reflexión humanista que señala la necesidad de respetar una ética en las comunicaciones.

Si bien es previo a la expansión global de internet y al surgimiento de las redes sociales, resulta oportuno recordar un documento del Pontificio Consejo para las Comunicaciones Sociales de la Santa Sede del año 1997 titulado “Ética en la publicidad” donde se abordan los beneficios y los perjuicios de la publicidad. En el apartado dedicado a la publicidad política, se afirma: “Semejante obstáculo al proceso democrático también se da cuando, en lugar de ser vehículo para exposiciones honestas de opiniones y programas de los candidatos, la publicidad política busca distorsionar las opiniones y los programas de los contrarios e injustamente ataca su reputación. Ello sucede cuando la publicidad reclama más las emociones y bajos instintos de las personas –egoísmos, pasiones y hostilidades hacia los demás, prejuicios raciales y étnicos y otros– en lugar de un razonado sentido de justicia y bien para todos” (n. 11).

En otro pasaje, el documento señalaba: “es moralmente erróneo el uso manipulado, explotar, corromper y usar métodos de persuasión y motivación corruptos” (n. 15).

El mismo Pontificio Consejo emitió en el año 2000 otro documento, titulado “Ética en las Comunicaciones Sociales”. Allí también se advertía sobre el problema de la manipulación: “Los políticos sin escrúpulos usan los medios de comunicación para la demagogia y el engaño, apoyando políticas injustas y regímenes opresivos. Ridiculizan a sus adversarios y sistemáticamente distorsionan y anulan la verdad por medio de la propaganda y de planteamientos falsamente tranquilizadores. En este caso, más que unir a las personas, los medios de comunicación sirven para separarlas, creando tensiones y sospechas que constituyen gérmenes de nuevos conflictos. Incluso en países con sistemas democráticos, también es frecuente que los líderes políticos manipulen la opinión pública a través de los medios de comunicación, en vez de promover una participación informada en los procesos políticos. Se observan los convencionalismos de la democracia, pero ciertas técnicas copiadas de la publicidad y de las relaciones públicas se despliegan en nombre de políticas que explotan a grupos particulares y violan los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida (cf. Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, 70)” (n. 15).

En su mensaje del 24 de enero de 2019 por la LIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, el Papa Francisco afirmó: “Hay que reconocer que, por un lado, las redes sociales sirven para que estemos más en contacto, nos encontremos y ayudemos los unos a los otros; pero por otro, se prestan también a un uso manipulador de los datos personales con la finalidad de obtener ventajas políticas y económicas, sin el respeto debido a la persona y a sus derechos”.

LAS FAKE NEWS

El tema de los “persuadibles” también se vincula con las *fake news*, que fue tema del mensaje para la LII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales (2018). Allí el Papa Francisco afirma: *Fake news* es un término discutido y también objeto de debate. Generalmente alude a la desinformación difundida *online* o en los medios de comunicación tradicionales. Esta expresión se refiere, por tanto, a informaciones infundadas, basadas en datos inexistentes o distorsionados, que tienen como finalidad engañar o incluso manipular al lector para alcanzar determinados objetivos, influenciar las decisiones políticas u obtener ganancias económicas...

Su difusión puede contar con el uso manipulador de las redes sociales y de las lógicas que garantizan su funcionamiento. De este modo, los contenidos, a pesar de carecer de fundamento, obtienen una visibilidad tal que incluso los desmentidos oficiales difícilmente consiguen contener los daños que producen. La dificultad para desenmascarar y erradicar las *fake news* se debe asimismo al hecho de que las personas a menudo interactúan dentro de ambientes digitales homogéneos e impermeables a perspectivas y opiniones divergentes. El resultado de esta lógica de la desinformación es que, en lugar de realizar una sana comparación con otras fuentes de información, lo que podría poner en discusión positivamente los prejuicios y abrir un diálogo constructivo, se corre el riesgo de convertirse en actores involuntarios de la difusión de opiniones sectarias e infundadas. El drama de la desinformación es el desacreditar al otro, el presentarlo como enemigo, hasta llegar a la demonización que favorece los conflictos. Las noticias falsas revelan así la presencia de actitudes intolerantes e hipersensibles al mismo tiempo, con el único resultado de extender el peligro de la arrogancia y el odio. A esto conduce, en último análisis, la falsedad”.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE*

XII. LA NECESIDAD DE LEGISLACIÓN CONTRA LAS REDES SOCIALES

Hay dos realidades muy claras: que las empresas de redes sociales son una vanguardia *progre*, y que participar en redes sociales es un derecho para la libertad de expresión, sin el cual una persona que quiere expresarse puede estar excluida.

Se atribuye erróneamente a Bertolt Brecht un poema del pastor protestante Martin Niemöller de 1946: “Cuando los nazis vinieron a buscar a los comunistas, guardé silencio, porque yo no era comunista, (...) Cuando finalmente vinieron a buscarme a mí, no había nadie más que pudiera protestar”.

Cuando uno pensaba en *Google*, *Youtube*, *Facebook* uno solía ver solo la cara mercantilista de estas empresas, es decir, sabíamos que daban algo “gratis”, pero que el precio era comerse anuncios –cada vez más molestos– o ese *vox pópuli* de que vendían nuestros datos para que luego nos saliesen anuncios “dirigidos”.

Como usuario puedo vivir con ello, es el capitalismo, vale. Lo que me empieza a mosquear es cuando una compañía me pretende vender un ideario por el que yo no he firmado. En eso, damas y caballeros, *Facebook*, *Twitter*, y todas esas redes sociales se han convertido un monopolio tecnológico. Surge la pregunta de «¿por qué tengo que estar allí?» y es que con el auge de noticias falsas, la gente busca a personas de la que se fía para informarse. Aún quedamos los que estamos dispuestos a mantener ese referente ético de contrastar una información.

Y esa gente sí debe tener garantizado un acceso a plataformas que son dominantes.

*Publicado en *Tiempo de Evangelizar*, el 1º.9.2019.

EE.UU. reconoce en la llamada Section 230 de la *Communications Decency Act*, por el que no hace responsable a una red social de lo que publiquen otros. Cuando se estrenó esta normativa, se pensó acertadamente que era una medida para garantizar la libertad de expresión.

¿Qué ha pasado? Que a esas mismas plataformas que gozaban de esa medida han abusado de ella, se han dedicado a promover arbitrariamente contenido *progre*, y censurado a los de derechas, llegando a expulsarlos so pretexto de que “difunden *fake news*”.

Primero fue gente muy extremista, o los típicos “zumbados”, conspiranoicos. Periodistas como Alex Jones, que era auténtica gasolina para *memes* en redes sociales. Y en ese momento ya hubo voces de alarma que fueron ignoradas porque esos eran unos locos...

Alex Jones fue expulsado simultáneamente de *Youtube*, *Twitter* y *Facebook*.

Poco a poco estos neocensores, pero con un claro sesgo ideológico, han ido laminando toda oposición, hasta el punto que gente nada puesta en estos temas nos hemos dado cuenta. Ahí estaba el senador norteamericano Ted Cruz interrogando a una responsable de *Google* al respecto de las acusaciones formuladas contra ellos, por un sesgo ideológico que se supone que no deben tener. El llamado *Project Veritas* no ha rascado más que la superficie, sospecho.

El chollo se les acaba. Trump no será muy avisado pero como usa mucho esas redes, *Twitter* sobre todo, sabe perfectamente lo que se tejen entre manos, y ve que hay gente a la que están expulsando, a menudo con pretextos, a usuarios que no tienen ideas progresistas, mientras los terroristas autodenominados anti-fascistas campan a sus anchas y coordinan actos violentos, por ejemplo cada vez que hay un G-7, como en Irún...

Lo ha dicho un comentarista irlandés, Dave Cullen, en *Youtube*: “El acceso a estas plataformas debería ser un derecho humano en 2019. De otro modo, no tienes libertad de expresión”, porque lo que dices, se lo lleva el viento.

MIGUEL VINUESA*

XIII. UNA APORÍA DEMOCRÁTICA

Frente al concepto hoy execrado de libertad aristotélica, que es obrar como se debe dentro del orden del ser (o, dicho más llanamente, aceptando la realidad de las cosas), la libertad consagrada por todas las democracias impecables permite a los hombres abandonar el orden del ser y autoafirmarse, autodefinirse, construir a cada instante su biografía sin otras reglas o límites que su propia voluntad.

Así, el demócrata impecable (...) pueden casarse y divorciarse cuando quieran, pueden embarazarse y abortar cuando quieran, pueden cortarse la polla y ponerse tetas cuando quieran; porque en nuestras democracias impecables la

*Publicado en *Actual*, 26.8.2019.

libertad puede rebelarse contra el orden ontológico y convertir el mundo en un supermercado inagotable, reconfigurando la realidad a su antojo.

Naturalmente, esta libertad que rige en las democracias impecables tiene un fin totalitario de sometimiento social; y es que, cuando se desea corromper a alguien, basta enseñarle a llamar derechos a sus caprichos personales.

JUAN MANUEL DE PRADA*

*Publicado en *Actual*, 31.12.2019.

REFLEXIONES FUERTES

I. LOS PADRES, ARQUITECTOS DE NUESTROS HIJOS

Cuentan que una vez, un arquitecto fue llamado por el Consejo de Administración de la empresa donde trabajaba. Le dieron los planos de una “casa modelo” que se construiría en una de las zonas residenciales más exclusivas de la ciudad. El presidente del Consejo le dijo *que no escatimara en gastos y que debía utilizar los materiales más finos* y debía también contratar a los mejores trabajadores.

A medida que progresaba el trabajo, el arquitecto pensaba: “Nadie sabrá jamás lo que hay en las partes ocultas. ¿Para que contratar trabajadores tan costosos? ¿Para que usar materiales tan finos?”.

Entonces comenzó a utilizar materiales de clase inferior, contrató trabajadores menos eficientes y se guardó la diferencia del coste de la construcción.

Poco después de terminar la casa, el presidente del Consejo organizó una recepción para celebrar su terminación. Después de un largo discurso, dejó sorprendido al arquitecto presentándole las llaves de la casa: “Queremos obsequiarle a usted con esta casa”, le dijo, “como testimonio de la alta estima que nos merecen sus muchos años de esplendido y honrado servicio”.

“Si hubiese sabido que la casa era para mí, no habría reparado en gastos, en contratar a los mejores, en no dejar a otros lo que yo pudiera haber hecho para que todo hubiera quedado genial y que la casa nunca se cayera en la primera contrariedad, que resistiera los embates de la naturaleza y protegiera a los míos y que fuera un sitio agradable donde vivir, y...”.

Nuestros hijos son nuestros, no del Estado ni de los políticos, ¿por qué dejamos en sus manos lo que debemos hacer nosotros para que ellos se puedan construir con los mejores materiales?

En contra de lo que parece ser la mejor opción, esto es, dejar en manos de trabajadores menos eficientes la construcción de la persona de cada uno de nuestros hijos y de guardarnos para nosotros el esfuerzo que nos ahorramos, hay por ahí muchos padres que no ceden ante estas pretensiones estatales y se mantienen firmes en la convicción de que son ellos los encargados de *transmitir a sus hijos los materiales mejores, necesarios para su propia construcción*.

MARÍA MENÉNDEZ*

*Publicado en *Actual*, 8.1.2019.

II. LA GRATUIDAD UNIVERSITARIA: UN HOYO NEGRO

Ocupa recursos públicos que tienen mejores usos alternativos y es intertemporalmente regresiva. Aun así, es un lugar común decir que llegó para quedarse. Pero lo cierto es que son diversos los países que alguna vez tuvieron gratuidad y que la han abandonado.

Con todo, ahí está la nueva Ley de Educación Superior que consagra la gratuidad universal; claro que como está atada a la carga tributaria, podría tardar del orden de 60 años en concretarse. Esta lentitud y los límites impuestos a la duración del beneficio no están ahí por un error de tipeo o un descuido, sino que responden a la fuerza de nuestra restricción presupuestaria y de los costos alternativos de los recursos. Nadie que se haya asomado a los años de discusión parlamentaria, en el contexto de un gobierno que impulsaba dicha ley y que contaba con mayoría en ambas cámaras, puede desconocer ello de buena fe.

Hoy, sin embargo, muchos piden más recursos para gratuidad. En un escenario que era predecible, se levanta el problema de qué hacer con los jóvenes que estudian con gratuidad y que están atrasados en sus carreras. Se argumenta que la responsabilidad de los atrasos no es atribuible plenamente a los estudiantes ni a las instituciones y que, por tanto, el Estado debe correr con, al menos, parte de los costos. Pero este no es el debate relevante. En la práctica se está proponiendo extender la gratuidad, más allá de lo que se zanjó democráticamente, sin hacerse cargo de las razones, de justicia y eficiencia, para oponerse, desde luego, a la gratuidad universal, pero también a una extensión de ella en su estado actual. En tanto, dejamos de preguntarnos por qué nuestros estudiantes obtienen sus primeros grados universitarios casi dos años después que el promedio de los países de la OCDE y si ello realmente agrega valor a los estudiantes o al país. También dejamos de preguntarnos por qué la duración real de los estudios supera tanto a la informada.

Es fácil culpar al sistema escolar de esta realidad o a la vulnerabilidad de los estudiantes. Pero lo cierto es que todos los universitarios del país cursan carreras largas, y que en otras latitudes, con sistemas escolares similares al nuestro, jóvenes igual de vulnerables pasan menos tiempo en las aulas. Es un despropósito situar el problema solo en los estudiantes.

Se ha convocado recientemente al Panel de Expertos que tiene la responsabilidad de aprobar la metodología con la que la Subsecretaría de Educación Superior determinará los aportes por gratuidad. Estos, de acuerdo con la ley, deben basarse en los costos de proveer cada carrera. Las asimetrías son enormes y podemos anticipar que, entonces, las instituciones estarán insatisfechas con los aportes definidos y propondrán convenientes esquemas, en algunos casos, discriminatorios, para conseguir más dinero del Estado. En otras palabras, extrañan recibir los aranceles que antes cobraban, y para qué enemistarse con sus estudiantes, si se puede presionar al Estado.

Para los años venideros vislumbramos también que la lentitud del avance hacia la gratuidad universal (el que probablemente lleva la firma de la Dipres) se hará cada vez más patente, y empezaremos con las demandas de avanzar más por aquí y por allá. Algo de esto ya vimos en la última elección presidencial.

En suma, el gasto público para educación superior aumentó en un 85% entre 2014 y 2019. El presupuesto 2019 para gratuidad suma cerca de 1.700 millones de dólares, es decir, del orden de 4.900 dólares por estudiante. Mientras tanto, la subvención a alumno prioritario (SEP) tiene un valor de 1.800 dólares al año, la pensión básica solidaria suma menos de 2.000 dólares anuales y el aporte del Estado a mujeres embarazadas del quintil más pobre es, como máximo, 122 dólares al año. Pero, aun así, se quiere expandir la gratuidad más allá de lo que se definió democráticamente y se pretende que lo hagamos sin mayor cuestionamiento a su justicia. Hay algo que no cuadra.

La gratuidad hoy acapara no solo nuestros recursos, sino también nuestros debates posibles. En educación superior hemos hablado prácticamente solo de ella. Tememos que eso siga así por un buen tiempo. Mientras tanto, ni siquiera nos estamos preguntando, entre otras cosas, cómo mejorar la calidad de nuestras universidades, cómo fomentar la investigación de punta, cómo reducir la deserción y cómo asegurar la pertinencia de las miles de carreras que se ofrecen en el país.

Estamos envueltos en una comedia de equivocaciones y, también, en un debate poco edificante. La gratuidad se ha convertido en un verdadero hoyo negro que nos permite que ninguna materia escape de ella.

HARALD BEYER*
LORETO COX**

III. UNA VUELTA DE TUERCA

1. *Queremos nuestro 2 de mayo.* Es la hora del levantamiento contra la colonización intelectual de la neo-revolución francesa. Me refiero a que ha llegado la hora de la independencia del *ethos* francés, en lo filosófico y en lo teológico.

También del paradigma alemán. La zona de confort del catolicismo hispano ha de ceder su suelo a la arena del Circo, que es ahora nuestro suelo. Levantaos, vamos. Dejemos de estar sentados en la crisis y pongámonos de pie.

2. *La invasión fenomenológica* ha tenido lugar como antaño la napoleónica, con la apisonadora de la Revolución y la aquiescencia de los que mandan pero no pastorean. Dejamos de lado nuestro propio genio y nos rendimos a un numen extranjero; que no surgió de la gran Tradición sino de 1789.

3. *Hay que decir adiós a los principios ajenos.* No más Blondeles ni Bergsones ni más Mounieres. No más sospechas contra la *traditio*, ni más deconstrucción de lo heredado, ni más humanismo integral ni más *sobrenaturales* desnaturalizados ni

*Universidad Adolfo Ibáñez.

**Centro de Estudios Públicos.

Publicado en *El Mercurio*, 22.8.2019.

métodos de inmanencia ni zarandajas. Tuvieron su hora pero ya pasó. Delubaquistas y maritainianos tuvieron su posconcilio de gloria, pero ya pasó.

–*Vamos de naufragio en naufragio, supervivientes pero no cansados. Pero llegó la hora de encauzar el rumbo. Para eso hay que mirar más allá, sobre hombros de gigantes. Pero no miramos atrás con nostalgia sino con veneración, como ha de contemplar el accipiens al tradens.*

4. *Una vuelta de tuerca.* Con el socorro de Dios, hay que darle a la crisis un giro inesperado, poniendo en juego un gran poder de reacción; que se corrija el rumbo es prioritario, se evite el descalabro, que ya es mayúsculo; se desenlacen nudos en la autoridad y la potestad; se libere el derecho penal de la Iglesia, su disciplina se fortifique, su función docente se clarifique; se restaure el glorioso culto de dulía, dando un *cambio intercedido* inesperado hacia mejor, dejando atrás lo peor.

5. *No es nostalgia, sino supervivencia.* Un golpe intelectual de timón, que revierta el rumbo errado. La confusión de la nave se produjo por navegar con instrumentos inadecuados. Sea la vuelta de tuerca, que cambie con temor y temblor las coordenadas, un *movimiento de clarificación* con siete puntos o *posiciones de esplendor*.

Y este primer paso compuesto nos enderezará el camino, con el auxilio de la gracia. Contra el pensamiento tóxico invasor, siete triacas, siete sustituciones que reviertan la Impostura:

I) En lugar del concepto administrativo de *sanción*, –el concepto tradicional de *pena*.

II) En lugar del concepto roussoniano-kantiano de dignidad humana, –el concepto tradicional de dignidad ontológica y moral.

III) En lugar de una “metafísica” existencial personalista, –la metafísica aristotélico-tomista. En lugar de valores, virtudes (morales y teologales).

IV) En lugar de *normas generales* y un *ethos* global, –la ley natural universal e inmutable; y no sólo para vida privada, también para la vida política y social.

V) En lugar de misericordia sin derecho, –derecho con misericordia, (recuperando el sentido clásico de lo justo, en el derecho natural y cristiano).

VI) En lugar del absolutismo positivista de la persona, –la primacía absoluta del bien común.

VII) En lugar de laicidades fuertes o débiles, insanas o “sanas”, –la realeza social de Cristo.

AÑADIMIENTO

Domus optima, no hay cosa mejor que la propia casa, reza el Emblema 41 de las *Empresas Morales* de Don Juan de Borja, 1680. No hay cosa mejor para nosotros que nuestra propia *traditio* local, surgida de la gran Tradición católica.

La imagen de una tortuga sirve al hijo de San Francisco de Borja para expresar una verdad que, por sensata y cabal, ha de hacerse carne y hueso en nuestras entrañas: no estaremos mejor, *nosotros*, en otro domicilio espiritual que en el de nuestra Hispanidad católica.

Porque por ella, en bien nuestro, llegamos tarde a la Modernidad, como a la Boda de Júpiter la tortuga; y por eso nos perjudicó en menor medida que a otros.

Que por estar tan bien en nuestra propia casa, cual *Cristiandad menor*, llegamos tarde a casa ajena. Y esta demora nos sirvió, durante mucho tiempo, para evitar muchos males.

La Modernidad posluterana quiso entrar en nuestra casa, pero entró tarde. No llevamos tanto tiempo en decadencia como otros. Por eso, no nos dejemos engañar. No asimilemos como nuestro el mal que descompuso a otros.

* * *

LA VUELTA DE TUERCA, EN UNA SOLA MÁXIMA

Es necesario afirmar, hoy más que nunca, esta verdad católica: las leyes divinas, con el socorro eficaz de la gracia, deben regular la vida y la conducta de los particulares, PERO TAMBIÉN la vida y la conducta del Estado; porque NO es lícito en la vida política y social apartarse de los preceptos de Dios y del orden de la gracia y legislar sin tenerlos en cuenta para nada.

ALONSO GRACIÁN*

IV. ESTADO DE DESECHO

Se ha divulgado en estos días un vídeo en el que *Alfonso Guerra revela que miembros del Tribunal Constitucional prevaricaron bajo presiones, avalando la constitucionalidad de la llamada ley de violencia de género*, que desde entonces permitió elevar las penas en los casos en los que el varón sea el agresor y la mujer la víctima, en flagrante conculcación del principio de igualdad ante la ley.

Desde esta modesta tribuna de papel y tinta hemos denunciado en reiteradas ocasiones que en España *el Derecho ha dejado de ser determinación de la justicia, para convertirse en un barrizal positivista nacido del arbitrio del poderoso de turno*, que utiliza las leyes y las sentencias judiciales para imponer su voluntad. Este uso arbitrario del Derecho es, sin duda alguna, el problema político más grave que padecemos; pero se trata de un problema que no conviene airear, no sea que las masas cretinizadas se percaten de que somos víctimas de la más terrible forma de totalitarismo, que es la que convierte el ordenamiento jurídico en una monstruosa “Gorgona del poder”, según la célebre expresión de *Kelsen*.

España, repiten cínicamente nuestros políticos, es un “Estado de Derecho”. Pero esto no significa, como piensan con ingenuidad las masas cretinizadas, que en España rija el clásico “imperio de la ley”; y mucho menos que el poder político esté sometido a un sistema de leyes. “Estado de derecho” alude a la capacidad demiúrgica del poder político para crear leyes a su conveniencia (leyes que respondan a la ideología reinante en cada coyuntura); “Estado de derecho” alude

*Publicado en *Infocat*, 22.1.2019.

a la ilimitación jurídica del poder político, que para imponer sus designios se convierte en una fábrica de leyes cambiantes y a menudo incongruentes; “Estado de derecho”, en fin, expresa que las leyes (y solo ellas, sin fundamento alguno en un orden del ser) determinan lo que es justo, de tal modo que, al legislar, el Estado se convierte en creador caprichoso de la justicia.

En algún artículo anterior hemos citado esa frase estremecedora (por proterva) de *Gregorio Peces-Barba*, en la que explica que en España la interpretación de las leyes está al albur del poder político, mediante el control que este ejerce sobre el Tribunal Constitucional (aunque, en realidad, este control se extiende también al Tribunal Supremo y a toda la administración de justicia, donde cada vez más jueces son meros jenízaros de la ideología reinante). Este vídeo pavoroso de Alfonso Guerra nos confirma, en efecto, que el Tribunal Constitucional no es más que un instrumento en manos del poder político para la conversión del Derecho en arbitraria voluntad de poder. Y lo mismo que el Tribunal Constitucional amparó en su día el aborto, como profetizase Peces-Barba, avaló esta llamada ley de violencia de género, que no solo conculca el principio de igualdad ante la ley, sino también la presunción de inocencia.

Y lo hizo porque estamos en un “Estado de derecho”, en el que el poder político configura arbitrariamente y sin relación alguna con una idea de justicia (es decir, de forma totalitaria) el horizonte vital de las personas sometidas a su dominio. Se unen así el *nihilismo jurídico* (barrizal positivista cambiante, tribunales lacayos que interpretan las leyes a gusto del que manda) y el *nihilismo existencial*, que nos obliga a vivir según establezcan los ingenieros sociales de turno. Así, el Derecho degenera en puro ejercicio de la fuerza, como en el célebre verso de *Juvenal*: “*Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*”. O, en román paladino: “Lo quiero, lo mando, sirva mi voluntad de razón”. Llamadlo “Estado de derecho”, si os apetece. Pero es un sórdido Estado de desecho.

JUAN MANUEL DE PRADA*

*Publicado en el Diario *ABC*, de Madrid, 3.12.2019.

DOCUMENTOS

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA PLENARIA DE LA ACADEMIA PONTIFICIA PARA LA VIDA

Sala Clementina
Lunes, 25 de junio de 2018

Ilustres señores y señoras:

Me alegra dirigirles mi saludo, empezando por el presidente, el arzobispo Vincenzo Paglia, a quien doy las gracias por haberme presentado esta Asamblea general, en la cual el tema de la vida humana será situado en el amplio contexto del mundo globalizado en el que vivimos hoy. Y también, quiero dirigir un saludo al cardenal Sgreccia, de noventa años pero entusiasta, joven, en la lucha por la vida. Gracias, eminencia, por lo que ha hecho en este campo y por lo que está haciendo. Gracias.

La sabiduría que debe inspirar nuestra actitud en relación con la “ecología humana” está instada a considerar la cualidad ética y espiritual de la vida en todas sus fases. Existe una vida humana concebida, una vida en gestación, una vida que viene a la luz, una vida niña, una vida adolescente, una vida adulta, una vida envejecida y consumida –y existe la vida eterna. Existe una vida que es familia y comunidad, una vida que es invocación y esperanza. Como también existe la vida humana frágil y enferma, la vida herida, ofendida, abatida, marginada, descartada. Es siempre vida humana. Es la vida de las personas humanas, que habitan la tierra creada por Dios y comparten la casa común a todas las criaturas vivientes. Ciertamente en los laboratorios de biología se estudia la vida con los instrumentos que consienten explorar los aspectos físicos, químicos y mecánicos. Un estudio importantísimo e imprescindible, pero que debe ser integrado con una perspectiva más amplia y más profunda, que pide atención a la vida propiamente humana, que irrumpe en la escena del mundo con el prodigio de la palabra y del pensamiento, de los afectos y del espíritu. ¿Qué reconocimiento recibe hoy la sabiduría humana de la vida de las ciencias de la naturaleza? ¿Y qué cultura política inspira la promoción y la protección de la vida humana real? El trabajo “bonito” de la vida es la generación de una persona nueva, la educación de sus cualidades espirituales y creativas, la iniciación al amor de la familia y de la comunidad, el cuidado de sus vulnerabilidades y de sus heridas; como también la iniciación a la vida de los hijos de Dios, en Jesucristo.

Cuando entregamos niños a la privación, los pobres al hambre, los perseguidos a la guerra, los viejos al abandono, ¿no hacemos nosotros mismos, sin embargo, el trabajo “sucio” de la muerte? ¿De dónde viene, de hecho, el trabajo sucio de la muerte? Viene del pecado. El mal trata de persuadirnos de que la muerte es el final de cada cosa, que hemos venido al mundo por casualidad y estamos des-

tinados a terminar en la nada. Excluyendo al otro de nuestro horizonte, la vida se repliega sobre sí y se convierte en bien de consumo. Narciso, el personaje de la mitología antigua, que se ama a sí mismo e ignora el bien de los demás, es ingenuo y no se da ni siquiera cuenta. Pero mientras tanto, difunde un virus espiritual muy contagioso, que nos condena a convertirnos en hombres –espejo y mujeres– espejo, que se ven solamente a sí mismos y nada más. Es como volverse ciegos a la vida y a su dinámica, en cuanto don recibido de otros y que pide ser puesto responsablemente en circulación por otros. La visión global de la bioética, que vosotros os estáis preparando para relanzar en el campo de la ética social y del humanismo planetario, fuertes de la inspiración cristiana, se comprometerá con más seriedad y rigor a desencadenar la complicidad con el trabajo sucio de la muerte, sostenido por el pecado. Nos podrá así restituir a las razones y a las prácticas de la alianza con la gracia destinada por Dios en la vida de cada uno de nosotros. Esta bioética no se moverá a partir de la enfermedad y de la muerte para decidir el sentido de la vida y definir el valor de la persona. Se moverá más bien de la profunda convicción de la irrevocable dignidad de la persona humana así como Dios la ama, dignidad de toda persona, en cada fase y condición de su existencia, en la búsqueda de las formas del amor y del cuidado que deben ser dirigidos a su vulnerabilidad y a su fragilidad.

Por tanto, en primer lugar, esta bioética global será una modalidad específica para desarrollar la perspectiva de la ecología integral que es propia de la encíclica *Laudato si'*, con la que he insistido sobre estos puntos-fuertes: “la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que en el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, el valor propio de cada criatura, el sentido humano de la ecología, la necesidad de debates sinceros y honestos, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida. Estos temas no se cierran ni abandonan, sino que son constantemente replanteados y enriquecidos” (n. 16).

En segundo lugar, en una visión holística de la persona, se trata de articular cada vez con mayor claridad todas las uniones y las diferencias concretas en las que habita la universal condición humana y que nos implican a partir de nuestro cuerpo. De hecho “nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común, mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio sobre la creación. Aprender a recibir el propio cuerpo, a cuidarlo y a respetar sus significados es esencial para una verdadera ecología humana. También la valoración del propio cuerpo en su femineidad o masculinidad es necesaria para reconocerse a sí mismo en el encuentro con el diferente” (*Laudato si'*, 155).

Es necesario por tanto proceder en un cuidadoso discernimiento de las complejas diferencias fundamentales de la vida humana: del hombre y de la mujer, de la paternidad y de la maternidad, de la filiación y de la fraternidad, de la socialidad y también de todas las diferentes edades de la vida. Como también de todas las condiciones difíciles y de todos los pasajes delicados o peligrosos que exigen especial sabiduría ética y valiente resistencia moral: la sexualidad

y la generación, la enfermedad y la vejez, la insuficiencia y la discapacidad, la privación y la exclusión, la violencia y la guerra. “La defensa del inocente que no ha nacido, por ejemplo, debe ser clara, firme y apasionada, porque allí está en juego la dignidad de la vida humana, siempre sagrada, y lo exige el amor a cada persona más allá de su desarrollo. Pero igualmente sagrada es la vida de los pobres que ya han nacido, que se debaten en la miseria, el abandono, la postergación, la trata de personas, la eutanasia encubierta en los enfermos y ancianos privados de atención, las nuevas formas de esclavitud, y en toda forma de descarte” (Exort. ap. *Gaudete et exultate*, 101).

En los textos y en las enseñanzas de la formación cristiana y eclesial, estos temas de la ética y de la vida humana deberán encontrar una colocación adecuada en el ámbito de una antropología global y no ser confinados entre las cuestiones límite de la moral y el derecho. Una conversión a la centralidad actual de la ecología humana integral, es decir, de una comprensión armónica y global de la condición humana, que espero encontréis en vuestro compromiso intelectual, civil y religioso, válido soporte y entonación propositiva.

La bioética global nos incita, por lo tanto, a la sabiduría de un profundo y objetivo discernimiento del valor de la vida personal y comunitaria, que debe ser custodiado y promovido también en las condiciones más difíciles. Debemos afirmar con fuerza que, sin el adecuado sostén de una proximidad humana responsable, ninguna regla puramente jurídica y ningún auxilio técnico podrán, por sí solos, garantizar condiciones y contextos relacionales correspondientes a la dignidad de la persona. La perspectiva de una globalización que, dejada solamente a su dinámica espontánea, tiende a aumentar y profundizar las desigualdades, pide una respuesta ética a favor de la justicia. La atención a los factores sociales, económicos, culturales y ambientales que determinan la salud entra en este compromiso y se convierte en una forma concreta de hacer realidad el derecho de cada pueblo a “la participación, sobre la base de la igualdad y de la solidaridad, de los bienes que están destinados a todos los hombres” (Juan Pablo II, Carta Encíclica *Sollicitudo rei socialis*, 21).

Por último, la cultura de la vida debe dirigir más seriamente la mirada a la “cuestión seria” de su destino último. Se trata de resaltar con mayor claridad qué es lo que orienta la existencia del hombre hacia un horizonte que lo supera: cada persona está llamada gratuitamente “como hijo, a la unión con Dios y a la participación de su felicidad. [...] Enseña además la Iglesia que la esperanza escatológica no merma la importancia de las tareas temporales, sino que más bien proporciona nuevos motivos de apoyo para su ejercicio” (Conc. Ecum. Vat. II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 21). Es necesario interrogarse más a fondo sobre el destino último de la vida, capaz de restituir dignidad y sentido al misterio de sus efectos más profundos y más sagrados. La vida del hombre, hermosa hasta encantar y frágil hasta morir, se refiere más allá de sí misma: nosotros somos infinitamente más que aquello que podemos hacer por nosotros mismos. Pero la vida del hombre es increíblemente tenaz, ciertamente por una misteriosa gracia que viene desde lo alto, en la audacia de su invocación de una justicia y de una victoria definitiva del amor. Y es incluso capaz –esperanza contra cada esperanza– de sacrificarse por ella, hasta el final. Reconocer y apreciar esta fidelidad y esta dedicación suya a la vida suscita en nosotros gratitud y responsabilidad y nos alienta a ofrecer generosamente nuestro saber y nuestra experiencia a toda

la comunidad humana. La sabiduría cristiana debe reabrir con pasión y audacia el pensamiento del destino del género humano hacia la vida de Dios, que ha prometido abrir al amor de la vida, más allá de la muerte, el horizonte infinito de amorosos cuerpos de luz, sin más lágrimas. Y sorprenderlos eternamente con el siempre nuevo encanto de todas las cosas “visibles e invisibles” que están escondidas en la gracia del Creador. Gracias.

MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO III JORNADA MUNDIAL DE LOS POBRES Domingo XXXIII del Tiempo Ordinario 17 de noviembre de 2019

LA ESPERANZA DE LOS POBRES NUNCA SE FRUSTRARÁ

1. “La esperanza de los pobres nunca se frustrará” (*Sal* 9,19). Las palabras del salmo se presentan con una actualidad increíble. Ellas expresan una verdad profunda que la fe logra imprimir sobre todo en el corazón de los más pobres: devolver la esperanza perdida a causa de la injusticia, el sufrimiento y la precariedad de la vida.

El salmista describe la condición del pobre y la arrogancia del que lo oprime (cf. 10,1-10); invoca el juicio de Dios para que se restablezca la justicia y se supere la iniquidad (cf. 10,14-15). Es como si en sus palabras volviese de nuevo la pregunta que se ha repetido a lo largo de los siglos hasta nuestros días: ¿cómo puede Dios tolerar esta disparidad? ¿Cómo puede permitir que el pobre sea humillado, sin intervenir para ayudarlo? ¿Por qué permite que quien oprime tenga una vida feliz mientras su comportamiento debería ser condenado precisamente ante el sufrimiento del pobre?

Este salmo se compuso en un momento de gran desarrollo económico que, como suele suceder, también produjo fuertes desequilibrios sociales. La inequidad generó un numeroso grupo de indigentes, cuya condición parecía aún más dramática cuando se comparaba con la riqueza alcanzada por unos pocos privilegiados. El autor sagrado, observando esta situación, dibuja un cuadro lleno de realismo y verdad.

Era una época en la que la gente arrogante y sin ningún sentido de Dios perseguía a los pobres para apoderarse incluso de lo poco que tenían y reducirlos a la esclavitud. Hoy no es muy diferente. La crisis económica no ha impedido a muchos grupos de personas un enriquecimiento que con frecuencia aparece aún más anómalo si vemos en las calles de nuestras ciudades el ingente número de pobres que carecen de lo necesario y que en ocasiones son además maltratados y explotados. Vuelven a la mente las palabras del Apocalipsis: “Tú dices: “soy rico, me he enriquecido; y no tengo necesidad de nada”; y no sabes que tú eres desgraciado, digno de lástima, ciego y desnudo” (*Ap* 3,17). Pasan los siglos, pero la condición de ricos y pobres se mantiene inalterada, como si la experiencia de

la historia no nos hubiera enseñado nada. Las palabras del salmo, por lo tanto, no se refieren al pasado, sino a nuestro presente, expuesto al juicio de Dios.

2. También hoy debemos nombrar las numerosas formas de nuevas esclavitudes a las que están sometidos millones de hombres, mujeres, jóvenes y niños.

Todos los días nos encontramos con *familias* que se ven obligadas a abandonar su tierra para buscar formas de subsistencia en otros lugares; *huérfanos* que han perdido a sus padres o que han sido separados violentamente de ellos a causa de una brutal explotación; *jóvenes* en busca de una realización profesional a los que se les impide el acceso al trabajo a causa de políticas económicas miopes; *víctimas* de tantas formas de violencia, desde la prostitución hasta las drogas, y humilladas en lo más profundo de su ser. ¿Cómo olvidar, además, a los millones de *inmigrantes* víctimas de tantos intereses ocultos, tan a menudo instrumentalizados por fines políticos, a los que se les niega la solidaridad y la igualdad? ¿Y qué decir de las numerosas personas *marginadas* y *sin hogar* que deambulan por las calles de nuestras ciudades?

Con frecuencia vemos a los pobres en los *vertederos* recogiendo el producto del descarte y de lo superfluo, para encontrar algo que comer o con qué vestirse. Convertidos ellos mismos en parte de un vertedero humano son tratados como desperdicios, sin que exista ningún sentimiento de culpa por parte de aquellos que son cómplices en este escándalo. Considerados generalmente como parásitos de la sociedad, a los pobres no se les perdona ni siquiera su pobreza. Se está siempre alerta para juzgarlos. No pueden permitirse ser tímidos o desanimarse; son vistos como una amenaza a la gente incapaz, solo porque son pobres.

Para aumentar el drama, no se les permite ver el final del túnel de la miseria. Se ha llegado hasta el punto de teorizar y realizar una *arquitectura hostil* para deshacerse de su presencia, incluso en las calles, últimos lugares de acogida. Deambulan de una parte a otra de la ciudad, esperando conseguir un trabajo, una casa, un poco de afecto... Cualquier posibilidad que se les ofrezca se convierte en un rayo de luz; sin embargo, incluso donde debería existir al menos la justicia, a menudo se comprueba el ensañamiento en su contra mediante la violencia de la arbitrariedad. Se ven obligados a trabajar horas interminables bajo el sol abrasador para cosechar los frutos de la estación, pero se les recompensa con una paga irrisoria; no tienen seguridad en el trabajo ni condiciones humanas que les permitan sentirse iguales a los demás. Para ellos no existe el subsidio de desempleo, indemnizaciones, ni siquiera la posibilidad de enfermarse.

El salmista describe con crudo realismo la actitud de los ricos que despojan a los pobres: "Están al acecho del pobre para robarle, arrastrándolo a sus redes" (cf. *Sal* 10,9). Es como si para ellos se tratara de una jornada de caza, en la que los pobres son acorralados, capturados y hechos esclavos. En una condición como esta, el corazón de muchos se cierra y se afianza el deseo de volverse invisibles. Así, vemos a menudo a una multitud de pobres tratados con retórica y soportados con fastidio. Ellos se vuelven como transparentes y sus voces ya no tienen fuerza ni consistencia en la sociedad. Hombres y mujeres cada vez más extraños entre nuestras casas y marginados en nuestros barrios.

3. El contexto que el salmo describe se tiñe de tristeza por la injusticia, el sufrimiento y la amargura que afecta a los pobres. A pesar de ello, se ofrece una hermosa

definición del pobre. Él es aquel que “confía en el Señor” (cf. v. 11), porque tiene la certeza de que nunca será abandonado. El pobre, en la Escritura, es el hombre de la confianza. El autor sagrado brinda también el motivo de esta confianza: él “conoce a su Señor” (cf. *ibid.*), y en el lenguaje bíblico este “conocer” indica una relación personal de afecto y amor.

Estamos ante una descripción realmente impresionante que nunca nos hubiéramos imaginado. Sin embargo, esto no hace sino manifestar la grandeza de Dios cuando se encuentra con un pobre. Su fuerza creadora supera toda expectativa humana y se hace realidad en el “recuerdo” que él tiene de esa persona concreta (cf. v. 13). Es precisamente esta confianza en el Señor, esta certeza de no ser abandonado, la que invita a la esperanza. El pobre sabe que Dios no puede abandonarlo; por eso vive siempre en la presencia de ese Dios que lo recuerda. Su ayuda va más allá de la condición actual de sufrimiento para trazar un camino de liberación que transforma el corazón, porque lo sostiene en lo más profundo.

4. La descripción de la acción de Dios en favor de los pobres es un estribillo permanente en la Sagrada Escritura. Él es aquel que “escucha”, “interviene”, “protege”, “defiende”, “redime”, “salva”... En definitiva, el pobre nunca encontrará a Dios indiferente o silencioso ante su oración. Dios es aquel que hace justicia y no olvida (cf. *Sal* 40,18; 70,6); de hecho, es para él un refugio y no deja de acudir en su ayuda (cf. *Sal* 10,14).

Se pueden alzar muchos muros y bloquear las puertas de entrada con la ilusión de sentirse seguros con las propias riquezas en detrimento de los que se quedan afuera. No será así para siempre. El “día del Señor”, tal como es descrito por los profetas (cf. *Am* 5,18; *Is* 2-5; *Jl* 1-3), destruirá las barreras construidas entre los países y sustituirá la arrogancia de unos pocos por la solidaridad de muchos. La condición de marginación en la que se ven inmersas millones de personas no podrá durar mucho tiempo. Su grito aumenta y alcanza a toda la tierra. Como escribió D. Primo Mazzolari: “El pobre es una protesta continua contra nuestras injusticias; el pobre es un polvorín. Si le das fuego, el mundo estallará”.

5. No hay forma de eludir la llamada apremiante que la Sagrada Escritura confía a los pobres. Dondequiera que se mire, la Palabra de Dios indica que los pobres son aquellos que no disponen de lo necesario para vivir porque dependen de los demás. Ellos son el oprimido, el humilde, el que está postrado en tierra. Aun así, ante esta multitud innumerable de indigentes, Jesús no tuvo miedo de identificarse con cada uno de ellos: “Cada vez que lo hicisteis con uno de estos, mis hermanos más pequeños, conmigo lo hicisteis” (*Mt* 25,40). Huir de esta identificación equivale a falsificar el Evangelio y atenuar la revelación. El Dios que Jesús quiso revelar es este: un Padre generoso, misericordioso, inagotable en su bondad y gracia, que ofrece esperanza sobre todo a los que están desilusionados y privados de futuro.

¿Cómo no destacar que las bienaventuranzas, con las que Jesús inauguró la predicación del Reino de Dios, se abren con esta expresión: “Bienaventurados los pobres” (*Lc* 6,20)? El sentido de este anuncio paradójico es que el Reino de Dios pertenece precisamente a los pobres, porque están en condiciones de recibirlo. ¡Cuántas personas pobres encontramos cada día! A veces parece que el paso del tiempo y las conquistas de la civilización aumentan su número en vez de disminuirlo. Pasan los siglos, y la bienaventuranza evangélica parece cada vez

más paradójica; los pobres son cada vez más pobres, y hoy lo son aún más. Pero Jesús, que ha inaugurado su Reino poniendo en el centro a los pobres, quiere decirnos precisamente esto: Él *ha inaugurado*, pero nos ha confiado a nosotros, sus discípulos, la tarea de llevarlo adelante, asumiendo la responsabilidad de dar esperanza a los pobres. Es necesario, sobre todo en una época como la nuestra, reavivar la esperanza y restaurar la confianza. Es un programa que la comunidad cristiana no puede subestimar. De esto depende que sea creíble nuestro anuncio y el testimonio de los cristianos.

6. La Iglesia, estando cercana a los pobres, se reconoce como un pueblo extendido entre tantas naciones cuya vocación es la de no permitir que nadie se sienta extraño o excluido, porque implica a todos en un camino común de salvación. La condición de los pobres obliga a no distanciarse de ninguna manera del Cuerpo del Señor que sufre en ellos. Más bien, estamos llamados a tocar su carne para comprometernos en primera persona en un servicio que constituye auténtica evangelización. La promoción de los pobres, también en lo social, no es un compromiso externo al anuncio del Evangelio, por el contrario, pone de manifiesto el realismo de la fe cristiana y su validez histórica. El amor que da vida a la fe en Jesús no permite que sus discípulos se encierren en un individualismo asfixiante, soterrado en segmentos de intimidad espiritual, sin ninguna influencia en la vida social (cf. Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 183).

Hace poco hemos llorado la muerte de un gran apóstol de los pobres, Jean Vanier, quien con su dedicación logró abrir nuevos caminos a la labor de promoción de las personas marginadas. Jean Vanier recibió de Dios el don de dedicar toda su vida a los hermanos y hermanas con discapacidades graves, a quienes la sociedad a menudo tiende a excluir. Fue un “santo de la puerta de al lado” de la nuestra; con su entusiasmo supo congregar en torno suyo a muchos jóvenes, hombres y mujeres, que con su compromiso cotidiano dieron amor y devolvieron la sonrisa a muchas personas débiles y frágiles, ofreciéndoles una verdadera “arca” de salvación contra la marginación y la soledad. Este testimonio suyo ha cambiado la vida de muchas personas y ha ayudado al mundo a mirar con otros ojos a las personas más débiles y frágiles. El grito de los pobres ha sido escuchado y ha producido una esperanza inquebrantable, generando signos visibles y tangibles de un amor concreto que también hoy podemos reconocer.

7. “La opción por los últimos, por aquellos que la sociedad descarta y desecha” (*ibíd.*, 195) es una opción prioritaria que los discípulos de Cristo están llamados a realizar para no traicionar la credibilidad de la Iglesia y dar esperanza efectiva a tantas personas indefensas. En ellas, la caridad cristiana encuentra su verificación, porque quien se compadece de sus sufrimientos con el amor de Cristo recibe fuerza y confiere vigor al anuncio del Evangelio.

El compromiso de los cristianos, con ocasión de esta *Jornada Mundial* y sobre todo en la vida ordinaria de cada día, no consiste solo en iniciativas de asistencia que, si bien son encomiables y necesarias, deben tender a incrementar en cada uno la plena atención que le es debida a cada persona que se encuentra en dificultad. “Esta atención amante es el inicio de una verdadera preocupación” (*ibíd.*, 199) por los pobres en la búsqueda de su verdadero bien. No es fácil ser testigos de la esperanza cristiana en el contexto de una cultura consumista y de

descarte, orientada a acrecentar el bienestar superficial y efímero. Es necesario un cambio de mentalidad para redescubrir lo esencial y darle cuerpo y efectividad al anuncio del Reino de Dios.

La esperanza se comunica también a través de la consolación, que se realiza acompañando a los pobres no por un momento, cargado de entusiasmo, sino con un compromiso que se prolonga en el tiempo. Los pobres obtienen una esperanza verdadera no cuando nos ven complacidos por haberles dado un poco de nuestro tiempo, sino cuando reconocen en nuestro sacrificio un acto de amor gratuito que no busca recompensa.

8. A los numerosos voluntarios, que muchas veces tienen el mérito de ser los primeros en haber intuido la importancia de esta preocupación por los pobres, les pido que crezcan en su dedicación. Queridos hermanos y hermanas: Os exhorto a descubrir en cada pobre que encontráis lo que él realmente necesita; a no deteneros ante la primera necesidad material, sino a ir más allá para descubrir la bondad escondida en sus corazones, prestando atención a su cultura y a sus maneras de expresarse, y así poder entablar un verdadero diálogo fraterno. Dejemos de lado las divisiones que provienen de visiones ideológicas o políticas, fijemos la mirada en lo esencial, que no requiere muchas palabras sino una mirada de amor y una mano tendida. No olvidéis nunca que “la peor discriminación que sufren los pobres es la falta de atención espiritual” (*ibid.*, 200).

Antes que nada, los pobres tienen necesidad de Dios, de su amor hecho visible gracias a personas santas que viven junto a ellos, las que en la sencillez de su vida expresan y ponen de manifiesto la fuerza del amor cristiano. Dios se vale de muchos caminos y de instrumentos infinitos para llegar al corazón de las personas. Por supuesto, los pobres se acercan a nosotros también porque les distribuimos comida, pero lo que realmente necesitan va más allá del plato caliente o del bocadillo que les ofrecemos. Los pobres necesitan nuestras manos para reincorporarse, nuestros corazones para sentir de nuevo el calor del afecto, nuestra presencia para superar la soledad. Sencillamente, ellos necesitan amor.

9. A veces se requiere poco para devolver la esperanza: basta con detenerse, sonreír, escuchar. Por un día dejemos de lado las estadísticas; los pobres no son números a los que se pueda recurrir para alardear con obras y proyectos. Los pobres son personas a las que hay que ir a encontrar: son jóvenes y ancianos solos a los que se puede invitar a entrar en casa para compartir una comida; hombres, mujeres y niños que esperan una palabra amistosa. Los pobres nos salvan porque nos permiten encontrar el rostro de Jesucristo.

A los ojos del mundo, no parece razonable pensar que la pobreza y la indigencia puedan tener una fuerza salvífica; sin embargo, es lo que enseña el Apóstol cuando dice: “No hay en ella muchos sabios en lo humano, ni muchos poderosos, ni muchos aristócratas; sino que, lo necio del mundo lo ha escogido Dios para humillar a los sabios, y lo débil del mundo lo ha escogido Dios para humillar lo poderoso. Aún más, ha escogido la gente baja del mundo, lo despreciable, lo que no cuenta, para anular a lo que cuenta, de modo que nadie pueda gloriarse en presencia del Señor” (1 Co 1,26-29). Con los ojos humanos no se logra ver esta fuerza salvífica; con los ojos de la fe, en cambio, se la puede ver en acción y experimentarla en primera persona. En el corazón del Pueblo de Dios que

camina late esta fuerza salvífica, que no excluye a nadie y a todos congrega en una verdadera peregrinación de conversión para reconocer y amar a los pobres.

10. El Señor no abandona al que lo busca y a cuantos lo invocan; “no olvida el grito de los pobres” (*Sal* 9,13), porque sus oídos están atentos a su voz. La esperanza del pobre desafía las diversas situaciones de muerte, porque él se sabe amado particularmente por Dios, y así logra vencer el sufrimiento y la exclusión. Su condición de pobreza no le quita la dignidad que ha recibido del Creador; vive con la certeza de que Dios mismo se la restituirá plenamente, pues él no es indiferente a la suerte de sus hijos más débiles, al contrario, se da cuenta de sus afanes y dolores y los toma en sus manos, y a ellos les concede fuerza y valor (cf. *Sal* 10,14). La esperanza del pobre se consolida con la certeza de ser acogido por el Señor, de encontrar en él la verdadera justicia, de ser fortalecido en su corazón para seguir amando (cf. *Sal* 10,17).

La condición que se pone a los discípulos del Señor Jesús, para ser evangelizadores coherentes, es sembrar signos tangibles de esperanza. A todas las comunidades cristianas y a cuantos sienten la necesidad de llevar esperanza y consuelo a los pobres, pido que se comprometan para que esta *Jornada Mundial* pueda reforzar en muchos la voluntad de colaborar activamente para que nadie se sienta privado de cercanía y solidaridad. Que nos acompañen las palabras del profeta que anuncia un futuro distinto: “A vosotros, los que teméis mi nombre, os iluminará un sol de justicia y hallaréis salud a su sombra” (*Mal* 3,20).

Vaticano, 13 de junio de 2019
Memoria litúrgica de san Antonio de Padua

FRANCISCO

DISCORSO DI PAOLO VI AI MEMBRI DEL PONTIFICIO SEMINARIO LOMBARDO Sabato, 7 dicembre 1968

Il Santo Padre inizia la familiare conversazione con un ringraziamento ai presenti. La loro visita era vivamente desiderata, tanto più che le incombenze quotidiane del governo della Chiesa l’avevano fatta differire di qualche tempo. In compenso essa viene a cadere nella festa liturgica di Sant’Ambrogio, al quale, come a san Carlo, si richiama il Seminario Lombardo: e perciò circostanza quanto mai appropriata e cara.

Molti ricordi si affacciano alla mente del Santo Padre: quelli del suo soggiorno come alunno nello stesso Seminario Lombardo, con le amicizie sacerdotali che ne erano scaturite; e quello del suo ministero pastorale nell’arcidiocesi mediolanense. Sua Santità confida ai presenti di aver celebrato, al mattino, la Santa Messa nel rito ambrosiano, applicandola per loro e per l’arcidiocesi, quasi a rinnovare nel

rito i legami di spirituale affetto che lo vincolano alle istituzioni che fanno capo al Santo Vescovo.

Di lui, come di san Carlo del resto, il Santo Padre sottolinea la caratteristica di un profondo e preminente amore alla Chiesa, espresso nella vita e negli scritti, così che sant'Ambrogio può essere chiamato soprattutto Dottore e Vescovo della Chiesa. Rievocando un commento di Ambrogio al brano evangelico della pesca miracolosa, ecco la bellissima espressione usata dal Santo: "Venerunt ad Petrum, id est ad Ecclesiam", per sottolineare la forza con cui il Pastore di Milano ha costantemente unito il concetto di fedeltà alla Chiesa a quello di fedeltà alla roccia che è suo fondamento, Pietro e il Sommo Pontefice suo successore, Vicario di Cristo.

Addentrandosi nella conversazione, il Santo Padre dischiude il suo animo ai presenti, sviluppando due concetti: "Ciò che Noi vediamo in voi e ciò che voi vedete in Noi".

Prima di tutto la loro presenza a Roma. Benedite il Signore, per essere a Roma! Quale mistero si proietta davanti a noi, quando diciamo Roma! È vero, aggiunge Paolo VI, c'è chi da Roma trae motivo di negligenza e malumore; ma grazie a Dio c'è anche chi sa vedere l'immenso bene che si irradia da questa città e ne assorbe lo spirito cristiano e cattolico, con una impronta indelebile. Questo dovranno fare gli alunni del Seminario Lombardo, prolungando la tradizione, non mai venuta meno, nei suoi lunghi anni di esistenza.

Inoltre questi alunni sono a Roma alle prese con i libri, sono studenti. Anche di questo bisogna benedire il Signore. Il tempo dello studio è una occasione unica nella vita. Più tardi, gli impegni di ministero costringeranno ad attingere a fonti di seconda mano, a ritagliare faticati intervalli di tempo per un aggiornamento che serva di appoggio immediato all'attività pastorale. Felice il tempo, quando ci si può dedicare a quel "silenzio" di cui parla S. Ambrogio nel *De Officiis*: il silenzio dell'applicazione intellettuale. Silenzio ricco e pieno. Sappiano gli alunni del Lombardo raccogliersi e studiare. C'è chi va dicendo che studiare non è più necessario: si contesta questa nota fondamentale. Ma vale sempre, invece, la parola di Pascal: "travailler à bien penser". Bisogna lavorare a pensare bene, bisogna allenarsi col tirocinio degli studi a rendere abituale questa ginnastica dello spirito. Infine la metà degli alunni sono già sacerdoti, già ministri della Grazia e della Parola. Il Santo Padre vede in loro dei sacerdoti che servono la Chiesa e li invita ad essere Ministri di Dio con pienezza. Amare la scienza, ma votarsi alla carità. Guardare la Chiesa, capire l'istante storico e spirituale che la Chiesa sta attraversando e sentirsi stimolati a un impegno profondo di fedeltà e di servizio.

Passando alla seconda considerazione, l'Augusto Pontefice ripete la domanda: "Che cosa vedete nel Papa?". E risponde: *Signum contradictionis*: un segno di contestazione. La Chiesa attraversa, oggi, un momento di inquietudine. Taluni si esercitano nell'autocritica, si direbbe perfino nell'autodemolizione. È come un rivolgimento interiore acuto e complesso, che nessuno si sarebbe atteso dopo il Concilio. Si pensava a una fioritura, a un'espansione serena dei concetti maturati nella grande assise conciliare. C'è anche questo aspetto nella Chiesa, c'è la fioritura. Ma poiché "*bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*", si viene a notare maggiormente l'aspetto doloroso. La Chiesa viene colpita pure da chi ne fa parte: allora vi lasceremo leggere fino in fondo al Nostro animo e intravedere i due sentimenti che ci stanno nel cuore, davanti a questo tumulto che tocca la

Chiesa e, com'è logico, si ripercuote soprattutto sul Papa. Un sentimento di gioia, per essere fatti degni di soffrire per il nome di Gesù. Le prove sono difficili e talvolta dure. Ma la realtà del nostro sacerdozio ci fa benedire il Signore di queste prove. Il cristiano conosce la gioia che sgorga dalla prova. È la certezza di essere col Signore, di camminare nella sua via, di verificare in sé la realizzazione delle sue predizioni e delle sue promesse, anche se dure per la nostra natura di esseri umani. E un sentimento di grande confidenza e fiducia. Tanti si aspettano dal Papa gesti clamorosi, interventi energici e decisivi. Il Papa non ritiene di dover seguire altra linea che non sia quella della confidenza in Gesù Cristo, a cui preme la sua Chiesa più che non a qualunque altro. Sarà Lui a sedare la tempesta. Quante volte il Maestro ha ripetuto: *"Confidite in Deum. Creditis in Deum, et in me credite!"*. Il Papa sarà il primo ad eseguire questo comando del Signore e ad abbandonarsi, senza ambascia o inopportune ansie, al gioco misterioso della invisibile ma certissima assistenza di Gesù alla sua Chiesa.

Non si tratta di un'attesa sterile o inerte: bensì di attesa vigile nella preghiera. È questa la condizione, che Gesù stesso ha scelto per noi, affinché Egli possa operare in pienezza. Anche il Papa ha bisogno di essere aiutato con la preghiera. Per questo gli alunni del Seminario Lombardo si impegneranno ad esserGli accanto e ad aiutarlo con preghiere quotidiane. Il Santo Padre, a sua volta, promette ai presenti il ricordo nella sua preghiera; e con toccanti espressioni di sentita paternità li benedice.

LA CRISIS DE FE EN EL SIGLO XXI: CAUSAS Y SALIDAS Mons. Athanasius Schneider

Es obvio y nadie puede negar que nuestro tiempo, el siglo XXI y, sobre todo, la sociedad del mundo occidental, atraviesa una profunda crisis espiritual, moral y religiosa. La crisis general de la sociedad humana, el espíritu del mundo, también ha entrado en la vida de la Iglesia. Nuestro Señor Jesucristo y los santos apóstoles nos han instado a adaptarnos al espíritu de este mundo. Jesús dijo que sus discípulos, es decir Su Iglesia, no son de este mundo, aunque están en este mundo. En su oración sacerdotal Jesús dijo al Padre: *No te ruego que te los lleves del mundo, sino que los guardes de la maldad. Ellos no pertenecen al mundo, como tampoco yo pertenezco al mundo* (Juan 17, 16).

Con el comienzo del Concilio Vaticano II, muchos e influyentes representantes de la Iglesia comenzaron a perfilar una actitud que ya no tomaba en serio las cualidades destructivas del pensamiento y la acción modernos. No querían ver los peligros de estas cualidades como tales. Y lo que es peor, han adoptado esta forma de pensar en el sentido de un supuesto progreso positivo y lo han implementado parcialmente como una supuesta renovación en todas las áreas de la vida eclesial (catequesis, liturgia, vida moral). Todos somos testigos ahora y enfrentamos la devastación espiritual que ha producido tal adaptación al espíritu

y los principios de este mundo en la vida de la Iglesia. Estamos viviendo una crisis de fe sin precedentes.

La causa inmediata de la actual crisis de fe es la penetración del espíritu de este mundo en la forma de pensar y actuar de muchos en la Iglesia. Desde la época del Concilio hasta nuestros días, muchos influyentes representantes de la Iglesia mostraron una especie de complejo de inferioridad para con el mundo, y comenzaron a coquetear con él, haciéndolo con la clase dominante de la opinión pública, de los medios de comunicación y de la política. Uno tiene la impresión de que muchos ministros en la Iglesia quieren ser reconocidos, amados y alabados por este mundo en vez de serlo por Dios.

Una de las causas más remotas de la crisis de fe en Europa es el secularismo y el relativismo intelectual.

¿Qué significa secularismo? Es un flujo de filosofía y política desde el siglo XVIII que en última instancia construye un mundo (en latín *saeculum*) sin Dios y quiere vivir como si Dios no existiera y eso se llama y significa antropocentrismo. Ya no es Dios, y ciertamente no el Dios encarnado Jesucristo, quien tiene de estar –de acuerdo con esta opinión– en el centro de la vida de la sociedad humana, sino el hombre.

Esta tendencia en realidad comenzó antes, en el siglo XV con el Humanismo y el Renacimiento. Esta tendencia, en su consecuencia final, significaba que el hombre debería convertirse en medida de todas las cosas. El tiempo se llamó “Renacimiento” entonces, que es una palabra francesa que significa “nuevo nacimiento”. Hay que preguntarse: ¿Un nuevo nacimiento de qué y por quién? Y la respuesta es esta: un renacimiento del mundo pagano clásico grecorromano. Al principio, por supuesto, eso solo se refería al arte, pero la forma de pensar y vivir, la mentalidad, también está relacionada con el arte. ¿Y qué significaba eso más concretamente? Esto significaba glorificar la naturaleza pura, con el sentido de lo sobrenatural cada vez más apagado. La naturaleza se ha puesto en el centro, y los lazos sobrenaturales del hombre con Dios, con Jesucristo, se han debilitado.

Como catalizador del antropocentrismo en la esfera religiosa surgió la ideología de Martín Lutero. Para Lutero, el ego es la instancia que decide con independencia sobre el significado de la Palabra de Dios, y eso significa subjetivismo religioso.

El antropocentrismo y el subjetivismo encontraron su expresión en la filosofía del deísmo en el siglo XVII. Esta teoría establece que si bien hay un Ser Supremo o un Creador, sigue siendo inaccesible para los humanos. Una revelación o una palabra de Dios es fundamentalmente imposible según esta teoría. Dios Creador, o el Ser Supremo, o como quieran llamarlo, habría dejado al hombre solo, para que el hombre pueda ser el maestro absoluto del bien y del mal. Esta teoría ocupa una posición central en la Masonería.

Para Martín Lutero, la fe fue una convicción subjetiva que no necesariamente dependía de un contenido objetivamente formulado de las creencias eclesiológicas. Hoy, muchos en la Iglesia están en peligro de descuidar el contenido objetivo de la verdad y la Revelación con el pretexto de que es suficiente confesar “Cristo es mi Redentor” o con el pretexto del “desarrollo de la doctrina”. Proclamar a Cristo sin enfatizar tampoco el contenido objetivo de la Verdad inmutable de la Revelación Divina y los Mandamientos significa en última instancia una nueva religión subjetiva de sentimientos y sensaciones. Aquí podemos ver una de las raíces más profundas de la crisis de fe de nuestro tiempo.

Hoy el secularismo en su forma de antropocentrismo ha alcanzado un clímax. Se trata de la independencia completa y de la supuesta libertad del hombre, donde todos deciden por sí mismos lo que es obvio y lo que es imaginario en el campo de la percepción; sobre lo que es verdadero y lo que es erróneo en el ámbito religioso; sobre lo que es bueno y lo que es malo en el ámbito moral. Tal antropocentrismo conduce a una sociedad cruel. ¿Y cuál es el resultado de eso? El egoísmo. El egoísmo es cruel y tiene el lema: “¡Solo yo y nada más!”. Esto en última instancia significa infierno. El egoísmo se expresa en esta actitud, que dice: “Si alguien me obstaculiza en lo que quiero hacer, entonces lo destruyo, luego lo mato”.

Y así, en la era moderna, a través de la práctica del aborto comenzó el genocidio de los niños no nacidos. Sin embargo, esto ha sido preparado por la práctica de la anticoncepción artificial, es decir por la exclusión activa y egoísta de la posibilidad de que una nueva persona venga a este mundo. El siguiente paso lógico del secularismo y el egoísmo es la eliminación de personas discapacitadas, enfermas y ancianas de la vida, como es su asesinato por las leyes y cínicas de eutanasia. Este es el camino hacia una nueva dictadura, una dictadura que tuvo su modelo histórico en la dictadura nazi en Alemania y en las dictaduras comunistas de muchos países.

Las palabras siguientes de Donoso Cortés, un excelente pensador y escritor católico de la España del siglo XIX, suenan proféticamente y son perfectamente aplicables al nuestro tiempo:

“Cuando se consideran atentamente estas abominables doctrinas es imposible no ver en ellas el signo misterioso, pero visible, de los errores que han de llevar a los tiempos apocalípticos. Si un pavor religioso no me impidiera poner los ojos en esos tiempos formidables, no me sería difícil apoyar en poderosas razones de analogía la opinión de que el gran imperio anticristiano será un colosal imperio demagógico, regido por un plebeyo de satánica grandeza, que será el hombre de pecado” (carta al cardenal Fornari, 9 de junio de 1852).

En nuestros días hemos llegado a la llamada dictadura de género. Es esta dictadura, y no la razón, la inteligibilidad y el sentido común lo que decide qué es la naturaleza y qué es la realidad. El principio de que el hombre mismo decide qué es la realidad es parte de la esencia de la ideología de la Masonería. Y esa es la forma más radical de antropocentrismo. En última instancia es una forma del satanismo, porque la criatura toma el lugar de Dios del Creador y quiere convertirse en Dios mismo. Sin embargo, Dios debería ser removido, y ante todo Jesucristo, el Dios encarnado, y su Iglesia deberían ser removidos de la conciencia y la vida de los hombres. La ideología de género y la ideología de la homosexualidad no son solo una forma de pensar insana, sino que en última instancia también una blasfemia y una rebelión contra la sabiduría y la majestad del poder creativo de Dios. Los defensores de esta ideología dicen: “No es Dios, sino que somos nosotros quienes decidimos quién es el hombre y quién es la mujer y cuántos sexos hay”.

Donoso Cortés señala también:

“Entre los errores contemporáneos no hay ninguno que no se resuelva en una herejía; y entre las herejías contemporáneas no hay ninguna que no se

resuelva en otra, condenada antiguamente por la Iglesia. En los errores pasados, la Iglesia ha condenado los errores presentes y los errores futuros. ... Por lo que hace al siglo en que estamos no hay sino mirarlo para conocer que lo que lo hace tristemente famoso entre todos los siglos no es precisamente la arrogancia en proclamar teóricamente sus herejías y sus errores, sino más bien la audacia satánica que pone en la aplicación a la sociedad presente de las herejías y de los errores en que cayeron los siglos pasados. ... Hoy día esa misma razón no queda satisfecha si no desciende a las esferas políticas y sociales para conturbarlo todo, haciendo salir, como por encanto, de cada error un conflicto, de cada herejía una revolución, y una catástrofe gigantesca de cada una de sus soberbias negaciones. ... El árbol del error parece llegado hoy a su madurez providencial; plantado por la primera generación de audaces heresiarcas, regado después por otras y otras generaciones, se vistió de hojas en tiempos de nuestros abuelos, de flores en tiempos de nuestros padres, y hoy está, delante de nosotros y al alcance de nuestra mano, cargado de frutos. ... Los errores contemporáneos son infinitos; pero todos ellos, si bien se mira, tienen su origen y van a morir en dos negaciones supremas: una, relativa a Dios, y otra, relativa al hombre. La sociedad niega de Dios que tenga cuidado de sus criaturas, y del hombre que sea concebido en pecado. ... Descartado así todo lo que es sobrenatural y convertida la religión en un vago deísmo, el hombre que no necesita de la Iglesia, escondida en su santuario, ni de Dios, atado a su cielo como encelado a su roca, convierte sus ojos hacia la tierra y se consagra exclusivamente al culto de los intereses materiales” (Carta al Cardenal Fornari, 9 de junio de 1852).

Con la ideología de género, hemos llegado a una sociedad aún peor que el paganismo en la Antigüedad. Al menos los paganos en la sociedad grecorromana todavía reconocían la realidad tal como es, todavía tenían el sentido común. Hoy la sociedad trata de negar y manipular al público, con intolerancia implacable. De hecho, el antropocentrismo es en última instancia intolerante. Como católicos, como creyentes, debemos dar testimonio y objetar la dictadura de esta nueva sociedad pagana. Ante todo, el Papa y los obispos deben oponerse, como lo exige su deber pastoral por su naturaleza.

La decadente cultura y política occidentales de la sociedad occidental buscan construir un “templo de la humanidad” con claras conexiones ideológicas con la religión radicalmente antropocéntrica de los masones. Al construir este nuevo templo de la humanidad, el primer paso es eliminar el cristianismo de la vida pública, y si eso falla, al menos transformar el cristianismo desde dentro con los principales contenidos del secularismo radical y del antropocentrismo. Sin embargo, el verdadero cristianismo significa cristocentrismo, lo que significa que Jesucristo, el verdadero Dios y verdadero hombre y el único Salvador de la humanidad, es el centro mismo de la vida del individuo y de la sociedad humana. Por lo tanto, uno quiere inducir a los católicos y a la Iglesia hoy a hablar de manera más general de Dios, de la igualdad de contenido y la diversidad de las religiones, y ya no de Jesucristo como el único Redentor. Y bajo la expresión “Dios” y “religión”, entonces todos pueden imaginar lo que cada uno quiera.

Cuando hoy el liderazgo de varias estructuras y de las Naciones Unidas habla de “valores europeos”, esto básicamente significa moralidad antropocéntrica radical

y principios ideológicos masónicos. No puede haber una verdadera civilización donde uno desprecia los mandamientos de Dios y elimina a Jesucristo de la vida de los hombres. “Civitas” significa en latín “ciudad”. “Civilización” significa construir una ciudad de acuerdo con los principios de orden, ley, belleza y armonía. Pero si se ignoran los mandamientos de Dios y la objetividad de la ley moral natural, entonces surgen el desorden y el caos, lo opuesto a la civilización. Y en esta situación ahora está el mundo occidental.

El hecho de que haya un asesinato en masa legalmente legitimado, de humanos no nacidos en nuestra sociedad, una promoción pública de la pornografía y las perversiones sexuales, una destrucción ordenada por el Estado de la familia, célula vital de la sociedad, por medio de una imposición totalitaria de la ideología de género y de la blasfemia pública, eso es una prueba de que no hay civilización en la sociedad occidental de hoy. La forma en miniatura de cualquier civilización verdadera es la familia monógama natural, es decir el matrimonio fiel de toda la vida de un hombre y una mujer en comunidad con sus hijos. Es conocida la siguiente declaración de G.K. Chesterton: *Lo más extraordinario del mundo es un hombre común, una mujer común y sus hijos comunes.*

Para llevar una vida cristiana de casados, uno debe, con la ayuda de la gracia de Dios y con esfuerzos personales, esforzarse por observar los siguientes principios, que por conveniencia se dividen en doce puntos:

1. *Colocar a Cristo en el centro del amor mutuo entre marido y mujer. El matrimonio no solo puede ser entre dos, sino que también debe incluir un tercero, y ese es Dios, Nuestro Señor Jesucristo.*
2. *Desterrar el egoísmo usando más la palabra “tú” y raramente la palabra “yo”.*
3. *Ser considerado y atento con el otro, tratar de ceder al otro y mirar el todo.*
4. *Ofrecer pequeños sacrificios espirituales renunciando a la voluntad propia para amarse unos a otros y a los niños.*
5. *Practicar siempre el perdón recíproco y siempre reconciliarse antes de ir a dormir, incluso en asuntos pequeños.*
6. *El esposo y la esposa nunca deben hablar negativamente uno de otro y nunca en presencia de sus hijos.*
7. *Los esposos tienen que rezar intensamente el uno por el otro.*
8. *La oración común debe ocupar un lugar central en la vida de la familia.*
9. *Practicar la caridad cristiana hacia los necesitados y los pobres y ser muy hospitalarios.*
10. *Los cónyuges y todos los miembros de la familia deben ser pacientes unos con otros y practicar la paciencia, evitando insultos y palabras ofensivas o sucias. Tales palabras nunca deben ser pronunciadas en una familia católica.*
11. *Pedir a Dios la gracia de aceptar las cruces de esta vida terrenal por amor a Él y como un medio de intercesión y expiación por la salvación eterna de todos los miembros de la familia.*
12. *Especialmente el ejercicio diario en el amor cristiano mutuo.*

En seguida, si es posible, uno debe restaurar el reino social de Cristo en la sociedad humana. Si la referencia a Dios, si la verdadera religión nacida de la fe en Jesucristo no tiene lugar en la vida pública, entonces la vida social no tiene medida ni orientación y el Estado se convierte en una especie de “dios”. Todas

las cosas, y por tanto también la vida social, han sido creadas para Cristo y para Él, como dicen las Escrituras (cf. Col 1, 16-17).

Por supuesto, la política tiene sus propias competencias y la Iglesia no debe interferir en asuntos puramente temporales y técnicos, tales como por ejemplo en cuestiones sobre el clima. La Iglesia tiene sus propias competencias espirituales. Pero Dios ha unido en Cristo lo temporal y lo espiritual, lo eterno y lo temporal. Ambos deben adorar y estar sujetos a Cristo: los líderes de la sociedad humana y los pastores de la Iglesia.

Decía con perspicacia Donoso Cortés:

“En última instancia, todos los errores (del tiempo moderno), en su variedad casi infinita, se resuelven en uno sólo, el cual consiste en haber desconocido o falseado el orden jerárquico, inmutable de suyo, que Dios ha puesto en las cosas. Ese orden consiste en la superioridad jerárquica de todo lo que es sobrenatural sobre todo lo que es natural, y, por consiguiente, en la superioridad jerárquica de la fe sobre la razón, de la gracia sobre el libre albedrío, de la Providencia divina sobre la libertad humana y de la Iglesia sobre el Estado; y, para decirlo todo de una vez y en una sola frase, en la superioridad de Dios sobre el hombre” (carta al cardenal Fornari, 9 de junio de 1852).

Primero debemos restaurar la validez de la ley natural y de allí gradualmente, el reinado de Cristo en la sociedad. Las saludables enseñanzas divinas deben ser reconocidas y obedecidas no solo en las almas individuales, sino también en las escuelas, universidades y parlamentos. Este es, sin duda, un camino difícil y largo. Pero vale la pena. Tenemos que crear familias cristianas católicas y ellas deben reingresar lentamente a la vida política, social y cultural. Necesitamos reconstruir nuestra cultura cristiana porque en Europa y en América ya no hay una cultura auténtica. Ahora vivimos en Europa y en América en una cultura de la fealdad. Una vez más, tenemos que crear un hermoso teatro cristiano, películas, pintura, música, etc. Pero el bello arte cristiano es fruto de la fe. Por lo tanto, debemos comenzar con la fe católica en su integridad. Sin esto, no lograremos construir una nueva civilización. Tomará varias generaciones y tal vez siglos. Pero vale la pena.

Donoso Cortés afirmaba justamente:

“De la restauración de estos principios eternos del orden religioso, del político y del social depende exclusivamente la salvación de las sociedades humanas. Esos principios, empero, no pueden ser restaurados sino por quien los conoce, y nadie los conoce sino la Iglesia católica; su derecho de enseñar a todas las gentes, que le viene de su fundador y maestro, no se funda sólo en ese origen divino, sino que está justificado también por aquel principio de la recta razón, según el cual toca aprender al que ignora y enseñar al que más sabe” (carta al cardenal Fornari, 9 de junio de 1852).

Y señala en otros escritos:

“El cristianismo es la civilización completa, mientras que la civilización de los gentiles es una imperfecta cultura” (Cuestiones sobre el Cristianismo, I, 575).
“Toda civilización verdadera viene del cristianismo. Eso es tan cierto que la

civilización toda se ha concentrado en la zona cristiana; fuera de esta zona no hay civilización sino barbarie. (...) El pueblo romano y el pueblo griego no fueron pueblos civilizados; fueron pueblos cultos que es cosa muy diferente. La cultura es el barniz, y nada más que el barniz, de las civilizaciones" (Discurso sobre Europa, II, 313). "Cuando la voluntad humana se emancipa de Dios y la razón de la Iglesia, el error y el mal reinan sin contrapeso en el mundo" (cartas de París, I, 774).

Finalmente, recordemos que Dios no solo tiene la Iglesia en sus manos, sino también la historia mundial. Él permite mucho mal, para que el bien brille más. Así que siempre será un combate, tenemos que recordar eso.

Dios guiará a la humanidad y la creación a su destino final en la nueva ciudad, la nueva Jerusalén, que será la civilización eterna. Esta es nuestra misión cristiana: anticipar la vida en la ciudad de Dios aquí en la tierra, incluso mientras todavía vivimos en este valle de las lágrimas. La Iglesia y toda la vida cristiana avanzan en este tiempo "entre las persecuciones del mundo y los consuelos del Señor", como San Agustín dijo (cfr. *De Civitate Dei*, 18, 2).

¡Los consuelos del Señor son más fuertes que las persecuciones del mundo, porque Cristo es el vencedor!

ATHANASIUS SCHNEIDER*

LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN EN LA MISIÓN DE LA IGLESIA HOY Cardenal Robert Sarah**

Eminencias, Excelencias, queridos hermanos sacerdotes, diáconos, religiosos y religiosas, queridos hermanos y hermanas en Cristo:

Siento una gran alegría por estar presente en esta prestigiosa Universidad San Pablo-CEU de Madrid para participar en el XXI Congreso de Católicos y Vida Pública, al que han tenido la bondad de invitarme para hablarles de "la importancia de la educación en la misión de la Iglesia hoy". Querría expresar mi más profunda gratitud al Excelentísimo señor don Alfonso Bullón de Mendoza, presidente de la Asociación Católica de Propagandistas y de la Fundación Universitaria San Pablo CEU, así como a don Rafael Sánchez Saus, Director de este Congreso, y a sus colaboradores, en particular a don José Francisco Serrano Oceja, por su acogida tan calurosa y delicada.

Es también una gran alegría para mí saludar, muy particularmente, a sus Eminencias los señores cardenales Antonio Cañizares Llovera, arzobispo de

*Obispo auxiliar de la Archidiócesis de Astaná/Kazajistán.

**Prefecto de la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos.

Valencia, y Antonio María Rouco Varela, arzobispo emérito de Madrid, así como a los rectores de las distintas universidades católicas, por su presencia y su buena disposición, tan cordiales.

También querría saludar y agradecer muy cordialmente a los sacerdotes, religiosos, y a todos ustedes, hermanos y hermanas, que han venido a honrarme con su presencia y con su amistad, participando en este encuentro.

La Iglesia es *Mater*, pero también es *Magistra*. Esto es una forma de comprender uno de sus aspectos esenciales. Pío XI llega a afirmar que “todo este conjunto de tesoros educativos de infinito valor pertenece de una manera tan íntima a la Iglesia, que viene como a identificarse con su propia naturaleza, por ser la Iglesia el Cuerpo místico de Cristo, la Esposa inmaculada de Cristo y, por lo tanto, Madre fecundísima y educadora soberana y perfecta. También el grande y genial san Agustín, de quien pronto celebraremos el decimoquinto centenario de su muerte, pronunció, llevado por un santo amor a tal madre, con estas palabras: “¡Oh Iglesia católica, Madre verdadera de los cristianos! Con razón predicas no solo que hay que honrar pura y castamente a Dios, cuya posesión es vida dichosa, sino que también abrazas el amor y la caridad del prójimo, de tal manera que en ti hallamos todas las medicinas eficaces para los muchos males que por causa de los pecados aquejan a las almas. Tú adviertes y enseñas puerilmente a los niños, fuertemente a los jóvenes, delicadamente a los ancianos, conforme a la edad de cada uno, en su cuerpo y en su espíritu... Tú con una libre servidumbre sometes a los hijos a sus padres y pones a los padres delante de los hijos con un piadoso dominio. Tú, con el vínculo de la religión, más fuerte y más estrecho que el de la sangre, unes a hermanos con hermanos... Tú, no solo con el vínculo de la sociedad, sino también con el de una cierta fraternidad, ligas a ciudadanos con ciudadanos, a naciones con naciones; en una palabra, unes a todos los hombres con el recuerdo de los primeros padres. Enseñas a los reyes a mirar por los pueblos y amonestas a los pueblos para que obedezcan a los reyes. Enseñas diligentemente a quién se debe honor, a quién afecto, a quién reverencia, a quién temor, a quién consuelo, a quién aviso, a quién exhortación, a quién corrección, a quién represión, a quién castigo, mostrando cómo no todo se debe a todos, pero sí a todos la caridad y a ninguno la ofensa”¹. Toda madre es educadora, pero no toda educadora es madre. Por tanto, la Iglesia debe ejercer su misión educadora según una modalidad maternal.

La preocupación ecológica actual por el medio ambiente en el que el hombre vive es legítima, pero no debe concernir solo al medio natural. Debe llevarse también al ambiente social y cultural en el que los hijos son educados. En la Antigüedad Aristóteles señalaba la importancia de las disposiciones de la vida común en la adquisición de las virtudes o los vicios. Más cercano a nosotros, Montesquieu afirmaba: “Más estados han perecido por la corrupción de la moral que por la violación de las leyes”. La contaminación está en el aire que respiramos, pero también en el ambiente cultural, está también en lo que dejamos que los niños vean y oigan, está también en las exigencias escolares y a veces en los mandatos de los padres, que hacen que los niños no anden por el camino de la realización de sus dones naturales y sobrenaturales, sino que estén bloqueados en callejones sin salida que los alienan dolorosamente.

¹San Agustín, *De moribus Ecclesiae catholicae* I 30, PL XXXII 1336, en *Divini illius magistri*, 31 diciembre 1929.

¿Cuál es la responsabilidad de la Iglesia en este contexto? ¿Cuál es la responsabilidad de cada bautizado, obispo, sacerdote, padre, educador y maestro?

En las últimas décadas, algunos en la Iglesia han abandonado el campo de la educación, influidos e impresionados por la crisis de transmisión y por la revolución cultural que hemos conocido en muchos de nuestros países.

Hoy, a algunas personas les gustaría que la Iglesia se centrara exclusivamente en el ejercicio de la misericordia, en el trabajo de reducir o incluso erradicar la pobreza, en la acogida de migrantes, en la acogida y acompañamiento de los “heridos de la vida”. Ciertamente es necesario invertir en la solución de problemas sociales, pero también es necesario, y quizás incluso más que nada, trabajar contra corriente para evitar que tantos hombres y mujeres resulten heridos en sus cuerpos, sus almas, su inteligencia, su afectividad, etc.

¿No es la educación la mejor prevención? Se trata del ejercicio de la justicia y de la misericordia. Entre las siete obras de misericordia espirituales, la tradición menciona: “dar buen consejo al que lo necesita”, “enseñar al que no sabe”, “corregir a los pecadores”. ¿No son estas tareas en las que se reconoce todo padre y pastor?

Por lo tanto, es importante entender cómo la educación está en el corazón de la misión de la Iglesia para comprender los problemas antropológicos más importantes y sin precedentes a los que se enfrentan todos los educadores en la actualidad; finalmente, debemos considerar que la educación con virtudes intelectuales y morales es el camino de una verdadera realización del hombre.

LA EDUCACIÓN ESTÁ EN EL CORAZÓN DE LA MISIÓN DE LA IGLESIA

Uno de los grandes problemas de nuestro tiempo, que no es nuevo, pero que se percibe hoy con agudeza excepcional, es que cada hombre tiene una necesidad insondable de ser comprendido, una necesidad inagotable de ser amado. Nadie puede vivir sin amar y sin el deseo visceral de ser amado. La familia es la primera célula que puede proporcionar esta fantástica carga emocional, sin la cual los hombres que padecen “la enfermedad de nuestro tiempo” están asfixiados. Pero esto supone que la familia siga subsistiendo. Hoy, por desgracia, está desestructurada, demolida, desmantelada. Con frecuencia, en nuestros días, pide ser reemplazada por la escuela. En cualquier caso, la influencia educativa de los padres necesita ser complementada, prolongada y amplificadas por la de los maestros. Sería mejor hablar de maestros y profesores, porque su misión no es solo enseñar. Los maestros y los profesores tienen la tarea de educar. Y educar, según la etimología del verbo latino *e-ducere* significa: elevar, levantar, afinar. Hoy, debido a un fraude lingüístico, la palabra “educación” se refiere especialmente a la instrucción, a la enseñanza. Las inversiones en educación incluyen ayudas audiovisuales, ordenadores y otras “máquinas para enseñar”. Pero los educadores no tienen solo una función de comunicación o de transmisión de la ciencia. Martin Heidegger los llamó los “pastores del ser”. En realidad, son “delegados de los valores permanentes”. Sin embargo, la escuela y la universidad atraviesan una crisis muy profunda, la de una sociedad laicista, secularizada, sin Dios, una sociedad civil que, como dice el Papa Benedicto XVI, es “arreligiosa y no tolera ya ninguna referencia a Dios en su constitución, una sociedad que ha elegido un ateísmo radical que combate virulentamente los valores de la cultura judeocristiana”. El enseñante se esfuerza

por ignorar las cuestiones fundamentales de los hombres, ya que el secularismo ha generado un ambiente de neutralidad e indiferencia hacia Dios, la religión y la moral. Hoy, muchos de los alumnos de colegios e institutos son desorientados por su propia escuela. En medio de la confusión de ideas, de ideologías, del desorden de información e impresiones que los asaltan por todos lados, ¿cómo pueden lograr cierta unidad y cierta estructura humana sólida en ellos? ¿Cómo hacer que sus capacidades humanas se solidaricen entre sí? Por eso, critican todo, rechazan todo. Muchos jóvenes rechazan toda herencia y todo modelo. Cuestionan la autoridad de una moral que les da la impresión de no ser su contemporánea. Toda autoridad la consideran represiva. En general, el Occidente posmoderno, antiguamente cristiano, ha optado por el abandono sistemático de la herencia moral del cristianismo y de sus raíces cristianas.

La educación y las estructuras escolares están impregnadas de esta atmósfera atea o de indiferencia hacia las cuestiones religiosas o morales y de rechazo de la Trascendencia, del Absoluto y de Dios. En este marco laicista la universidad es la responsable de preparar a los funcionarios, científicos, médicos, administradores, periodistas del mundo de mañana. Tiene como misión formar a los hombres que ocuparán los puestos clave de la sociedad. Sin embargo, cuando vemos el clima que reina actualmente en la mayoría de estudiantes, un clima infectado por la ideología de género, la ideología prometeica del transhumanismo, con la pretensión del hombre de ocupar el lugar de Dios, debemos ser capaces de medir la gravedad de la crisis.

Pero si la escuela está experimentando tal crisis de credibilidad hoy, es, en parte, porque la juventud ahora tiene una “escuela paralela” a su disposición, que ejerce sobre ella una influencia a menudo más viva y más fuerte. La pluralidad de fuentes de información que siempre han solicitado los jóvenes, ahora es prodigiosa: por ejemplo, la televisión, que presenta debates literarios o científicos, películas, historias de viajes, etc. La gran escuela de los medios de comunicación es un competidor serio y poderoso para la institución escolar. Esta última, especialmente la educación secundaria y superior, padece una enfermedad grave, y la buena voluntad de muchos no es suficiente por el momento para remediarla.

Pensemos en un acuario con peces. Regularmente se les da comida fresca. Pero el agua del acuario está sucia y es poco saludable. A medida que entra en el cuerpo de los peces, estos, a pesar de la buena comida que se les da regularmente, se envenenan poco a poco y mueren. Algo parecido ocurre en las escuelas y en las universidades. Aunque puede haber estudiantes bien dispuestos y maestros dedicados, hay sustancias en la atmósfera que son tóxicas para la salud del juicio de los estudiantes.

En este contexto de secularización muy avanzada e incluso completa que acabamos de describir es donde se sitúan la Iglesia y su proclamación del Evangelio en el marco de la educación católica.

A lo largo del siglo XX, el Magisterio de la Iglesia, en varias ocasiones, se pronunció a favor de la educación católica en las escuelas. Y esto no solo por los repetidos ataques que sufrió en los siglos anteriores, sino especialmente porque los Romanos Pontífices vieron claramente que la tendencia hacia un control absoluto de la educación por parte de los Estados podría convertirse en una herramienta ideológica que sería una amenaza para la libertad de la Iglesia y de la sociedad. Así, en 1929, en pleno auge del totalitarismo en Europa, el Papa Pío XI afronta la

cuestión en términos que podrían responder perfectamente a los desafíos actuales. En primer lugar, señala que la educación es necesariamente obra del hombre en la sociedad, no del hombre aislado. Hay tres sociedades necesarias, establecidas por Dios, a la vez distintas y armoniosamente unidas entre sí, en el seno de las cuales el hombre nace. Dos sociedades son de orden natural: la familia y la sociedad civil. La tercera, la Iglesia, es de orden sobrenatural (Pío XI, *Divini illius Magistri*, n. 8).

Las tres sociedades se coordinan jurídicamente en función de sus propios fines. Primero, la familia, instituida inmediatamente por Dios, para la procreación y educación de los niños. Por esta razón, tiene una prioridad de naturaleza y, en consecuencia, una prioridad de derechos con respecto a la sociedad civil. Sin embargo, la familia es una sociedad imperfecta porque no tiene en sí misma todos los medios necesarios para alcanzar su propia perfección, mientras que la sociedad civil tiene, en sí misma, todos los medios necesarios para su propio fin, que es el bien común temporal. Tiene, por lo tanto, en este aspecto, es decir, en relación con el bien común temporal, la preeminencia sobre la familia, que encuentra precisamente en la sociedad civil la perfección temporal que le conviene. La tercera sociedad es la Iglesia. Es una sociedad de orden sobrenatural y universal, una sociedad perfecta porque tiene en sí misma todos los medios necesarios para su fin, que es la salvación eterna de los hombres. Tiene, por tanto, la supremacía en su orden.

Pío XI afirma que la Iglesia lleva a cabo su misión educativa en todos los campos y defiende firmemente que “es derecho inalienable de la Iglesia, y al mismo tiempo deber suyo inexcusable, vigilar la educación completa de sus hijos, los fieles, en cualquier institución, pública o privada, no solamente en lo referente a la enseñanza religiosa allí dada, sino también en lo relativo a cualquier otra disciplina y plan de estudio, por la conexión que estos pueden tener con la religión y la moral” (*Divini illius Magistri*, n. 18).

Siguiendo la enseñanza magisterial de Pío XI, el Concilio Vaticano II recordó en términos solemnes que la educación de “todos los hombres y de todo el hombre” está en el corazón de la misión de la Iglesia: “Debiendo la Santa Madre Iglesia atender toda la vida del hombre, incluso la material en cuanto está unida con la vocación celeste para cumplir el mandamiento recibido de su divino Fundador, a saber, el anunciar a todos los hombres el misterio de la salvación e instaurar todas las cosas en Cristo, le toca también una parte en el progreso y en la extensión de la educación” (Proemio de la Declaración *Gravissimum Educationis*, sobre la educación cristiana). Y en el n. 3 de esta misma Declaración, el Concilio reitera que la familia es la primera responsable de la educación de los hijos: “Puesto que los padres han dado la vida a los hijos, están gravemente obligados a la educación de la prole y, por tanto, ellos son los primeros y principales educadores. Este deber de la educación familiar es de tanta trascendencia que, cuando falta, difícilmente puede suplirse. Es, pues, obligación de los padres formar un ambiente familiar animado por el amor, por la piedad hacia Dios y hacia los hombres, que favorezca la educación íntegra personal y social de los hijos. La familia es, por tanto, la primera escuela de las virtudes sociales, de las que todas las sociedades necesitan” (*Gravissimum educationis*, n. 3).

La educación está intrínsecamente ligada a la evangelización. Un anuncio del Evangelio que descuidara la dimensión humana no sería fiel a la lógica del Verbo encarnado. La Iglesia siempre ha querido que aquellos a quienes bautizó sean

acompañados en su crecimiento humano. El culto y la cultura están íntimamente vinculados porque honrar a Dios requiere e implica cuidar a los hombres. Lo que se juega en la educación es, por lo tanto, uno de los nudos de la vida cristiana: el encuentro entre la gracia divina y la naturaleza humana. “La gracia no destruye la naturaleza, sino que la cura y la eleva” (santo Tomás de Aquino). Como dice admirablemente el poeta francés Charles Péguy:

“Porque lo sobrenatural es en sí mismo carnal
Y el árbol de la gracia está profundamente enraizado
Y se sumerge en el suelo y busca hasta el fondo
Y el árbol de la raza es en sí mismo eterno”.

(Péguy, *Eve*, Ed. Gallimard, col. La Pléiade, *Œuvres poétiques complètes*, 1041).

Esta lógica de la Encarnación impregna el genio del humanismo católico. Rechaza el naturalismo laicista y el sobrenaturalismo “devoto”. El naturalismo siempre desemboca en la negación de la naturaleza humana y las prácticas alienantes. Volveremos sobre ello. El “sobrenaturalismo” designa esta huida fuera del mundo humano como fue deseado y creado por Dios. Este rechazo gnóstico de la condición humana ha sido, además, en la historia el mejor caldo de cultivo para el naturalismo.

La Iglesia *Mater* y *Magistra*, por lo tanto, debe ser fiel al “principio calcedonense” para pensar en las dos naturalezas de Cristo, la humana y la divina: “unión sin confusión ni separación”. Esta es la clave para una actitud educativa justa para toda persona bautizada. Esto requiere ser capaz de hacer un discernimiento crítico sobre los espíritus que se mueven en nuestro tiempo. Ustedes lo saben, todos no son de Dios. Por lo tanto, es conveniente que cualquier educador y cualquier padre formen su inteligencia y conciencia moral para poder cumplir su misión en el contexto de nuestro mundo posmoderno. Uno de los obstáculos más preocupantes hoy es la confusión sobre la identidad sexual de la persona humana y el desenfoque de la diferencia y la complementariedad entre el hombre y la mujer. Esta crisis antropológica es el resultado de una crisis de transmisión, pero también es la causa de un gran desastre en el campo educativo. Es necesario detenerse un poco en ello, ya que socava el vínculo conyugal, base de la familia y primer lugar de educación.

LOS DESAFÍOS ANTROPOLÓGICOS DE LA CRISIS ACTUAL DE LA EDUCACIÓN

La desestructuración de la identidad sexual que a menudo se llama “teoría de género”, contra la que el papa Francisco tiene palabras durísimas y una actitud de intolerancia absoluta, puede entenderse como la consecuencia antropológica de una mutación práctica. El primer eslabón del proceso involucró a la mujer. De hecho, la mentalidad anticonceptiva que se ha extendido fuertemente después de 1950 ha hecho posible una profunda desconexión entre la mujer y su cuerpo, desconexión que ha cambiado radicalmente la forma de entender la sexualidad

humana, el matrimonio, la filiación y por supuesto la educación. Es preciso recordar aquí la frase de Simone de Beauvoir (1908-1986), que ha dado la vuelta al mundo: “no naces mujer, te conviertes en mujer”. La teoría de género se ha referido ampliamente a ella. Añadamos que para de Beauvoir, la familia, el matrimonio y la maternidad son la fuente de la “opresión” y de la dependencia femeninas. La píldora habría “liberado” a las mujeres al darles “el control de su cuerpo” y la posibilidad de “disponer libremente” de él². Bajo el lema feminista “mi cuerpo me pertenece” en realidad se oculta una profunda alienación del sujeto encarnado. De hecho, detrás de esta afirmación de “libertad” yace una instrumentalización del propio cuerpo como material a disposición de los deseos más indeterminados. La mentalidad anticonceptiva ha engendrado un dualismo entre la libertad individual vista como ilimitada y todopoderosa, por un lado, y el cuerpo como instrumento de disfrute, por otro. En esa perspectiva, el cuerpo sexuado ya no puede ser vivido como signo e instrumento del don de sí, cuya finalidad es la comunión de los esposos. El vínculo intrínseco entre los dos significados del acto conyugal, la dimensión procreadora y la dimensión unitiva, se rompe³. Este vínculo se vuelve opcional y lógicamente la sexualidad termina siendo considerada solo en su dimensión relacional y agradable. Los efectos desestabilizadores de tal mentalidad no se han hecho esperar.

En unos pocos años, esta desconexión engendró simultáneamente la tecnificación de la procreación (reproducción asistida) y la legitimación social de la homosexualidad. De hecho, si la sexualidad ya no se percibe a la luz del don de la vida, ¿cómo se puede considerar la homosexualidad como una perversión, un desorden objetivo y grave? Pero junto a estos cambios importantes va una redefinición de la identidad sexual, considerándola como puramente construida. Si se niega el vínculo intrínseco entre los dos significados del acto conyugal, la diferencia de los sexos pierde el primer fundamento de su inteligibilidad. A partir de entonces, el cuerpo sexuado se niega en su naturalidad para ser considerado como un simple material que la conciencia individual puede modelar a su agrado. En nombre de la lucha contra las “discriminaciones” de las que serían víctimas las “minorías sexuales”, los agentes de la subversión antropológica toman como rehenes en sus reivindicaciones a las autoridades públicas y al legislador. En nombre de la “igualdad” y la “libertad”, exigen que todo discurso social, especialmente en las escuelas y los medios de comunicación, sea “respetuoso” con la indeterminación sexual de los individuos y la libre elección de su identidad. Entonces, cada uno puede afirmar que es por autodesignación y proclamar: “Yo hago mi propia elección. Estoy orgulloso de ello y me afirmo en esa elección. No admito que otro o la sociedad me digan lo que yo soy. No recibo mi ser y mi existencia de nadie más que de mí mismo. Yo decido por mí mismo quien soy.

La sociedad debe asumir mi elección y adaptarse a mis cambios de orientación. Yo soy el dueño del mundo”⁴.

²Marguerite a. Peeters, *Le gender: une norme politique et culturelle mondiale*, Edit Dialogue Dynamics asbl 2012, 25.

³Pablo VI: Encíclica *Humanae Vitae*, julio de 1968, N° 12.11

⁴Marguerite a. Peeters, *Le gender: une norme politique et culturelle mondiale*, Edit Dialogue Dynamics asbl 2012, 33.

Así, ya no se trata de reclamar tolerancia, se trata de imponer una nueva concepción del ser humano. Bajo la apariencia de libertad, esta deconstrucción al servicio de un constructivismo radical se puede comparar con los intentos totalitarios de producir un “hombre nuevo” que conoció el siglo pasado. Sus víctimas inocentes son principalmente niños, cuyos padres, permeables a los lemas libertarios y embrujados por las sirenas contemporáneas, no apoyan el crecimiento humano y la formación de su afectividad sexual. Todo esto presupone una concepción errónea de la libertad, entendida como el hecho de no ser impedido de seguir sus deseos inmediatos. ¡Qué lejos estamos de la verdadera libertad, que es la realización de la persona cuando usa su libre albedrío para buscar la verdad y elegir su verdadero bien, es decir, para realizar actos de conformidad con su naturaleza como ser humano creado por Dios!

La revolución antropológica perturba violentamente la educación intelectual y moral, porque crea disposiciones mentales y sociales que separan a las personas de sí mismas. Por lo tanto, el cuerpo es más difícil de vivir en su dimensión personal, y la dignidad humana en la que participa no es honrada en el sentido que el hombre debe a sí mismo.

La responsabilidad de la Iglesia está más comprometida que nunca en promover la verdad de la persona. Tiene un rico magisterio sobre la dignidad de la mujer, sobre la grandeza y el significado divino de la diferencia entre hombre y mujer, sobre la belleza y la bondad del matrimonio y la familia en el designio divino. San Juan Pablo II desarrolló proféticamente los presupuestos de la doctrina moral y sacramental de la Iglesia (pensemos en su teología del cuerpo, en *Veritatis splendor*, en *Familiaris consortio*, en su carta sobre la dignidad de la mujer, etc.). En el contexto actual, es imposible que un educador cristiano no medite sus textos. Son para él preciosos mediadores para que su inteligencia y su corazón sean modelados por la voluntad educativa y salvadora de Dios. La dignidad de la persona humana proviene de su capacidad de ser sujeto libre de sus propios actos, es decir, de su capacidad de determinarse a sí misma conformándose libremente a la verdad que le dicta su conciencia. Como dice la Constitución pastoral *Gaudium et spes* sobre la Iglesia en el mundo actual “Cuando el Señor Jesús ruega al Padre que ‘todos sean uno..., como nosotros también somos uno’ (Jn 17, 21-22), abriendo perspectivas cerradas a la razón humana, sugiere una cierta semejanza entre la unión de las personas divinas y la unión de los hijos de Dios en la verdad y en la caridad. Esta semejanza demuestra que el hombre, única criatura terrestre a la que Dios ha amado por sí mismo, no puede encontrar su propia plenitud si no es en la entrega sincera de sí mismo a los demás” (n. 24). La dignidad del ser humano se basa, por tanto, en su finalidad, que es la comunión interpersonal y, en última instancia, con y en Dios. Esto solo puede suceder si nos damos a nosotros mismos, de manera plenamente libre. ¡Este es el propósito que debe medir todo el trabajo de un educador plenamente consciente de su responsabilidad!

La educación presupone una concepción sana del ser humano, pero esto no es suficiente para educar. En efecto, la educación es una tarea eminentemente práctica y la práctica no consiste en aplicar automáticamente una doctrina, ¡aunque sea cierta! El eje central de toda educación es que el educado adquiera virtudes morales e intelectuales que le permitan alcanzar su verdadero bien.

EDUCACIÓN EN LAS VIRTUDES INTELECTUALES Y MORALES: SUBJETIVACIÓN ADECUADA

Si el objetivo del educador es permitir que el niño elija y realice su verdadero bien, hay dos obstáculos que hay que evitar: la laxitud y el paternalismo. En el primer caso, el educador desea tanto respetar la “libertad” del niño que termina por no educarlo, sino solo acompañarlo y caminar con él en el descubrimiento y la realización más o menos anárquicos de sus propios deseos. Esta educación “rousseauiana” se basa en una visión ingenua y falsa del ser humano, según la cual este no estaría herido por las consecuencias del pecado original. Así, al niño se le deja solo frente a las influencias a menudo nocivas de la sociedad, que entra en contacto con sus propias heridas y debilidades. El educador no asume su misión de protector y tutor.

El otro extremo es cuando el educador, preocupado por el verdadero bienestar del niño, olvida que el propósito de la educación es que el niño, una vez que se ha convertido en adulto, elija por sí mismo su verdadero bienestar. Este es un objetivo eminentemente práctico que debe estar atento a los peligros de las circunstancias y de los condicionamientos. Esta actitud, que podría llamarse paternalismo, no percibe que la educación no consiste en dar forma a un niño como un artista da forma a su trabajo. La escultura no es una persona humana. Es el resultado del trabajo del artista, que impone una forma a un material. El niño no es un material indeterminado, maleable ante cualquier proyecto del educador. El paternalismo olvida que el niño no pertenece a quien lo educa. Los padres reciben a su hijo de Dios y cualquier otro educador recibe al hijo de sus padres y, en última instancia, de Dios. ¡A Él es a quien todo educador deberá responder de sus actitudes y de sus elecciones!

Para escapar del laxismo y el paternalismo, debe entenderse que el núcleo del acto educativo es que la persona educada adquiera las virtudes que le permitan desplegar y estructurar su *humanidad* y su *personalidad* de acuerdo con la verdad que les es intrínseca. Una educación lograda es aquella en la que el educador, iluminado por la virtud de la prudencia, confía gradualmente la dirección del crecimiento y la maduración humana e interna al educando, de tal manera que este se convierte verdaderamente en actor de su propia realización. Aquí verdad y libertad están íntimamente ligadas en la libre realización del verdadero bien. La meta es, por tanto, lo que Karol Wojtyła (¡san Juan Pablo II!) llama en su gran libro de filosofía *Persona y acción* (1969) “la adecuada subjetivación”. Esta es la apropiación plena por parte del sujeto actuante de la verdad objetiva de su ser cuando lo recibe de Dios; de tal manera que la persona se vuelve adecuada, conforme con el plan de Dios para ella, tanto como persona *humana* como persona *única*. Por lo tanto, toda su vida consiste en responder de manera práctica a estas dos preguntas: “¿qué soy yo?” y “¿quién soy yo?”.

¿Qué soy yo, si no una persona humana con una dignidad a la que debo ser fiel, a la que debo elevarme en mis acciones? Por eso, la educación para la libertad no puede prescindir de la formación de la conciencia moral, que debe basarse en la objetividad del bien moral (cf. *Veritatis splendor*). Encontramos un gran contrasentido sobre lo que es la verdadera autonomía de la conciencia, contrasentido que impide toda educación moral. La autonomía de la conciencia no se refiere a la libertad del individuo para decidir por sí mismo, en última instancia, la manera

de aplicar la ley moral a tal situación concreta. Esta concepción “creativa” de la conciencia fue claramente rechazada por san Juan Pablo II en su gran encíclica (n. 57-64). En efecto, escribe: “El juicio de la conciencia no establece la ley, sino que afirma la autoridad de la ley natural y de la razón práctica con relación al bien supremo, cuyo atractivo acepta y cuyos mandamientos acoge la persona humana: “La conciencia, por tanto, no es una fuente autónoma y exclusiva para decidir lo que es bueno o malo; al contrario, en ella está grabado profundamente un principio de obediencia a la norma objetiva, que fundamenta y condiciona la congruencia de sus decisiones con los preceptos y prohibiciones en los que se basa el comportamiento humano” (*Veritatis Splendor*, n. 60). “Así, en el juicio práctico de la conciencia, que impone a la persona la obligación de realizar un determinado acto, se manifiesta el vínculo de la libertad con la verdad. Precisamente por esto la conciencia se expresa con actos de juicio, que reflejan la verdad sobre el bien, y no como decisiones arbitrarias” (*Veritatis Splendor*, n. 61). La verdadera autonomía designa el hecho que debe ser el testimonio de la verdad sobre el bien humano integral, cuyo fundamento último es Dios mismo. Autonomía significa, por tanto, irreductibilidad a cualquier influencia cultural y social que pueda distorsionar la percepción del bien. Quien solo ve la educación de la conciencia se ve obligado a conservar esta luz y a difundirla en las diferentes situaciones que un niño y luego un joven encuentran en su vida más concreta. La conciencia moral está en el corazón mismo del ser humano, en esta mediación del Absoluto; su dignidad consiste en ser relativo a él, en dejarse informar por esta voz interior y en obedecerlo en el más pequeño de sus actos.

La crisis en la educación proviene evidentemente del constante cuestionamiento de los valores fundamentales que durante miles de años han apoyado, enseñado, educado y estructurado al hombre internamente. Si los resultados no han sido mejores, ¿no es porque, en concreto, los hombres no han tenido el valor, la energía y la generosidad necesarios para ser fieles a esta jerarquía de valores? ¿Qué importa, en última instancia, que los jóvenes estén altamente educados si no tienen razón para vivir? ¿Qué importa que estén informados de todo si no se forman su juicio y su conciencia, si no saben discernir lo que es sano para el hombre de lo que no lo es, si no han aprendido a ser hombres plenamente libres, leales y conscientes, a controlar sus apetitos, a renunciar a su egoísmo, a reaccionar contra el mal del siglo que es el consumo desenfundado de todos sus deseos, de cualquier apetito en libertad absoluta y desenfundada? El educador debe asegurarse que el niño entre en un círculo virtuoso mediante el cual se actualicen sus inclinaciones naturales a lo bueno, a lo justo y a lo verdadero. Estas inclinaciones naturales forman el contenido de lo que se llama ley natural, expresión en la que “natural” no significa infrahumano, sino que, por el contrario, corresponde a la verdad profunda de la humanidad en tanto que humanidad. Como dice Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, L. II), es haciendo actos justos como uno se vuelve justo, y haciendo cosas valientes como uno se vuelve valiente. Los primeros actos justos o valientes solo los hace el niño porque la orientación que le dan sus maestros le anima a hacerlos. ¿Quién no puede ver que si el niño está inmerso en disposiciones sociales opuestas a sus inclinaciones estrictamente humanas, será incitado a hacer actos malos para sí mismo y para los demás (círculo vicioso)? El educador tiene el noble e importante papel de ser el mediador entre la verdad (*universal* y objetiva) del ser humano inmanente a este niño y el niño mismo como ser *singular*. Es el papel por

el cual la atracción hacia lo bueno, lo justo, lo verdadero, lo bello puede resonar efectivamente en la subjetividad del niño, de manera que pueda hacerlos suyos.

Por lo tanto, la educación solo es adecuada a su misión si se centra en ese niño en concreto. ¡El educador no educa a un niño en sí! Educa a aquel que le ha sido confiado por Dios para que se convierta en sujeto pleno de sus actos. Hay que estar atentos a su carácter, a sus dones, a los talentos que le son propios. En definitiva, el educador ha de estar al servicio de la vocación de ese niño; como tal, es el propio mediador de Dios; no suele ser el único, porque el niño está inmerso en un contexto educativo complejo y recibe también de otros educadores. Sabemos lo valioso que a veces es para los padres confiar en otros para algún aspecto del crecimiento de sus hijos. Esta delegación a un tercero se ejerce siempre bajo su responsabilidad, porque en última instancia se basa en el hecho de que tendrán que responder ante Dios mismo por la forma en que han asumido su misión. Por lo tanto, la verdadera educación es siempre “a medida”, lo que no significa que sea relativista, sino todo lo contrario. La medida del acto educativo es el verdadero bien de este niño, percibido en su doble dimensión humana y personal.

Pero todo educador debe presentarse como modelo y ejemplo a imitar. San Pablo, el gran pedagogo y educador, escribe a los Filipenses con el empeño de educar su conciencia: “Finalmente, hermanos, todo lo que es verdadero, noble, justo, puro, amable, laudable, todo lo que es virtud o mérito, tenedlo en cuenta.

Lo que aprendisteis, recibisteis, oísteis, visteis en mí, ponédlo por obra” (Flp 4, 8-9).

Es la profundidad constitutiva de la humanidad la que es tocada por la profundidad de la persona en su inteligencia y en su corazón. La seriedad de la educación requiere considerar lo humano en toda su rectitud.

Es ahí donde se encarnan las virtudes y el evangelio. Lo que los Filipenses han “aprendido y recibido, visto y oído” de Pablo no es más que la Buena Nueva, cuya recepción a través de la enseñanza, la educación, la transmisión y la experiencia personal está perfectamente sintetizada por esos cuatro verbos⁵.

Es obvio que esta educación en virtudes intelectuales y morales se hace particularmente delicada cuando la sociedad no desempeña su papel como causa primera. Como acabamos de ver, la crisis antropológica y moral sin precedentes que atraviesa nuestro tiempo exige que la Iglesia asuma una mayor responsabilidad y compromiso para proponer su enseñanza doctrinal y moral de modo claro, preciso y firme. En efecto, “los cristianos tienen –como afirma el Concilio– en la Iglesia y en su Magisterio una gran ayuda para la formación de la conciencia: “Los cristianos, al formar su conciencia, deben atender con diligencia a la doctrina cierta y sagrada de la Iglesia. Pues, por voluntad de Cristo, la Iglesia católica es maestra de la verdad y su misión es anunciar y enseñar auténticamente la Verdad, que es Cristo, y, al mismo tiempo, declarar y confirmar con su autoridad los principios de orden moral que fluyen de la misma naturaleza humana”. Por tanto, la autoridad de la Iglesia, que se pronuncia sobre las cuestiones morales, no menoscaba de ningún modo la libertad de conciencia de los cristianos; no solo porque la libertad de la conciencia no es nunca libertad *con respecto* a la verdad, sino siempre y solo *en* la verdad, sino también porque el Magisterio no presenta verdades ajenas

⁵Chantal Reynier-Michel Trimaille, *Les Epîtres de Paul*, III, Bayard Editions/ Centurion, Paris 1997, 116-117.

a la conciencia cristiana, sino que manifiesta las verdades que ya debería poseer, desarrollándolas a partir del acto originario de la fe. La Iglesia se pone solo y siempre *al servicio de la conciencia*, ayudándola a no ser zarandeada aquí y allá por cualquier viento de doctrina según el engaño de los hombres (cf. *Ef 4, 14*), a no desviarse de la verdad sobre el bien del hombre, sino a alcanzar con seguridad, especialmente en las cuestiones más difíciles, la verdad y a mantenerse en ella” (*Veritatis Splendor*, n. 64).

Es tiempo de que la Iglesia, *Mater y Magistra*, reflexione sobre el desconcierto y la confusión inoculados hoy en el espíritu de muchos fieles cristianos y personas de buena voluntad por la cacofonía que reina en las enseñanzas de los obispos y los sacerdotes. Pues, “si una trompeta emitiera un sonido indefinido –dice san Pablo en la primera carta a los Corintios–, ¿quién se prepararía para la batalla?” (1 Cor 14, 8).

Como ya ha sido el caso varias veces en la historia, la Iglesia tiene el deber de asumir un papel sustitutivo para compensar el colapso de sectores enteros de la sociedad civil y de las autoridades públicas. ¡Pensemos que en muchos países son los ministerios los que promueven una visión nihilista de la persona humana y un relativismo moral mortal! La Iglesia asume esta función de sustitución a través de todos sus hijos que están presentes en esta magnífica tarea educativa. Más que nunca, los bautizados deben ser conscientes de que la educación está en el corazón de la nueva evangelización. La Iglesia posee tesoros sobre el arte de educar. ¿Nos atrevemos a recurrir a Ella para responder a los desafíos de nuestro tiempo y, sobre todo, para responder a las llamadas de Dios?

ACTUALIDADES

I. ORDEN Y DESORDEN (EN CHILE)

Vacilo varias veces antes de ponerme a redactar esta columna. El tema lo he tratado en diversos libros, pero me pregunto si es la ocasión para encararlo de nuevo. Guizot, historiador y jefe de gobierno, afirmaría años antes de que se exiliara en Londres, a raíz del levantamiento de París de 1848, que “las sacudidas que llamamos revoluciones no son síntoma de algo que comienza cuanto declaración de lo que ha pasado”. Cuando retornó a Francia dos años después, y hasta su muerte, se dedicó a escribir sobre las revoluciones inglesas de 1642 y 88. Reivindicó también a 1789 aún siendo conservador. Es decir, se altera el orden a esta escala y más vale volver atrás, muy atrás, para entender, porque lo que tenemos enfrente, aunque lo registremos, no sabemos en qué termina.

Ahora, en Chile, se sabe que a las revoluciones, más temprano que tarde, les va mal... hasta ahora. Desde el siglo XIX se las evita o reprime puntualmente; más lo primero. Por eso nuestra institucionalidad es por definición liberal antirrevolucionaria. Cuando se recurre a militares es porque falla. Y, si se la corroe desde adentro como en el Instituto Nacional y U. de Chile, o se la debilita como en el Congreso (el PC y el FA prefiriendo la acción directa: la calle), todo es posible. Santiago se paraliza tras una operación terrorista contra el orden cotidiano, el toque de queda es desafiado, y no queda más que implorar al cielo que no incendien hospitales con caceroleos (nunca pacíficos) como música de fondo. El tam-tam nativo, durante la UP, lo rescató esa vez el fascismo de derecha.

La historia, si vale, debiera pesar. En países en que hay tradición revolucionaria insistente, si deja de funcionar la autoridad o peligra la unidad de mando, aparecen los mandamases, a quienes se les idolatra porque liquidan a sus propios desbocados. Napoleón pone a raya a jacobinos, Stalin se deshace de trotskistas, y en América Latina, el caudillo que nunca falta asciende a sus capataces a generales, al resto les declara guerra a muerte. Letrados y funcionarios serviles siempre bendecirán lo hecho.

De ahí que, en Chile, la clave más vulnerable y potencialmente fuerte siga siendo la autoridad legítima, siempre que se repare en la historia. Pero, ni a este gobierno o al anterior, a plutócratas, políticos, a los medios, o a la calle, parece importarles. Desde hace tiempo habla uno de autoridad en Chile y es como referirse a un títere sujeto a poderes misteriosos, cuando no rehén, acomplejado de todas maneras. Quiebres institucionales, además, los ha habido, no hace mucho, y sabemos sus efectos.

Que nadie haya salido a defender el orden establecido, ninguna marcha –entre tantas–, me lleva a pensar que mejor sigo trabajando en unos capítulos que estoy escribiendo sobre la Revolución Francesa. Al menos ahí sé cómo termina todo.

ALFREDO JOCELYN HOLT*

*Publicado en *La Tercera* 27.10.2019.

II. INSURRECCIÓN REVOLUCIONARIA

Chile está viviendo una situación de insurrección revolucionaria, según el modelo de la “revolución molecular disipada”, postulado por Félix Guattari y otros filósofos franceses.

Esta revolución no se desarrolla en espacios e instituciones organizadas verticalmente, sino que a través de una acción nómada y sin lugares físicos (cibernéticamente).

Esto se traduce en una prescindencia de la jerarquía o de un líder visible o de un vocero.

A través de la revolución molecular disipada se intenta llevar a cabo un nuevo modelo de acción revolucionaria horizontal, que normaliza de manera gradual y cotidiana disposiciones y conductas en orden de alterar el estado de normalidad social del sistema dominante, con el objetivo de ser derogado y sustituido.

Este modelo consta de tres etapas:

1. De escalamiento de la violencia.
2. De copamiento (las policías no dan abasto).
3. De saturación (todo el sistema político y social colapsa).

Evidentemente, esta situación no solo representa un gravísimo atentado contra los derechos humanos de la enorme mayoría de los habitantes del territorio nacional, sino que contra la existencia del Estado de Chile, de sus instituciones y de su soberanía.

A quienes llevan a la práctica este modelo revolucionario no se les puede combatir con llamados al diálogo o con exhortaciones a la paz; puesto que ellos no quieren la paz, sino que quieren la destrucción y el caos mediante la violencia y el terror.

A ellos lo único que les importa es el poder.

Por lo antedicho, es previsible que las acciones de destrucción y violencia realizadas por estos grupos o turbas de insurrectos, subversivos, terroristas, delincuentes comunes, narcotraficantes, anarquistas, etc., no cesen; por el contrario.

La única forma de combatir esta violencia ilegítima es mediante la aplicación de la violencia legítima del Estado, el que no solo tiene el derecho, sino que el deber de ejercerla con el máximo de rigor, con el fin de restablecer el orden público –que es la función esencial del Estado–, aun cuando ello, lamentablemente, conlleve cientos de bajas fatales.

Ello es preferible a los cientos de miles de muertos que caerían como víctimas en una guerra civil la que, muy posiblemente, podría llegar a producirse si el gobierno no actuase de esa forma; lo que, evidentemente, sería muchísimo peor.

Tenía razón el presidente Piñera cuando dijo que “estamos en guerra”, pero no lo explicó bien.

Efectivamente, estamos en guerra: en una guerra subversiva. Pero es una guerra muy particular: uno de los bandos tiene plena libertad para aplicar la violencia ilegítima; mientras que el otro bando, que es el que debería enfrentársele, está impedido para aplicar la violencia legítima.

Así, evidentemente, ganará el bando que aplica la violencia, impunemente y sin resistencia alguna.

En circunstancias de que estamos ad portas de caer bajo las garras de una tiranía comunista, la lenidad de las autoridades me parece realmente inconcebible.

Cuando, como ocurre en la actualidad, se producen situaciones de emergencia pública que amenazan la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad de la población –y que constituyen un ataque a la vida organizada de la sociedad– el Estado, como promotor del bien común, no puede renunciar a tomar medidas especiales de emergencia: *salus rei publicae suprema lex est*.

En relación con lo anterior, a continuación se reproduce, extractadamente, un artículo del abogado y doctor en filosofía venezolano Carlos A. Casanova, titulado “Militares y carabineros deben responder con fuerza proporcionada a los enemigos de Chile”.

«Como profesor de Filosofía del Derecho y de ética, puedo decir que es completamente irracional sostener que los cuerpos de seguridad no puedan usar las armas de fuego para detener una actividad subversiva que ha tomado las proporciones de una guerra civil. No hay autor ni liberal ni comunista ni de ningún tipo que sostenga algo diferente. Los comunistas de Chile ahora sostienen otra cosa porque no tienen el poder. Cuando tienen el poder, no dudan en usar vehículos blindados para aplastar a estudiantes que verdaderamente están protestando pacíficamente, a diferencia de los terroristas de Chile. ¿Nos suena la Plaza Tian an meng? La tiranía china mató allí a miles de estudiantes e hirió a no menos de cien mil personas que no habían matado una mosca: porque los comunistas temen a las ideas, y solo pueden conquistar o retener el poder por la fuerza y el engaño. ¿No recordamos lo que pasó en Hungría o Checoslovaquia o lo que recientemente ha pasado en Venezuela? ¿Cuántos militares venezolanos ha pedido Bachelet que sean juzgados por cortes internacionales? ¿Cuántos están presos por las ejecuciones extrajudiciales que ella misma certificó? En lugar de ello, Bachelet recibió a Venezuela en el Consejo de derechos humanos de la ONU. Los mismos que atacan a los carabineros de Chile son los que se niegan a condenar a Venezuela: los comunistas, cripto-comunistas y frente amplistas. Porque, a su parecer, los derechos no son sino una coraza para desarmar al adversario, una táctica más de guerra.

Es, pues, una hipocresía criminal la de Michelle Bachelet, que condena la violencia de los carabineros, pero era muy amiga nada menos que de Honecker, el tirano asesino de Alemania oriental que, con su esposa y después viuda, fue su huésped en Chile.

¿Han perseguido Bachelet o los valientes jueces chilenos, por crímenes de lesa humanidad a los terroristas que han herido a cientos de carabineros en las pasadas semanas? ¿Se han encarado con el Frente Amplio y el Partido Comunista para que entreguen a los militantes que están destruyendo la infraestructura de Chile y quemando las iglesias? No, porque en la cabeza torcida e ideológica de los marxistas, “un asesinato no es igual a otro asesinato”. Herir o asesinar a “un paco” (es decir, a un servidor público que representa a la Majestad de Chile) es algo santo y bueno. Pero tocar a un revolucionario es un “crimen contra la humanidad”.

Una doctrina que sostenga que “un asesinato no es igual a otro asesinato”, ciertamente no es una doctrina jurídica. Es una doctrina totalitaria, semejante a la doctrina nazi.

Bachelet y muchos jueces chilenos suscriben esta teoría totalitaria: tocar a un revolucionario es un crimen de lesa humanidad, aunque quien lo toque lo haga en defensa del orden público y de su misma seguridad personal; pero que un revolucionario mate a un carabinero es un acto heroico que merece toda alabanza. Porque lo que es justo o verdadero, según Bachelet y otros ideólogos totalitarios, es lo que convenga a la revolución.

Pues, señores, chilenos todos: la doctrina de los derechos humanos que están aplicando Bachelet y algunos jueces chilenos no es un caso de Derecho defectuoso. Es un caso de ausencia de Derecho. ¿Debe Chile permitir que sus enemigos esclavicen a millones de chilenos o los maten, porque los revolucionarios tienen dignidad pero todos los demás son simples *perros*? No. Chile debe detener la subversión y evitar el peligro totalitario. Después habrá que tomar medidas excepcionales para corregir el lavado de cerebro de niños y jóvenes y para impedir que los medios de comunicación de masas, muchos de ellos en manos extranjeras, puedan seguir intentando derrocar a la república chilena. Y la hora es tan grave que merece una declaración de guerra interna. Quiero recordar a los chilenos de buena voluntad la doctrina del Justice Robert Jackson en el voto salvado del caso *Terminiello*: “la Constitución no es un pacto suicida”. Si la alternativa es: o bien romper un grupo de preceptos constitucionales por un período de tiempo corto o bien permitir que el pueblo sea sometido a un régimen totalitario en el que probablemente se practicará un genocidio y se esclavizará a la mayor parte del pueblo; es decir, si la alternativa es romper temporalmente unos preceptos constitucionales o permitir la total destrucción de todas las garantías constitucionales de manera permanente, no hay dudas sobre cuál es la decisión prudente.

Y quiero que se entienda bien una cosa: esto no es utilitarismo. No estoy diciendo que se puedan cometer acciones criminales o irracionales. Eso nunca será lícito, pero cuáles sean las acciones justas y racionales no es igual cuando hay un grupo muy minoritario que intenta esclavizar o destruir los derechos de todos sus conciudadanos y que está llevando a cabo una ofensiva total, que cuando la república se encuentra en paz. Siempre hay que actuar justamente y nunca es lícito actuar injustamente –siempre hay límites para la acción racional, pero esos límites no siempre son los mismos–.

Si alguno no comprende esto, le recomiendo que lea con mucho cuidado la conferencia de Max Weber, “La política como profesión”. Revise también Romanos 13, 4; y 1 Pedro 2, 14. Flaco servicio se le presta a la humanidad si se persigue a sus defensores. La justicia necesita su espada. Y los jueces o gobernantes o servidores públicos o internacionales que quieren arrebatarla han traicionado a la justicia y no merecen el nombre de juez ni de gobernante ni de servidor público o internacional.

¡Viva Chile! ¡Vivan sus carabineros y sus militares! Que Dios salve a Chile de la tiranía totalitaria».

ADOLFO PAÚL LATORRE

Viña del Mar, 22 de noviembre de 2019.

III. SUCEDIDO EN CHILE

Ver a los niños bien de Chile destruyendo su propio país por el alza de pasajes del metro, es lo más patético que nos ha tocado vivir en la región. Lo de Venezuela se comprende y se sabía que iba a suceder, pero lo de Chile ha sido impredecible y es incomprensible. Lo más parecido que yo he visto a las imágenes que la televisión chilena nos muestran es una película de invasión *zombie*. Ahora más que nunca estoy convencido de que el socialismo es una enfermedad mental. No hay otra explicación para lo que ocurre en Chile.

Las turbas salvajes de la izquierda chilena aprovechan las libertades y garantías que les ofrece la democracia para perpetrar su vandalismo, convencidos de que no les van a disparar, como sucede en Venezuela o Cuba. Para colmo, esa prensa basura que hoy parece ser el patrón de la prensa en todas partes, apoya los desmanes y cuestiona la presencia de las FF.AA. en las calles. Y como siempre, los defensores de los DD.HH. están de lado de los violentistas. Chile es hoy un mundo al revés. Es el país más próspero de la región, pero la gente protesta como si viviera en Cuba o Venezuela. Y lo peor es que esta gente admira esos modelos.

Los mismos charlatanes de siempre han vuelto a llenarse la boca con las típicas frases de cliché con que condenan lo que llaman “neoliberalismo” y “desigualdad”. Esos que ven en cada indigente de Nueva York “el fracaso del capitalismo”, alaban a la dictadura cubana, donde más de la mitad de la población vive debajo del umbral de la pobreza. Quienes dicen que las protestas en Caracas son promovidas por la CIA, hoy alaban el “despertar del pueblo chileno”. Los que callan ante la crisis humanitaria en Venezuela, apoyan las “justas demandas sociales del pueblo chileno”, que vive en la sociedad más opulenta de la región. Nadie explica cómo es que una banda de desadaptados juveniles puede ser capaz de incendiar 76 estaciones del metro de manera coordinada. ¿Quién los organiza y financia?

Me aburre oír a mequetrefes de medio pelo explicando con aires de gurú que esto se debe a las “profundas desigualdades” y a las “contradicciones del sistema” que obliga a la gente a tener una tarjeta de crédito, a comprarse el celular más caro, a endeudarse más allá de sus posibilidades, etc. Todo es culpa del sistema. Los individuos solo son inocentes víctimas de un “perverso sistema consumista”. Seguramente estarían mejor utilizando una tarjeta de racionamiento provista por el Estado para hacer colas desde la madrugada por dos tarros de leche y un kilo de azúcar al mes, como ocurre en los paraísos socialistas donde prima la igualdad social. Y es que la única manera de lograr la tan cacareada igualdad en una sociedad es empobreciendo a todos y esclavizándolos. No hay otra manera.

Lo ocurrido en Chile es un reto para las ciencias sociales. Las de verdad, no las que venden el humo de la igualdad social. Habría que recurrir a la psicología de masas y hasta a la psiquiatría cultural. Sin duda acá hay una patología cultural que ya debería ser claramente señalada. Yo lo llamaría socialismo, a secas. No hay más explicación que una patología cultural. Que haya malestar en ciertos sectores no es nada raro. ¿En qué sociedad no hay algún tipo de malestar y reclamo? Pero nada de esto explica ni justifica lo ocurrido. De alguna manera se vincula con los fenómenos políticos y sociales que vive toda la región en estos días, como una especie de renacer maldito del socialismo del siglo XXI, al que creíamos derrotado y en retirada.

En Chile pasó algo similar al Perú después de Fujimori. La izquierda gobernó la mayor parte de la era post-Pinochet y se fortaleció en todos los frentes. Como en el Perú, los intelectuales usaron la condena a la dictadura para sobresalir como demócratas cabales, adoctrinando a los jóvenes en el odio a esa era y a todo lo que se heredó de Pinochet. Obviamente eso incluye a todo lo que es hoy Chile como país. El segundo gobierno de la señora Bachelet puso el freno a la economía, que dejó de crecer al ritmo que necesita Chile. Para colmo, Piñera en su segunda gestión adoptó un programa progresista, comprometiéndose de lleno con la agenda climática. Las alzas de las que tanto se quejan son producto del giro hacia energías más limpias.

Lo más penoso ha sido ver a un Piñera derrotado, agachando la cabeza ante la turba salvaje y pidiendo perdón por algo que no ha hecho, para luego anunciar una serie de medidas populistas, incluyendo la confiscación del 40% del salario de los que más ganan, una medida que sí justifica salir a protestar con pleno derecho. Piñera ha caído en el error de creer que puede negociar con la turba salvaje y con la izquierda promotora de la violencia. Después del mensaje, los violentos piden más. Quieren la cabeza de Piñera. De hecho es un golpe de Estado perpetrado por las turbas salvajes alentadas por la izquierda. No podían tolerar un modelo de éxito que era un ejemplo de la región para el mundo. Había que destruirlo todo para probar que el liberalismo no funciona. Porque la izquierda no soporta el éxito. Eso es todo.

DANTE BOBADILLA*

IV. LAS REDES “NÓMADES” Y SU ESTRATEGIA RUMBO AL CAOS

Con una estructura descentralizada, una organización “horizontal” y objetivos inmediatos diversificados se intenta dar apariencia de espontaneidad a las manifestaciones contestatarias, inclusive aquellas marcadas por la violencia.

En el reciente Segundo Foro Social Mundial de Porto Alegre (2º FSM) se reconoció que buena parte de las agitaciones comuno-anárquicas y contestatarias efectuadas en el mundo a lo largo del 2001, germinaron durante el Primer Foro Social Mundial de Porto Alegre (1º FSM), efectuado en enero de 2001.

Por ejemplo, un documento del influyente Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), presentado en el 2º FSM, afirma con todas las letras que “el notorio incremento de acciones coordinadas” de “protesta global” y de

*Publicado en *El Montonero* 23.10.2019.

“conflictividad social” ocurridos en América Latina y en los principales países occidentales en el 2001 fue posible debido al “espíritu de Porto Alegre” (1^{er}. FSM). Una prueba de ello, añade el documento con indisimulable satisfacción, es que “en numerosos casos” los “actores de esa conflictividad” fueron movimientos sociales que habían participado en dicha “primavera de Porto Alegre”. Por su parte, Christophe Aguitton, de la organización internacional ATTAC, admitió que durante el 1^{er}. FSM los participantes italianos hicieron las articulaciones y definieron “los detalles para preparar la movilización de Génova”. Se trató de una contra-Cumbre organizada por grupos de izquierda católicos y comuno-anarquistas, efectuada en julio de 2001 simultáneamente con la reunión de los jefes de Estado del Grupo de los 8, que derivó en actos de inusitada violencia callejera.

¿Qué hechos de similar naturaleza podrán ocurrir en el 2002, surgidos de las entrañas del 2º FSM? A juzgar por un “calendario” de acciones de “resistencia” para los próximos meses –presentado durante la clausura del 2º FSM y publicado por el semanario *O São Paulo*, de la arquidiócesis de São Paulo, Brasil– la serie de “protestas” de carácter mundial no será pequeña. “El Foro Social Mundial no es simplemente un lugar de debates, sino de organización de la lucha”, advirtió durante la sesión de clausura del 2º FSM Sergio Haddad, presidente de la Asociación Brasileña de ONG y miembro del comité organizador del 2º FSM. Por su parte, Maria Luisa Mendonça, del mismo comité organizador, dijo que si bien el 2º FSM no puede ser visto como un “comando” de las “luchas mundiales” que se aproximan, sí constituye un espacio “de articulación” .

Esa precisión hecha por la mencionada dirigente de ninguna manera torna menos preocupante la perspectiva de conflictos que se abre con el 2º FSM. Al contrario, el sistema de “redes” adoptado por las ONG de izquierda en general, y por las entidades que participaron en el 2º FSM en particular, hace posible establecer entre ellas una articulación “horizontal” y no “vertical”, una nueva estrategia organizativa que hace difícil la identificación de los responsables de las acciones de protesta y hasta de violencia callejera. Lo cual les otorga, a los ojos de la opinión pública, una apariencia de “espontaneidad”. Immanuel Wallerstein, uno de los “íconos” de la izquierda mundial presentes en el 2º FSM, explica que “Porto Alegre marca un punto de inflexión, pues muestra que una nueva forma de estrategia puede existir: una estructura descentralizada de múltiples organizaciones locales, nacionales e internacionales con incontables objetivos inmediatos, trabajando en conjunto rumbo a un objetivo común”. Se trata, añade, de la continuación de un movimiento contestatario de “movimientos sociales”, de carácter universal, que tiene como punto de partida nada menos la explosión anarquista de mayo de 1968, en París.

Ya por ocasión del 1^{er}. FSM, Christian de Brie, redactor de *Le Monde Diplomatique*, en su artículo “El retorno de los rebeldes”, había explicado que “asistimos al florecimiento de asociaciones de una riqueza y una variedad impresionantes, que participan en la contestación al nuevo orden mundial: desde los movimientos asociativos locales, hasta las organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales”, que “suman, en total, varias centenas de miles, movilizando a muchas centenas de millones de militantes”. Y concluye: “A todo momento, de una u otra forma, en algún lugar del mundo, el movimiento social organiza resistencias y lidera movilizaciones que –en caso que sean presentadas

de forma correcta por los medios de comunicación– revelarían a todo el mundo la dimensión de estas luchas”.

Durante el 2º FSM, el periodista brasileño Roberto Nicolato cubrió el lanzamiento de numerosos libros, de diversos autores internacionales, sobre el “nuevo pensamiento” de importantes sectores de izquierda. Él explica que los actuales teóricos revolucionarios, rescatando “los ideales del antipoder del movimiento de mayo del 68”, se basan en conceptos como el de “zona autónoma temporaria”, con lo cual se “combate el poder creando espacios (virtuales o no) de libertad, que surjan y desaparezcan a todo momento, de acuerdo con las llamadas tácticas nómades de lucha”. Son esas ideas que inspiran “muchas de las tácticas callejeras” de movimientos contestatarios en diversos países, añade.

También, los antiprincipios sustentados por las llamadas teorías del caos, con su desprecio por las leyes de causa y efecto –y la sustitución de estas por supuestas leyes de indeterminación y acaso– pasan a ser aplicados a las ciencias sociales, así como a las estrategias de acción revolucionaria, lo que contribuye a empujar a las naciones contemporáneas rumbo a la anarquía. Es en la perspectiva de esa relevante inflexión del pensamiento y de la estrategia de importantes sectores revolucionarios, que debe entenderse una afirmación del socialista Jean-Luc Melenchon, ministro francés de Educación, durante el 2º FSM, en un seminario donde se debatió el futuro del socialismo. Allí, sostuvo que “no existe más el determinismo histórico”, pues la historia “no es lineal, la propia naturaleza es incierta, casual”. De esa manera, queda abierto el camino para el caos.

Con estas consideraciones, nuestro objetivo fue ilustrar, con base en lo ocurrido en el 2º FSM y en declaraciones de destacados participantes, la bifurcación teórica en curso dentro del pensamiento revolucionario contemporáneo entre las corrientes clásicas marxistas y las nuevas corrientes de inspiración anarquista. Bifurcación teórica, pero no necesariamente práctica, pues ambas vertientes tienen su fuerza y su estilo de organización propios, que confluyen en el objetivo de destruir los restos de la civilización cristiana (cfr. “Foro Social Mundial y Foro de São Paulo se dan la mano”). En efecto, la “heterogeneidad” y la “diversidad” son una “característica saliente” de los actuales movimientos revolucionarios, destaca el ya citado documento de CLACSO, en la cual no se contraponen ni excluyen “viejos” y “nuevos” movimientos, “sino que aparecen como elementos que pueden complementarse y potencializarse en la acción colectiva”. O sea, para conjugar y multiplicar el poder destructor de ambas corrientes, se trata de evitar el tipo de enfrentamiento que ocurrió en el siglo XX entre estalinistas, trotskistas y seguidores de Rosa Luxemburgo, según fue recordado en debates durante el 2º FSM.

Delante de esa gigantesca escalada anticristiana en curso –que ha sido ilustrada a lo largo de una serie de informes de la agencia CubDest sobre el 2º FSM– la Divina Providencia no abandonará a aquellos que dentro del respeto a las leyes de Dios y de los hombres, en un plano intelectual y publicitario, y aún con recursos limitados, estén dispuestos a presentarle resistencia y oposición*.

*Redes anónimas y caos/foro de São Paulo, *Credo Chile* 28.10.2019.

V. EL COMLOT

Si alguien planificó el estallido de octubre (lo que no está probado, pero a estas alturas tampoco puede descartarse), sin duda eligió el momento preciso. Es fácil decirlo después de la batalla, pero los datos disponibles así lo mostraban para quien quisiera leerlo. Si acaso ese alguien, esa mente torcida y planteadora existe, leyó bien. Muy bien.

Veamos.

La confianza en las instituciones, que se venía deteriorando por las últimas dos décadas, había alcanzado a mediados de 2019 niveles críticos, especialmente en algunas instituciones clave para la estabilidad social y hasta hace poco respetadas. Tal era el caso de Carabineros, el Ejército, los Jueces y, con estrépito después del caso Renato Poblete, lo que iba quedando de esa reserva espiritual que es para muchos la Iglesia. El clima de pesimismo respecto al rumbo de la economía se había generalizado, con lo que la promesa central del gobierno de Piñera, crecimiento económico, se había diluido por completo.

Al pesimismo interno se sumó la escalada en la guerra comercial internacional, con lo que, a lo largo del año, las expectativas se fueron corrigiendo permanentemente a la baja. En septiembre, la confianza de los consumidores (GfK Adimark), índice que reúne la historia de las expectativas económicas de los últimos 40 años, había alcanzado un mínimo solo observado en períodos de crisis, mientras que la aprobación a la gestión del Presidente Piñera bordeaba el 29% (Cadem), una de las peores evaluaciones registradas en democracia (hoy circunda el 10%).

Por si no fuera suficiente, el INE mostró, a mediados de año, que durante 2018 la mediana de los ingresos familiares había retrocedido, y por su parte la Encuesta Bicentenario UC 2019 revelaba que las expectativas de progreso para la clase media, o las posibilidades percibidas de un trabajador de adquirir una vivienda, se ubicaban en mínimos históricos.

Todo esto debió leer el eventual cerebro planificador. Cifras públicas ampliamente disponibles, nada secreto, nada de *big data*, nada sofisticado. Si había que dar un golpe al sistema, era el momento. La tensión, el conflicto estaban ahí de manifiesto.

Fue entonces cuando, Dios nos libre, una comisión técnica que obviamente no leyó estos mismos datos decidió subir el precio del transporte público. Entonces la indignación estalló... ¡bang!

Si alguien estaba esperando, supo que era el momento preciso para un *blitzkrieg*.

Puede ser imaginación, de acuerdo, pero lo que objetivamente pudimos observar (dejo de lado los infaustos informes de inteligencia) son las llamativas sincronías entre hechos violentos (atentados simultáneos a estaciones del metro), simultaneidad entre ciudades, tipos de comercio vandalizado, coincidencias con eventos del proceso constitucional. No mucho, pero suficiente evidencia para al menos poner en duda la hipótesis de que el estallido es pura espontaneidad, o como diría Carlos Peña, “pura pulsión, energía acumulada por adolescentes mimados y sobrevalorados”. Hay algo más, sin duda, que permanece hasta hoy sin explicación.

Un punto clave en el análisis del ente planificador –si es que existe, reitero– debió haber sido la situación de Carabineros. Ya en mayo, la debilidad extrema de

la institución era evidente. Fue en ese mes que la fiscalía pidió pena de presidio para funcionarios involucrados en la muerte del comunero Catrillanca, después de un período en que la operación Huracán y los fraudes internos habían terminado por aniquilar al alto mando, borrado el prestigio de la institución y, quizás lo más grave, destruida la necesaria legitimidad social que requiere Carabineros para hacer uso de la fuerza en su misión de resguardar el orden público. Cualquier análisis de la situación de la policía habría determinado que su efectividad para resguardar el orden estaba muy reducida, si no anulada. Eso lo sabía el Gobierno, también el oculto planificador.

El mundo político reaccionó a un episodio tan violento, que independiente de las dudas respecto a su origen, devino en la peor crisis de la democracia de los últimos 30 años. Tan grande fue el impacto, que en esa madrugada del 15 de noviembre, la gran mayoría de los sectores representados en el Congreso firmó un acuerdo comprometiéndose a nada menos que revisar completamente nuestra institucionalidad con una nueva Constitución a partir de una hoja en blanco. Fue un gesto republicano, extremo, que en ese momento todos consideraron ineludible. Implicaba importantes renunciaciones para muchos; los rostros de algunos en la foto de esa madrugada muestran no solo el lógico cansancio de la hora, sino también un inconfundible rictus de amargura.

Al paso de las semanas, la solidez del acuerdo pareciera estar debilitándose. Es como si las reservas y resistencias iniciales de cada grupo reaparecieran con más fuerza, haciendo dudar a algunos de honrar lo acordado. El acto de promulgación en La Moneda de la reforma necesaria fue un verdadero bochorno, por la ausencia de muchos de los mismos que antes firmaron. Fue nítida la ausencia del Partido Socialista y otros, incluyendo al presidente del Senado, que en aquella foto de la madrugada aparece triunfador al centro de la mesa y los micrófonos. Algo similar puede decirse de las discusiones levantadas respecto a cuotas para mujeres, pueblos indígenas e independientes, que a ratos, más que preocupación por esos grupos parecieran excusas para entorpecer o eventualmente derribar todo el proceso.

¿Por qué se está debilitando el acuerdo del 15 noviembre?

Creo que la ausencia de un diagnóstico claro sobre las causas del estallido y el debilitamiento del acuerdo del 15 noviembre no son hechos independientes. Por el contrario, postulo que están estrechamente relacionados. A más incertidumbre sobre las causas, más débil se hará el acuerdo.

Las dudas persistentes respecto al origen de la violencia hacen difícil comprender qué es lo que realmente enfrentamos. A pesar de lo rotundo de los incendios y saqueos, todo adquiere un carácter irreal, aumentado por la ausencia de rostros o voceros de quienes dirijan esa casi mítica “primera línea”. Si de pronto se calma, como ha ocurrido estas últimas semanas, es como si hubiera dejado de existir. Entonces, el miedo disminuye y vuelven a aparecer las viejas rencillas, la competencia, los proyectos individuales.

Es muy sorprendente que después de dos meses del atentado violento más masivo que podamos recordar, aun no sepamos con certeza sus orígenes. No ha sido posible construir una visión común del problema, de la naturaleza de la amenaza. Esto, más allá de teorías especulativas por lo demás genéricas, sin demasiado fundamento empírico, algunas originadas desde el mismo Gobierno.

Es urgente aclarar lo que sucedió. Hoy, el rango de posibilidades es demasiado amplio, abarcando desde la teoría minimalista de que estamos ante una expresión

de ardor juvenil (Peña), hasta la tesis apocalíptica de que somos víctimas de un complot internacional (Piñera). Es igual a no saber nada. Ante tamaña incertidumbre, no habrá acuerdo que resista.

ROBERTO MÉNDEZ*

VI. CHILE: ¿REMATE AL MEJOR POSTOR?

La izquierda siempre ha pensado que la riqueza es como una maleza. Ella crece sola, siempre en el mismo lugar y aplasta al resto de la vegetación.

Por eso mismo, considera que el deber del Estado es podarla permanentemente, repartir sus restos al resto de la vegetación, y así evitar que se produzca la desigualdad, que es para ella el supremo mal y la más odiosa injusticia.

Hay, en esta particular forma de ver las cosas, un error fundamental. La riqueza no brota sola, no brota siempre en el mismo lugar (“los poderosos de siempre”) y se acaba rápido. Lejos de ser una maleza, que resiste a todas las intemperies y malos cuidados, la riqueza es una planta de difícil crecimiento, muy sensible a los cambios y que fácilmente se marchita si no es bien cuidada.

Fiel a su particular visualización de la riqueza, el Gobierno de la Nueva Mayoría instaló en el panorama nacional la idea de la “gratuidad”, en todas las esferas de la vida social: educación, salud, jubilación, etcétera.

No contentos con esos “ofertones” del Gobierno que ahora termina, el Partido Comunista puso como eslogan de su campaña legislativa, “Chile puede más, mucho más, vota comunista”, que es como decir, “todavía hay mucha maleza, cortémosla más, vota comunista”.

Ahora, esos “ofertones” siempre encandilan a los incautos y a los perezosos, pues –piensan ellos– nada más justo que recibir sin esfuerzo y de compartir sin méritos. Es lo que hoy se llama “ser inclusivo”.

Y como los incautos y perezosos son legión, estamos a un tris de que “la maleza”, que con tanto esfuerzo brotó en Chile, comience a languidecer, para terminar marchitándose definitivamente, del mismo modo como ocurrió en Venezuela.

Sí, precisamente Venezuela, un país que tenía su riqueza debajo de la tierra, y que era solo poner una manguera para que saliera el “oro negro”, hoy se encuentra en un estado de miseria económica, al punto de que el 30% de la población tiene que comer de la basura, los enfermos mueren por falta de remedios básicos, su inflación llega al 2.000% y la migración ya alcanza los millones.

Pero esas lecciones no asustan a los incautos y perezosos. Ellos tienen la mentalidad propia del que solo se preocupa que le den de comer por hoy, y que, “después de mí, el diluvio”.

*Escuela de Gobierno UC.

Publicado en *El Mercurio* D-5, domingo 29.12.2019.

En otro orden de cosas, pero con la misma mentalidad socialista, esta semana pasada el Colegio de Profesores, en manos del mismo Partido Comunista, declaró que había que acabar con la PSU, que rindieron los jóvenes, que ella era “clasista” (¿los sabios de siempre?), pues medía los conocimientos exactos. Que había que cambiarla por otra medición más “inclusiva”, como la oratoria y otras destrezas estudiantiles...

Llegará el día que se prohíba cualquier tipo de examen, alegando que ellos son discriminatorios pues dividen a los alumnos entre los que saben y los que no saben, entre los que se esforzaron y los que no. Que la justicia manda que todos por igual entren a la Universidad y que el papá Estado les pague a todos.

Esto, por supuesto, ¡con el dinero de “los poderosos de siempre”!

En realidad, con esta lógica no hay nada que baste. Lo que se exige hoy, mañana parece poco y pasado mañana una injusticia.

Por este motivo, la opción de centroderecha equivoca su estrategia al querer competir al “mejor postor”, dentro de estas ofertas electorales. Las promesas que realizó esta semana pasada el candidato Piñera introduciendo ofertas de Lagos y Goic y prometiendo “avanzar” en la gratuidad, de la mano de Ossandón, no pueden satisfacer al que quiere “todo, ya y para siempre”, siempre que el costo lo paguen los otros...

Entrar a ofrecer más, en este remate del Estado chileno, es pésima política, pues en esta materia la izquierda siempre ganará en sus ofertas porque las hace sin asumir ninguna responsabilidad. Para ella, “Chile puede más, mucho más”.

Quizá algún lector nos objete que, si no es entrando en esta competencia de ofertas, no se gana la elección.

En este caso, le respondemos con franqueza, que ganar con las banderas del adversario es lo mismo que perder. Y, peor aún, es prepararle una subida segura en las próximas elecciones.

Lo que es más sensato, es demostrar que este remate del Estado de Chile constituye la más irresponsable y demagógica de las promesas, pues ellas son imposibles de cumplir, a no ser que se lo quiera llevar a la bancarrota.

Precisamente como es hoy Venezuela*.

VII. CARABINEROS DE CHILE: GRACIAS

“Comienzo con una palabra que todos los hombres, desde que el hombre es hombre, han proferido: gracias”. Así inicia su discurso Octavio Paz al recibir el Premio Nobel de Literatura, con esa palabra tan simple, que tiene equivalente en todas las lenguas y que humaniza tanto al que la expresa como al que la recibe.

De todo lo ocurrido en estas tres semanas, lo que más me impresionó es el video grabado al interior de un bus de fuerzas especiales de Carabineros, rodeado por una turba que lo inmoviliza e intenta volcarlo. El terror que sentí al verlo –con

*Publicado en *Credo Chile* 4.12.2019.

humildad lo reconozco— supera largamente el temor que expresaban los propios policías y más aún me impactó, cuando por fin llegaron a una zona segura, la carabinera que pregunta: “¿se encuentra bien mi sargento?”. Gran lección para los que desde la comodidad de sus cargos y la teoría de sus ideologías piden una sociedad “más solidaria”.

También vi la opinión de una señora que, con la sabiduría que no se encuentra en los libros, sino que se recoge en ellos, dijo: “esos pacos desgraciados —recordando la forma en que los violentistas los insultaban— son los que nos defienden cuando tenemos un problema”.

Los carabineros han estado compelidos, desde un lado, a imponer el orden, hacer cumplir la ley y proteger tanto los bienes públicos como privados; criticados, desde el otro, por el uso excesivo de la fuerza y por no cumplir protocolos; inmediatamente querellados por las lesiones causadas en medio de las refriegas; “fiscalizados” por observadores cuya única preocupación es que los delincuentes puedan destruir todo lo que encuentran a su paso con pleno respeto a sus derechos humanos; y finalmente privados, en la mayor crisis del orden público de los últimos 50 años, hasta del uso de balines de goma.

Yo no sé cómo han sido para usted, estimado lector, estas últimas tres semanas. Para mí han sido angustiantes, por la incertidumbre. Por lo mismo, trato de imaginar cómo han sido para esos miles de carabineros, que se levantaron casi sin dormir, cada uno de esos días para ir a recibir bombas molotov, piedrazos, exponerse a la crítica inmisericorde del *establishment* frente a cualquier error, expuestos a ir a la cárcel si, en medio de la refriega a la que ellos tienen que ir obligados, día tras día, pierden la calma y disparan fuera de las normas. Cuántos carabineros debieron sumarse a la tarea de fuerzas especiales, sin tener esa especialidad, sencillamente porque no había suficientes de ellos.

Por eso hoy, a través de esta columna, intento aproximarme a lo que quisiera poder hacer personalmente, saludar a cada carabinero de este país, mirarlo a los ojos, estrechar su mano y decirle, como Octavio Paz, simplemente: gracias, muchas gracias

GONZALO CORDERO*

*Abogado. Publicado en *La Tercera* 24.11.2019.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA
(19.8.2019)
Arenera Price Ltda. c/Municipalidad de Hualpén
(responsabilidad municipal/Ley N° 18.695, art. 152)

Santiago, diecinueve de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

En estos autos Rol N° 18.807-2018, iniciados ante el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, caratulados “Arenera Price Limitada con Municipalidad de Hualpén”, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el catorce de junio de dos mil dieciocho, que confirmó la sentencia de primera instancia pronunciada el veinticinco de abril de dos mil diecisiete que rechazó sin costas la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

En la especie, Arenera Price Limitada afirma ser una sociedad comercial cuyo objeto consiste en “la extracción de arena y otros áridos, destinados a la construcción y fines similares; la comercialización, venta y distribución de estos productos, y los demás negocios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y que acuerden los socios”. En ese contexto, tal extracción la realiza desde la ribera norte del río Biobío, en la comuna de Hualpén, accediendo por terrenos de su propiedad, y contando con todos los permisos y autorizaciones necesarios para ello, en especial la Resolución de Calificación Ambiental N° 29/09 y el permiso municipal concedido para extraer, en el período 2015-2016, 83.000 metros cúbicos de material anuales.

Refiere que, contrario a su situación, en el sector existen diversas empresas que se dedican a igual giro sin cumplir con las exigencias legales. Concretamente, hace mención a la Compañía Minera Tridente Limitada, Areneras Costanera Biobío, la Sociedad Arenera del Pacífico Limitada, y Arenera Áridos El Boldal S.A., quienes, en común, contarían con permisos de extracción vencidos, mientras que algunas no habrían obtenido calificación ambiental y/o factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas, omitiendo la Municipalidad cobrar patente por actividades complementarias, secundarias o terciarias, gravadas con dicho tributo.

Alega que tales irregularidades, constatadas por la Contraloría General de la República en su informe especial de 24 de diciembre de 2015, permiten afirmar que la Municipalidad de Hualpén no ha desplegado la conducta que la ley ordena en ejercicio de su facultad de control y supervigilancia de actividades ilícitas, incurriendo en falta de servicio al tolerar que las empresas cuestionadas se posicionen en una ilegal posición de privilegio que les permite cobrar un menor valor por igual producto que el ofrecido por la actora.

Precisa que todo lo anterior le produjo un perjuicio consistente en la venta de tan sólo 20.023 metros cúbicos de material anuales, de los 83.000 metros cúbicos autorizados, siendo que hasta 2012 superaba con largueza aquel tope,

evaluando este detrimento en \$ 326.183.200, y solicitando, además, que se repare el daño moral sufrido, a razón de \$ 50.000.000, al verse Arenera Price asociada públicamente al desarrollo de una actividad ilícita, afectando su reputación o prestigio comercial.

Al contestar, la demandada solicitó el rechazo de la acción alegando haber subsanado todas y cada una las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República, iniciando gestiones de cobro de derechos y patentes, prohibiendo la extracción de áridos por parte de las empresas que no cuentan con autorización para ello, decretando la clausura de los establecimientos que no respetaron tal prohibición, y remitiendo los antecedentes al Ministerio Público para investigar criminalmente a quienes no acataron la clausura.

Esgrimió, acto seguido, la ausencia de falta de servicio en su conducta, ya que Arenera Price no puede ser considerada como usuaria, beneficiaria o destinataria del servicio público que alega no se habría prestado, tratándose la fiscalización, por lo demás, de una facultad o prerrogativa que no puede entenderse como un “servicio” propiamente tal que deba ser prestado por la Municipalidad. Finalmente, en cuanto a los perjuicios demandados por la actora, estima que se trata de una eventual pérdida de oportunidad o chance que no equivale al total de lo no percibido, atendido lo hipotético del detrimento.

La sentencia de primera instancia rechazó sin costas la demanda, teniendo en consideración para ello que no se invocó por la actora un servicio preciso, directo, concreto y determinado que la ley haya obligado a prestar a la Municipalidad demandada en relación con los hechos de autos, y cuya inobservancia haya producido, también de modo directo, los perjuicios que, siendo insuficiente para ello la mención a las funciones establecidas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, pues tales normas no dicen relación con la existencia de alguna “obligación” como aquella que se reputa infringida. Por último, agrega que tampoco resulta suficiente para cumplir tal fin el informe especial de Contraloría, pues, insiste, para que se incurra en falta debe existir norma expresa que obligue a la demandada a prestar un determinado servicio y que esta carga se haya infringido, situación que no ocurre en el caso de marras.

La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia apelada, compartiendo expresamente el razonamiento del juez de primer grado, agregando que la ejecución de actos de fiscalización a una u otra empresa es una decisión “de mérito”, conforme a la políticas, programas y reglamentación del órgano municipal.

Respecto de esta decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en el único capítulo del recurso de nulidad sustancial, se acusa que los jueces de instancia han errado en la interpretación de los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en relación con el artículo 19 del Código Civil; y dejaron sin aplicación los artículos 1, 19 N° 20 y 118 de la Constitución Política de la República, 36 de la Ley de Rentas Municipales, y 3° ter, 4, 10 y 54 de la Ley N° 19.300, todos en relación con el artículo 19 del Código Civil.

A tal conclusión arriba luego de afirmar que dichas normas establecen la competencia de la Municipalidad en material ambiental, de transporte, de administración de los bienes municipales y de uso público, y de cobrar derechos por los permisos que se otorguen, imponiéndole, en consecuencia, el deber ineludible de fiscalizar, contrario a lo sostenido en la sentencia recurrida. Por ello, insiste que la Municipalidad de Hualpén ha incurrido en responsabilidad *in vigilando* al incumplir tal obligación.

SEGUNDO: Que, al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo, la recurrente afirma que, de no haberse incurrido en ellos, la sentencia de primer grado debió ser revocada y la demanda acogida.

TERCERO: Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene recordar que, conforme lo concluye uniformemente la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte Suprema, la determinación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado requiere la verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos: acción u omisión del órgano público demandado, imputabilidad subjetiva traducida en falta de servicio, la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, daño a la víctima, y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

A su turno, aquel factor de imputabilidad subjetiva o falta de servicio se verificará cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

CUARTO: Que, como se puede apreciar, el esfuerzo argumentativo del recurrente se orienta a demostrar que, contrario a lo asentado en el fallo recurrido, la Municipalidad de Hualpén no ejecutó acciones fiscalizadoras (aserto que, en realidad, no ha sido objeto de controversia) encontrándose en la obligación legal de haberlo hecho, de manera tal que aquella omisión pueda ser considerada como falta de servicio, permitiendo el análisis de los demás requisitos para tener por configurada la responsabilidad civil extracontractual de la demandada.

QUINTO: Que, en este sentido, se ha dicho que: “para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración los medios disponibles para ello en los casos específicos. Se trata pues de un deber de actuación en concreto. En el caso de las omisiones, se deberá señalar cuál es la acción que la Administración estaba obligada a ejecutar y que no ejecutó” (SCS de 31/01/19 en causa Rol N° 4.543-2018).

SEXTO: Que, como se lee del párrafo transcrito, la mera infracción de un deber de conducta preciso y determinado impuesto por la ley a un órgano del Estado no puede considerarse, necesariamente, como constitutivo de falta de servicio, pues tal omisión debe contrastarse con los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición o agente llamado a hacerlo. Tal conclusión guarda perfecta consonancia con aquella doctrina, seguida por

esta Corte, que afirma que la responsabilidad civil extracontractual del Estado no es objetiva, ya que ello implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y su poder de imperio en su actuación legal, reduciéndolo a ser un mero intermediario de intereses particulares, y su actuación pasaría a revestir un carácter transaccional, al verse enfrentado a la necesidad de compensar por toda acción que perjudique a algún administrado.

SÉPTIMO: Que, reseñado lo anterior, incluso asumiendo la corrección del argumento del recurrente entendiendo que, en el caso concreto, la Municipalidad de Hualpén se encontraba frente al imperativo legal de ejecutar actos de fiscalización en aquellas materias que la ley ha puesto dentro de la esfera de su competencia, el estándar pretendido por el recurrente, consistente en el despliegue de todas las conductas necesarias para que sus competidores cumplan cabal y permanentemente con las exigencias comunes y sectoriales que la ley les impone y, así, evitar a todo evento distorsiones el precio de venta del producto que extraen, se aleja largamente de las posibilidades reales de actuación de la demandada.

En efecto, para lograr tal cometido la Municipalidad de Hualpén debería destinar a tiempo completo tantos funcionarios como fueran necesarios para, por ejemplo, controlar el peso de los camiones que constantemente entran y salen de las plantas de extracción y procesamiento de áridos; verificar en terreno la naturaleza de las actividades complementarias que cada empresa desarrolla, chequear que cada unidad extractiva cuente con las autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes, y que su conducta se ajuste –siempre– a los instrumentos aprobados por la autoridad, entre otras múltiples actividades de control omitidas, según subyace al argumento de la actora, quien siquiera ha satisfecho el mínimo deber de enumerar, con precisión y claridad, cuáles son las conductas concretas y determinadas que reprocha ignoradas.

OCTAVO: Que, por lo demás, bajo el difuso y cuestionable entendido que Arenera Price, en cuanto competidora de las unidades productivas incumplidoras, tenía un interés patrimonial comprometido y, por tanto, indirectamente era destinataria de la actividad de fiscalización municipal preterida, resultaba exigible, a su respecto, el haber desplegado una conducta mínimamente diligente para perseguir la corrección del quehacer de las demás empresas de rubro; deber que implicaba, por ejemplo, denunciar las irregularidades detectadas ante la propia Municipalidad y las demás reparticiones públicas que poseen competencia en cada una de las áreas cuestionadas, carga cuyo cumplimiento no fue suficientemente acreditado.

NOVENO: Que, de esta manera, incluso de dar por concurrente el yerro denunciado en el recurso de nulidad sustancial que se analiza, ha de afirmarse que éste no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto la sentencia de primer grado igualmente debió ser confirmada por no concurrir, en el caso *sub judice*, falta de servicio. En conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de tres de julio de dos mil dieciocho, en contra de la sentencia de catorce de junio de igual anualidad, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Se previene que el Ministro Sr. Prado, concurriendo al rechazo del recurso de casación en el fondo, fue de parecer de precisar y hacer notar que la Municipalidad de Hualpén incurrió en una conducta manifiestamente ilegal al haber omitido deberes básicos impuestos por la ley, sin perjuicio que ello no constituya, necesariamente, falta de servicio, según los argumentos expuestos en el fallo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Barra y de la prevención su autor.

Rol N° 18.807-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Julio Pallavicini M. y Sr. Antonio Barra R.

COMENTARIO

Fallo muy reciente este que comentamos de la Corte Suprema (rol 18.807-2018), que rechaza una casación de fondo deducida por la demandante en proceso de responsabilidad municipal (artículo 152) de la ley orgánica constitucional de municipalidades, Ley N° 18.695.

El caso confrontaba a *Arenera Price Ltda.* con dicho municipio a raíz de los notorios perjuicios sufridos en su actividad de extracción de áridos desde la ribera norte del río Biobío, entidad que contaba con los permisos municipales correspondientes incluido una Resolución de Calificación Ambiental, para ejercerla en el período 2015-2016. Dichos perjuicios se derivaban de la “ausencia de fiscalización” de la demandada respecto de la actividad extractiva de esos áridos que realizaban en el lugar otras empresas (que en el libelo se mencionan) que no contaban con los indispensables permisos municipales para hacerlo ni siquiera resoluciones de calificación ambiental o factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, y sin que la Municipalidad referida fiscalizara dichas conductas ilegales, impidiéndolas, y aplicando las multas que la ley indica, *omisión* tanto más ilícita que esos áridos y esa actividad se encontraban en terrenos cuya administración corresponde a esa entidad edilicia.

La demandante deduce la acción de responsabilidad municipal por las pérdidas sufridas en razón de haber podido vender en el período comprendido en el respectivo permiso municipal solo veinte mil metros cúbicos anual en circunstancias que estaba autorizada para extraer ochenta y tres mil metros cúbicos, dada la intervención de entidades en el lugar que carecían de atribuciones para extraerlas.

Nuestro interés en comentar este fallo supremo incide solo en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y aquí de las municipalidades, tema que cuenta con una legislación expresamente establecida en la Ley N° 18.695, orgánica constitucional, como es su artículo hoy 152, cuyo texto transcribimos como gentileza para el lector:

“Las municipalidades incurrirán en responsabilidades por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”¹.

1) Debe recordarse –cosa que al parecer la Corte no hizo en este fallo– que esta disposición quedó bien esclarecida, luminosamente, diría, en la “historia fidedigna de su establecimiento” al declararse que esta responsabilidad municipal sigue el mismo criterio de las normas establecidas en la Ley N° 18.575, de 5.12.1986, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado, precedente (artículos 4 y 44), o sea, “plantea una responsabilidad objetiva” (Sesiones de la Cuarta Comisión Legislativa de la H. Junta de Gobierno, p. 74).

De allí que la afirmación de su considerando 3° según el cual uno de los requisitos para que proceda la responsabilidad municipal es la “imputabilidad subjetiva, traducida en falta de servicio”, y entendida esta como “acción u omisión culpable o dolosa”, no pasa de ser más que una nueva “invención” suprema más. Ello insiste en el error de no comprender que el Estado y las municipalidades, como personas jurídicas que son, carecen de sustrato subjetivo, desde que son antes de ficción, como lo reconoce el código civil desde su dictación misma (artículo 545); al funcionario que actuó u omitió la actuación debida según la ley, sí se le podrá perseguir su responsabilidad y esta sí que es subjetiva, y deberá probarse su “culpabilidad”, pero no a una municipalidad, que no es “culpable” ni podría aplicársele el artículo 2314 CC desde que no podrá condenársele a “penas por el “delito” o “cuasidelito” cometido, como si se tratase de un delincuente...

La “falta de servicio” no es “culpa” ni “dolo” del organismo municipalidad, como la ha pretendido la Corte Suprema en soluciones afrancesadas –incluso obsoletas hoy en la misma Francia, y desde hace décadas²– sino es “falta”, o sea “ausencia”, “carencia”, propiamente una *omisión* de la prestación debida por la Administración, impuesta a ella por la ley que ha creado el organismo y lo ha dotado de “funciones” y ha conferido “potestades” (poderes/deberes) a determinados órganos de él para actuar satisfaciendo así las necesidades públicas para lo cual ha sido creado y se le ha dotado de funciones y de potestades a sus órganos con tal finalidad.

Hay que insistir una y otra vez –para persuadir a los endurecidos de corazón, más que de mente– en que la responsabilidad del Estado y los organismos de su Administración no es asunto de “dolo” o “culpa” en su actuar o inactividad, ello no pasa de ser un resabio civilista enteramente inaplicable en el derecho público chileno, en el cual, por una parte, la relación del Estado con los ciudadanos no

¹Valga señalar que el DL 1.289, de 14.1.1976, estableció la nueva Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, en virtud del mandato del DL 575, de 13.7.1974, sobre Regionalización del país (artículo 29). En su Título VII “Responsabilidad”, regulaba la responsabilidad de autoridades y funcionarios (artículo 61) y en su artículo 62 se refería a la responsabilidad civil (sic!) de la Municipalidad, cuyo inciso 3° disponía que “la responsabilidad extracontractual (sic!) procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”.

²Vid. al respecto nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 843-854, espec. 845-851.

es una relación conmutativa, ni se está en un plano de igualdad de equivalencia sino de “proporción” y, por la otra, los organismos de la Administración del Estado, personas jurídicas, son entes de ficción, carentes de la posibilidad de incurrir en “culpabilidad”, que de suyo implica una estructura solo humana (razón que dirige a una voluntad libre). Hay una imposibilidad lógica, de racionalidad mínima, de aplicar conceptos humanos a lo que es una mera construcción intelectual, ficticia, carente de realidad natural³. Dice bien, en cambio, el fallo en el inciso segundo de este considerando 3° al expresar que la falta de servicio (que no es “factor de imputabilidad subjetiva”, como tan orondo se afirma), existe “cuando aquel [servicio] no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente”⁴. Pero no advierte dos cosas, a saber, una, que cuando un organismo de la Administración del Estado funciona “irregular o tardíamente” hay una evidente *omisión* pura y simple de la actuación legalmente debida impuesta por la ley como modo de satisfacer la necesidad pública que le ha sido encargada expresamente como una obligación y “obligación” jurídica, y que no ha cumplido, obviamente, si actúa de modo irregular o tardíamente. Y ello porque la ley le impone satisfacer esa necesidad pública real y efectivamente, de manera idónea, adecuada, proporcionada y, ciertamente, *oportuna*, lo que viene expresamente establecido no solo por la Constitución (artículos 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 19 N° 2, entre otros) sino por la propia ley de bases de la Administración 18.575, artículo 3°, que parecieran soler olvidar y no tenerlo presente los funcionarios públicos (como también los jueces, incluidos los supremos) como se ve un tanto frecuentemente en sus fallos.

Dicho artículo 3°, que es consecuencia positiva de su artículo 2°⁵, contiene expresamente obligaciones/deberes jurídicas ineludibles para todo organismo estatal administrativo, entre las cuales están la “eficiencia”, la “eficacia”, y la “responsabilidad”, en caso de daño producido en su actividad o inactividad, recordando siempre que *La Administración del Estado está al servicio de la persona humana* (inicio del artículo 3° citado) y ello “con pleno respeto de los derechos de las personas” e incluso de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° inciso 2° de la Constitución)⁶. El fallo comentado tampoco advierte que la obligación de las municipalidades es satisfacer las necesidades públicas a su cargo, también *fiscalizando* el debido cumplimiento del Derecho aplicable a las actividades que realizan los particulares en bienes municipales o cuya administración le está encargada como ocurre respecto de los bienes

³Chesterton, genial como pocos, decía “quitad lo natural y solo queda lo antinatural”.

⁴Utilizando la terminología francesa, sin saberlo tal vez, ya que son las expresiones que usa Paul Duez en su *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Sirey. Paris. 1938, 27-40.

⁵El artículo 2° de la Ley N° 18.575 se refiere al “principio de juridicidad”, en sus dos primeras oraciones (en aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución) y en la tercera establece: “Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

⁶Y entre ellos uno que constituye uno de los fundamentos de la existencia misma del Derecho, como modo de vida social en paz, como es el *nemine laedere* de los romanos (uno de los tres principios básicos de su Derecho), es decir “no dañar a nadie”, porque ello es de suyo, *per se*, “contra Derecho” (*iniura*), o sea “injusto”.

nacionales de uso público, como es el caso, “controlando” que esa actividad de extracción de áridos sea llevada a cabo contándose con los ineludibles “permisos” (autorizaciones) municipales y el correspondiente pago de los “derechos municipales” respectivos (conforme al DL 3063, de 1979, ley de rentas municipales, artículo 36), y en caso de que se efectúe esa extracción sin contar con ellos, impedir la “actividad ilícita” de aquellos que lo hacen en contravención a Derecho, al margen de la ley, e incluso sin atenerse a las disposiciones ambientales de la Ley N° 19.300, que le son aplicables, además de las multas correspondientes.

2) Aquí reside el *quid* del asunto debatido en este proceso y en que recayeron sentencias de primera y segunda instancia rechazando la demanda y casación en el fondo del demandante igualmente rechazado. Ese rechazo de los tres tribunales se ha fundamentado en virtud de creer que no habría ninguna obligación municipal de “fiscalizar” la actividad de extracción de áridos y aun si se admitiera esa obligación jurídica hay que estarse a los “estándares” que es posible exigir a la demandada (vid. considerandos 6° y 7° del fallo supremo).

Hay aquí todo un tema para esclarecer porque se incurre en varios errores, que pasamos a analizar:

a) En efecto, *las municipalidades sí tienen obligación de fiscalizar* las actividades que realizan los particulares en bienes nacionales de uso público, sean como “permisionarios”, como ocurre aquí, sean “concesionarios”, porque expresamente la Ley N° 18.695 así lo dispone al expresar, por una parte, formalmente, que a las municipalidades les corresponde “administrar los bienes municipales y nacionales de uso público” (artículo 5° letra b) y, por la otra, dado que su artículo 36 incisos 1° y 2° permiten a las municipalidades otorgar “permisos” a particulares sobre dichos bienes, y por ello ha de cobrar sumas de dinero, sean “derechos”, o en otros casos, “patentes” (DL 3063, de 1979) y el control de esta percepción está entregada expresamente a la unidad de Administración y Finanzas de la Municipalidad respectiva (artículo 27 letra b) N° 7) y a la unidad de control (artículo 29) le corresponde precisamente “controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal (letra b), todo ello sin perjuicio de las atribuciones que la LOCM confiere a la unidad del Medio ambiente, aseo y ornato (artículo 25) “aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna y que sean de su competencia” (letra e) y, por tanto, los artículos 3° ter, 4°, 10° y 54 de la Ley N° 19.300, sobre ambiente.

Más aún, ese *deber de fiscalización* se impone a la Municipalidad cuando se “denuncian” actividades ilegales de extraer áridos de terrenos que toca su administración a ella, por quienes carecen de título jurídico para extraerlos al no contar con los actos administrativos de “permisos” indispensables para ello. Justamente ante esas denuncias corresponde a la autoridad municipal comprobar que la actividad que se ejecuta sea efectuada por quienes verdaderamente cuentan con los “permisos” respectivos y se haya cumplido con la legislación ambiental pertinente. Y ello, tanto más que la mismísima Contraloría General de la República había intervenido en el asunto –ante la inactividad de la Municipalidad– e informado, con fecha 24.12.2015, comprobando las irregularidades existentes en la extracción referida por quienes no tenían derechos para hacerla.

Hay, pues, claramente, una *omisión* de esa Municipalidad demandada en su obligación jurídica de fiscalizar la actividad que se realizaba en esos bienes

nacionales de uso público, con el fin de comprobar si su realización se efectuaba por quienes estaban autorizados conforme a Derecho para ello, y de acuerdo con las normas municipales y ambientales pertinentes.

b) Otra argumentación enteramente inadmisibles del fallo, por ir directamente en contra de la Constitución, es lo que sostiene su considerando 6° en cuanto la responsabilidad del Estado estaría condicionada por “los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición o agente llamado a hacerlo”. Es decir, en buen romance, la “omisión antijurídica” en que incurre un organismo de la Administración del Estado que produce daño a un particular, víctima que se ve afectada en su “ser” (artículo 19 N° 1 de la Constitución) o en su “tener” (artículo 19 N° 24 *idem*), no sería una “falta de servicio”, por contraria a Derecho que fuere, si ese organismo no cuenta con los medios disponibles que tenga para satisfacer la necesidad pública que la ley le ha asignado en bien de las personas (¡sic!). Y entonces, una pregunta elemental ¿para qué subsiste ese organismo si no puede cumplir la ley?

Tal barbaridad parece no haber sido meditada por la Corte Suprema por cuanto no se sostiene ni mínimamente frente a la Constitución, y tampoco frente a la razón, y qué decir frente a la justicia que deben impartir...

En efecto, ello significa que una persona, un ciudadano, un usuario de servicio público, deberá padecer un daño antijurídico producido por un organismo de la Administración del Estado sin que pueda ser reparado, indemnizado, solo porque este organismo alega que no cuenta con los medios disponibles para actuar conforme a Derecho, o sea que no puede satisfacer las necesidades públicas puestas a su cargo por la ley.

Ello me recuerda un caso ciertamente muy trágico, como es *Torres Velásquez c/ Servicio de Salud de Talcahuano* (Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003, rol 1703-2003, en *Ius Publicum* 12/2004, 245-252; mi comentario en 252-264⁷, acaecido en el Hospital de Higuera un 2.12.2998, en el que una madre joven acude a dar a luz a su segundo hijo y no obstante que por el peso de la guagua, de 4.700 gr y tamaño de 58 cm, era obligada la intervención cesárea en vez de realizar esta se esperó que pudiera producirse el alumbramiento de modo natural, tardanza en producir el parto que significó que el niño sufriera una asfixia severa y por ende quedar “ciego, sordo, mudo, parálítico” y, además, con “epilepsia e hidrocefalia” (vid. considerando 6° del fallo citado). La innegable negligencia médica quedó demostrada de modo fehaciente por el Sumario ordenado por el Hospital y el Informe pericial del Servicio Médico Legal (considerando 9°).

Pues bien, ante la alegación verdaderamente insólita del Servicio de Salud demandado de no contar con los recursos necesarios y pretender por esa vía eximirse de toda responsabilidad ante el desaguisado mayúsculo producido, el Tribunal de alzada establece con una sensatez digna de admiración hoy, que “no

⁷En la Corte Suprema se llegó a conciliación condenándose al Servicio demandado al pago de 81 millones de pesos y a título de daño emergente se le condena a prestar atención al niño quedado inválido por una negligencia demasiado ostensible, a prestarle asistencia de salud, sea en establecimiento público, sea privado, mientras viva. El niño falleció a los once años de su nacimiento según he tenido conocimiento.

corresponde (como lo ha hecho el *a quo*) aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficacia fue resultado de carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias en la distribución del Presupuesto Nacional” (considerando 13°, inciso final; redacción del fallo de la Ministra Silvia Onetto Peirano)⁸.

Clarísima la argumentación de la sentencia referida y es que las pretendidas dificultades presupuestarias, deficiencias de organización, u otras, no pueden jamás constituirse en justificación válida para eximir de responsabilidad ante actuaciones u omisiones antijurídicas de un organismo de la Administración del Estado, y cargarlas a las víctimas de su mal funcionamiento. Esto, allá al inicio de la década de los años ochenta del siglo pasado, también la Corte Suprema lo tenía muy claro en *Mitsui con Fisco* (16.6.1981, rol 15.001, en *RDJ*, t. 78/1981, 2.5, 83-90), cuyo considerando 11° es lapidario al respecto y no puede ser olvidado ni menos despreciado por los supremos de ahora, al establecer que las irregularidades producidas al interior de la Administración no pueden significar perjuicios a quien ha actuado conforme a la ley.

c) Ya a raíz de esta afirmación de justicia natural innegable es que puede señalarse que hablar de “estándar” o “estándares” es algo que no tiene asidero alguno en la Constitución y, es más, va directamente en su contra.

Decir que “para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración los medios disponibles para ello en los casos específicos” es una nueva “invención” suprema porque ella viola disposiciones más que fundamentales del derecho constitucional chileno, como el artículo 1° inciso 4° (“El Estado [y sus organismos, también los administrativos] está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” “con pleno respecto de los derechos de las personas), y su artículo 5° inciso 2° (los poderes atribuidos a los órganos del Estado “reconocen como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, siendo “deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución”...).

Y ¿quién establecería esos estándares? ¿La propia Administración? La Administración carece de atribuciones jurídicas para así determinarlos. ¿La ley? Pero ¿cómo podría ella determinarlos sin caer en una abierta inconstitucionalidad? ¿No se conoce, acaso, la disposición del artículo 19 N° 2, la cual, como base fundamental del Derecho, establece clarísimamente la igualdad ante y en el Derecho, como un derecho principalísimo de toda persona en Chile? Valga re-

⁸El inciso segundo de este considerando –valga señalarlo– establece “como ha quedado establecido la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Basta, por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad”. Criterio que se recordará quedó bien perfilado en *Tirado con Municipalidad de La Reina* (1981) considerando 4° del fallo de la Corte Suprema (redacción Luis Cousiño Mac Iver), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 78/1981, 2.5, 35-44, con comentario nuestro en Primera Parte, Sección Derecho, 39-48, criterio, como se advierte, vigente tanto en 2003 a fines y también en 2007 en *Guerra Girón c/Servicio de Salud de Arica* (Corte Suprema 30.5.2007, en *RDJ*, t. 104, 2.5, 604-616).

cordarlo para que si un juez supremo lee este comentario lo tenga más en cuenta en el juzgar diario de su nobilísima función que ejerce: “La Constitución asegura a todas las personas: 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado...”, y su inciso 2° es lapidario: “Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias...”.

Y ¡vaya qué diferencias habría que hacer! si se atiende, v. gr., a los Servicios de Salud o a las municipalidades (345) (como en el caso que comentamos), respecto de los medios disponibles con que cuentan y con la organización específica de cada uno de ellos incluido su personal. Imagínese si una persona/peatón, camina por la vereda de una calle y se cae quebrándose la cadera, o la nariz, o el tobillo, en razón de haber baldosas sueltas o desniveladas o simplemente quebradas, y la Municipalidad, cuya administración está encargada la mantención de calles y veredas, como bienes nacionales de uso público que son, sostiene que carece de fondos para repararlas, o que no tiene los medios disponibles para hacerlo (sin embargo, tal vez, sus funcionarios gozan de bien provistas horas extraordinarias para lo cual sí su presupuesto cuenta con fondos, o van a “cursos” a Punta Cana, Varadero, o aún a la llamada Costa Brava...), y le aplicaran ese pretendido estándar promovido por el fallo supremo que comentamos, resulta que no toda infracción a la ley, conducta u omisión anti-jurídica, se puede considerar “falta de servicio” y, por lo tanto, se rechazará la demanda deducida a raíz de esa evidente omisión contraria a Derecho de la municipalidad demandada. Pero curiosamente, si el mismo accidente ocurre en una comuna/municipalidad vecina o cercana, que sí tiene bien dispuestos los medios para funcionar conforme a Derecho, la Corte Suprema sí la condenará. Ello es *un atentado más que escandaloso a la igualdad ante la ley y el Derecho* y al derecho fundamental que toda persona tiene y que la Constitución reconoce expresamente, garantiza y protege. Además, no puede soslayarse que ese predicamento supremo es aplicación lisa y llana de “la justicia de clase”, de típica extracción marxista leninista, verdaderamente “colado” de modo insólito en la tercera sala suprema, y que no tiene asidero alguno en la Constitución. Ello en Chile es inaceptable y hay que decirlo con claridad y firmeza, porque ello significa que ante la Justicia y los tribunales hay personas o grupos privilegiados, lo que el inciso 1° del N° 2 del artículo 19 proscribiera tajantemente, de manera rotunda, al disponer que “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. La aplicación de ese artificio de los “estándares” implica que se acepta en nuestro derecho público que hay ciudadanos de primera, segunda, tercera, etc. categoría, frente a las municipalidades (y a todos los organismos administrativos del Estado) según estos sostengan que tienen o no tienen medios disponibles para administrar sus comunas, cuya finalidad es procurar el bien de las personas que viven o transitan por sus calles, plazas, y demás bienes nacionales de uso público puestos a su cargo.

d) Pero hay más aún: otra infracción se da en esta interpretación que inventa la Corte Suprema porque ella supone un planteamiento que la Constitución no contempla ni remotamente.

La responsabilidad por los daños producidos por los organismos de la Administración del Estado a las personas, responsabilidad que la Constitución

establece expresamente en sus artículos 6, inciso 3°, 7 inciso 3° y 38 inciso 2°⁹, no admite restricción alguna que impida que una víctima de esos daños sea debidamente indemnizada íntegramente, si ese actuar de la Administración o su inactividad, es antijurídico, contrario a Derecho. La responsabilidad del Estado, y en su función administrativa en este caso, surge cuando ese daño que sus órganos administrativos ocasionan se produce en violación de la Constitución (“infracción” dice el artículo 6° inciso 3°, “contravención” dice el artículo 7° inciso 3° y “lesión” (afectación de un derecho fundamental) dice el artículo 38 inciso 2°), vulneración, además, porque contraviene, la propia Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (artículos 2° y 4°), desde que su artículo 3° impone a todo órgano administrativo del Estado un actuar eficaz, eficiente, racional, idóneo y proporcionado, que es todo lo contrario de producir daños a los particulares.

No admite restricción alguna, como bien lo decía en 1981 la Corte Suprema en *Mitsui Chilena Comercial Ltda., con Fisco* (según lo referíamos en apartado b) precedente), puesto que es de una enorme desfachatez que los errores (desidia, negligencia, torpeza o ignorancia) de la Administración pretenda esta que los “pague” la víctima de ellos con una alegación tan ligera y vacía de racionalidad como que no tiene los medios disponibles para satisfacer las necesidades públicas para lo cual precisamente la ley los ha creado; si no poseen esos medios, suprimase el organismo, o bien, “concédase la prestación del servicio” a los particulares que sí pueden hacerlo y eficientemente, conforme a una regulación de concesiones de servicio público.

No cabe, entonces, sostener, en modo alguno, en nuestro ordenamiento constitucional, que las actuaciones de los organismos de la Administración del Estado ilícitas dañosas para los particulares, no constituyan *per se* “falta de servicio”, porque el no actuar de ellos para satisfacer una necesidad pública teniendo el deber jurídico de hacerlo, *es de suyo* una violación de la Constitución (artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2°), ya que esos organismos han sido creados y existen para procurar esa satisfacción, sus órganos han sido atribuidos de potestades para ello y los funcionarios que los integran han sido designados para concretar aquella satisfacción y se les remunera para que presten tal servicio, y más aún cuando se les requiere expresamente para ello sea por los usuarios, sea por los “permisionarios” de bienes nacionales de uso público, como en este caso comentado.

Lo que ocurre, o tal vez puede ocurrir, es un gran desconocimiento de nuestro derecho público en especial, la aplicación concreta de las disposiciones constitucionales en defensa de los derechos de las personas y la carencia de profundidad en ello, lo que suele ser suplido “inventando” soluciones (o copiándolas del extranjero/los fatídicos “injertos extranjerizantes”), que se alejan de la Constitución violándola sin rubor. A menos que la situación sea aún peor (cosa que sinceramente no creo), que simplemente se prescinda de la Constitución por razones ideológicas contrapuestas o sin llegar todavía a ello, siguen anclados en

⁹A pesar del intento delirante de algunos fallos que han sostenido que no la contempla, como el tristemente conocido *Domic Bezic c/Fisco* (Corte Suprema/cuarta sala, 15.5.2002, en *RDJ*, t. 99/2002, 2.5, 126-154, con comentario nuestro).

una visión del Estado que más parece del tiempo de Hobbes, Rousseau, Hegel, Marx o Gramsci, visión totalitaria que hoy solo atrae a trasnochados que adoran a la diosa “violencia”...

Y pareciera no ser tan lejano ese pensamiento al de la época pre 1789, o 1789 y post 1789, en Francia, estatismo que en lo jurídico afloró en Chile hacia la década de los años 30 del siglo pasado, y que me hace recordar por lo dicho en el considerando 6° de este fallo que comentamos, en el cual resulta clara esa visión, al confundir lo que es propiamente la responsabilidad llamada objetiva, ya que sostiene que esta, en su aplicación –interpretándola erróneamente– “implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y de su poder de imperio en su actuación legal”, hablando incluso de “perjuicios” “a algún administrado”...

Lo dicho es un lenguaje típico de hace 70 a 90 años en Chile, con otra Constitución y con un Estado omnipotente¹⁰ que no consideraba a las personas que lo componían como “ciudadanos” sino como “administrados”, o sea “súbditos”, de un poder estatal que se impone a ellos como si fuesen siervos o esclavos, como “cosas”, que son las que se administran.... Insólito resulta este lenguaje en la pluma de jueces supremos hoy, lenguaje propio de monarquías absolutas o totalitarias, tipo leninistas o castristas, y sin que adviertan que las personas “se gobiernan”, puesto que son seres racionales y dotados de una dignidad ontológica que les es intrínseca.

Pero más deleznable aparece que se hable del “Estado y su soberanía” y de “su poder de imperio” para no reconocer la responsabilidad municipal frente a daños producidos a particulares por *su evidente omisión de fiscalizar*, sin advertir que la propia Constitución establece clarísimamente que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución... (cursivas nuestras). Y cómo no va a ser así si los poderes jurídicos de que están dotados los órganos del Estado son atribuidos por la Constitución y por las leyes dictadas en conformidad a ella; esto es, *no son inherentes sino conferidos* y, además, son “expresamente” (artículo 7° inciso 2°) tasados, delimitados, acotados, no teniendo otros poderes que aquellos que “expresamente” les hayan sido atribuidos, y ni siquiera otros, “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” (expresión que viene de la Constitución de 1833, artículo 160), porque incluso en dichas circunstancias también se encuentran esos poderes expresamente conferidos, tasados, delimitados y bien acotados (cap. IV, párrafo 4°, artículos 39-45).

Al terminar, no puedo menos que señalar que este caso *Arenera Price Ltda. c/Municipalidad de Hualpén* podía haber sido una excelente ocasión de reiterar que también la “omisión” de la obligación jurídica de “fiscalizar” que les es impuesta a las municipalidades por la ley (y ley orgánica constitucional) omisión

¹⁰Recuérdese que no había posibilidad de impugnar de “nulidad” los actos de la Administración por cuanto la Corte Suprema, interpretando de modo totalmente inexplicable el artículo 87 de la Constitución de 1925, se inhibió de su conocimiento porque esta habría entregado la competencia de ello a los “tribunales administrativos”, que no existían ni existieron nunca bajo su vigencia.

antijurídica que produce daño a las personas que se relacionan con ellas (vecino, usuario, permisionario, concesionario u otros), origina las responsabilidades de ellas, conforme lo establece el artículo 152 de dicha LOCM/18.695, tal como en otras ocasiones lo ha reconocido expresamente la misma Corte Suprema¹¹.

EDUARDO SOTO KLOSS*

¹¹Vid. sobre responsabilidad de las municipalidades nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 869-907, y en cuanto se refiere a daños producidos por su omisión (falta de servicio) de fiscalizar, 883-885. Respecto del caso “Arenera Price” que hemos comentado, debo dejar expresa constancia para evitar malos entendimientos, que soy totalmente ajeno a ambas partes que originaron este contencioso, y solo me ha guiado –como siempre lo he hecho desde hace cerca de 40 años (iniciándome allá por 1980 con la recién creada Sección Quinta de la Segunda Parte de la Revista de Derecho y Jurisprudencia)– iluminar, en la medida de nuestros conocimientos, la mejor comprensión de la disciplina del derecho administrativo chileno, tratando que los fallos de los tribunales de justicia no solo se adecuen a la Constitución sino también, apegándose a ella, concreten la justicia en el caso específico que deciden, que es su función básica y primordial pues para ello existen y son pieza fundamentalísima de la convivencia social en paz de una comunidad política.

*Abogado. Doctor en Derecho Universidad de París (Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidades Católica de Chile y Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

CORTE SUPREMA
(22.10.1908)
Ochoa con Fisco
(responsabilidad del Estado/Fisco)

Don M. Arlidoro Espejo, en representación de don Rosendo Ochoa, demandando ante el Juzgado de Tacna, dice que su mandante señor Ochoa era dueño de una tropa de mulas con la cual hacía el acarreo de mercaderías de esta provincia á las plazas comerciales de Bolivia.

Habiendo, á mediados del mes de febrero del año 1891 bajado al puerto de Arica con su tropa, compuesta de 113 mulas aparejadas y en un magnífico estado, para tomar la carga de los señores Ostoloya é hijos, Valdés y C^a, con quienes tenía contratos de acarreos para Bolivia, fué el señor Ochoa despojado en esa ciudad de toda su tropa, es decir de sus 113 mulas aparejadas, por orden de las autoridades del Gobierno del señor José M. Balmaceda, que en esa fecha estaban acaparando todos los animales de carga de la provincia, con el fin de mandar provisiones y refuerzos de soldados y víveres a las divisiones balmacedistas mandadas por los coroneles Gana y Arrate, que operaban en las pampas de Tarapacá, en contra del Ejército del Congreso que ya había tomado posesión de parte de esa provincia.

El acto de la toma de las mulas lo llevó á cabo el entonces jefe del Regimiento Granaderos á Caballo, Sargento mayor don Eduardo Cox, quien para ello estaba debidamente autorizado por el señor Gobernador del departamento de Arica, según consta, del decreto de este funcionario de fecha 16 de febrero de 1891, que dice lo siguiente:

“Vista la orden del señor Intendente de la provincia contenida en el telegrama de hoy:

Decreto: el señor Mayor del Regimiento de Granaderos á Caballo don E. A. Cox hará recoger todas las mulas y aparejos que se encuentren en el departamento, todo lo que colocará en el lugar que encuentre, dando á los dueños un recibo por cuenta del Estado.

Anótese y comuníquese al encargado de esta disposición para su más inmediato cumplimiento. —*Arteaga*.

De más está decir que el despojo que de sus animales sufrió el señor Ochoa fue público, constándole por esto no sólo á los arrieros que conducían la tropa sino también á numerosas personas de la ciudad que presenciaron estos hechos.

Por lo demás, el Sargento Mayor señor Cox; que no hacía otra cosa que cumplir órdenes de su Gobierno, dio á mi mandante un recibo en que dejaba constancia de habersele tomado esas 113 mulas aparejadas, para ocuparlas en carga del Estado, recibo que á su vez fue visado por el coronel Parra en su carácter de Comandante de Armas de la Plaza y Jefe Superior de las fuerzas acantonadas allí.

Dicho recibo que á la letra dice así:

“Recibí del señor Rosendo Ochoa 113 mulas aparejadas con sus respectivos arrieros para ocuparlas con carga del Estado. —Arica, 19 de febrero de 1891.— *Eduardo Cox*. —V^oB^o *Parra*”. Será presentado oportunamente y legalizado en forma, de manera que por nadie” pueda ser puesta en duda su autenticidad.

Una vez tomadas las mulas del señor Ochoa en la forma que dejo expuesta, no volvieron jamás á su poder, por la sencilla razón de que, como he dicho antes las enviaron al interior de Tarapacá con víveres y soldados para las fuerzas balma-cedistas que operaban en esos lugares, y allí perecieron juntas con el Ejército del señor Balmaceda, ó, como se dijo en ese tiempo, las tomaron los revolucionarios en una escaramuza cuando esas mulas, siempre por orden del Gobierno, volvían de las pampas al puerto de Arica, á llevar más provisiones para el campamento balmacedista.

Desde el año 1891 hasta la fecha su mandante ha reclamado inútilmente una indemnización por el despojo violento de esas mulas y aparejos, pues siendo claro que ha debido pagársele no sólo el precio de ellas sino también los perjuicios, no ha podido administrativamente conseguir ni una ni otra cosa, hasta que al fin ahora cansado de declaraciones injustificadas y antes de que se le pueda alegar la extinción de sus derechos, entabla la presente demanda en contra del Fisco chileno, responsable del valor de esos animales y perjuicios por haberse tomado para el servicio del Estado, y á nombre de su mandante el señor Ochoa pide que se declare: que el Fisco debe pagarle dentro de tercero día el valor de las 113 mulas aparejadas de que se habla, avaluado cada animal con aparejo en 300 pesos chilenos; los perjuicios que se comprueben en el curso del pleito ó en subsidio éstos el interés corriente desde la fecha en que lo desposeyeron de las referidas mulas, y los gastos que demande este litigio.

El señor Promotor fiscal del departamento, contestando esta demanda en representación del Fisco, expone que no habiendo estado autorizado el Jefe que tomó los animales que se reclaman, para hacer requisiciones de esa clase es evidente la improcedencia de la demanda.

Por otra parte, aún suponiendo que el Mayor Cox, que tomó los animales, lo hubiese hecho con orden de autoridad legalmente en funciones, la verdad es que la autorización del Comandante Parra, es solo para, usar los animales que se dicen tomados, con el objeto de transportar una carga. En consecuencia, si Cox fue más allá, no devolviéndolas después de usadas, ó si otras personas las tomaron, de ellos deben reclamarlas los demandantes.

En todo caso deben los demandantes probar previamente los hechos que sirven de fundamento á la demanda.

En mérito de lo expuesto solicita que en definitiva, no se dé lugar á la demanda a con costas.

En el escrito de réplica reproduce el demandante la exposición de la demanda, y agrega que el Mayor Cox, jefe que llevó á efecto la requisición, estaba debidamente autorizarlo para ello, por decreto de la autoridad civil, como consta del documento marcado con la letra A.

En rebeldía del representante fiscal, se dio por evacuado el trámite de dúplica, y recibió la causa á prueba.

Se rindió la de testigos y la instrumental que obra en autos, se citó para oír sentencia y el Juzgado de Tacna, con fecha 31 de agosto de 1905, resolvió:

CONSIDERANDO:

1º Que en autos se hallan justificados los siguientes hechos, en que se basa la demanda:

1º Que en 19 de febrero de 1891, el Sargento Mayor del Regimiento de Granaderos á Caballo don Eduardo A. Cox, de Arica, procediendo á virtud de orden expedida por el Coronel don Sofanor Parra, Comandante de Armas de ese distrito militar, tomó 113 mulas aparejadas, de propiedad de don Rosendo Ochoa, vecino de Arica (Documentos testimoniados á fs. 43 y 44, recibo original de fs. 33, pruebas de testigos preguntas primera, segunda, y cuarta de la minuta de fs. 16 y posiciones de fs. 34); 2º Que el objeto que se obtuvo en vista al practicar esta requisición fue el de ocupar las mulas con carga, por cuenta del Estado, ó sea para el servicio del Gobierno existente en la fecha citada (Documentos citados de fs. 43 y 44 y recibo de fs. 33); 3º Que efectivamente dichos animales fueron destinados al servicio del Ejército que servía alas órdenes del Presidente de la República don José M. Balmaceda, y se ocuparon en acarreo de provisiones y pertrechos de guerra, sin que fueran devueltas á su dueño. (Prueba de testigos producidas al tenor de las preguntas 4ª y 5ª de la minuta de fs. 16;

2º Que el recibo que obra original á fs. 33, expedido por el Mayor Cox, y con el visto bueno del Coronel Parra, lleva el sello de la Comandancia de Armas de Arica, ha sido reconocido por el jefe que lo autorizó y hay con constancia de su existencia en el archivo de la Gobernación de Arica, y tiene, en consecuencia, el carácter de documento público y expedido por un funcionario de desigual carácter, para los efectos contemplados en el artículo 141 de la Constitución Política del Estado;

3º Que el Estado es una persona jurídica capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones, por sí ó por medio de sus agentes administrativos ó representantes legales;

4º Que los Gobiernos que suceden en la administración de un Estado, sean de hecho ó de derecho, constituyen una sola entidad jurídica y deben de responder de las obligaciones que legalmente hayan contraído;

5º Que es un principio general de derecho que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro;

6º Que la prueba de testigos producida por el demandante y la instrumental proporcionan las bases necesarias para avaluar, oyendo el informe de un perito, la cantidad líquida á que pueda ascender la indemnización que se le adeuda;

7º Que no se han justificado perjuicios;

8º Considerando sobre el cobro de intereses, que la mora, en el caso presente, sólo procede desde la fecha de la contestación á la demanda.

Por tanto y visto lo dispuesto por los artículos 141 de la Constitución Política del Estado y 545. 1551 número 3º y 1695 del Código Civil, y 151 y 196 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda en cuanto por ella el Estado debe pagar al demandante el valor de los animales y aparejos que se cobran, con el interés legal que corresponda desde la fecha de la contestación de la demanda. El valor de la suma que se adeuda por indemnización se determinará por el Juzgado, oyendo el informe de un perito nombrado en la forma legal. No ha lugar al pago de perjuicios, ni al de las costas del juicio.

Anótese y cónsultese si no se apelare. —*Julio Salinas.*

Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 14 de noviembre de 1906. —Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

1º Que la demanda entablada en este juicio tiene por objeto cobrar el valor de los animales á que ella se refiere, tomados por orden de la autoridad civil de Arica en febrero de 1891 y no el cobro de fletes de esos mismos animales, por lo cual no procede alegar en el presente caso las excepciones de prescripción opuestas por el Fisco en los escritos;

2° Que tampoco procede el pago de los intereses, que se cobran en la demanda, ya que no tratándose del pago de una cantidad líquida y actualmente exigible no puede estimarse que el deudor haya incurrido en mora. Se confirma la sentencia apelada de 31 de agosto del año próximo pasado con declaración de que no ha lugar al pago de intereses que en dicha sentencia se ordena.

Se desechan las excepciones de prescripción alegadas por el Fisco. –E. Castillo. –I. Ag. Rojas. –R. Reyes Solar.

Contra la sentencia de segunda instancia se dedujo por el Director del Tesoro, á nombre del Fisco, el recurso de casación en el fondo, que formalizó así:

“La sentencia recurrida ordenando el pago de las mulas de don Rosendo Ochoa, pertenecientes á una recua, á cuyos arrieros sólo se les impuso que verificaran con esas mulas el servicio de acarreo, incurre en el vicio de confundir la imposición del servicio de acarreo con la requisición de los animales mismos:

“Se ha llegado á esta confusión infringiendo los artículos 140 y 141 de la Constitución Política del Estado, se han infringido á la vez los artículos 2013 del Código Civil y 166 del Código de Comercio.

“La sentencia, al ordenar el pago de los animales con que debió hacerse el transporte, infringe las disposiciones legales citadas y además las contenidas en los artículos 216 y 217 del Código de Comercio y artículo 1698 del Código Civil.

Por fin, la sentencia recurrida, al negar lugar á la prescripción alegada por el Fisco, fundándose en el artículo 2522 del Código Civil, infringe dicha disposición”.

El recurrente en el escrito de fundación da más desarrollo á las causales del recurso, y en rebeldía de la parte recurrida, pasaron los autos al Ministro á quien correspondía informar, quien expidió sobre la cuestión su dictamen.

LA CORTE:

Teniendo presente:

1° Que según los términos expresos en que se ha formalizado el recurso, “la sentencia al ordenar el pago de las mulas de don Rosendo Ochoa pertenecientes á una recua, á cuyos arrieros sólo se les impuso que verificaran con esas mulas el servicio de acarreo, incurre en el vicio de confundir la imposición del servicio de acarreo con la requisición de los animales mismos”; y de aquí deduce el reclamante que se han infringido por el Tribunal los artículos 140 y 141 de la Constitución, 2013 y 2522 del Código Civil y 166, 216 y 217 de Código de Comercio;

2° Que, como se ve, el mismo recurrente reconoce el hecho de que el servicio que se le exigió al dueño de los animales fue una imposición, lo que está plenamente corroborado con los documentos de que hace mérito el fallo que se impugna, ó sean, la orden impartida al sargento mayor del Regimiento Granaderos á caballo, don Eduardo A. Cox, por el Gobernador de Arica, en 16 de lebrero de 1891, en virtud del mandato del Intendente de la provincia, para ocupar todas las mulas y aparejos que se encontraren en el departamento; y el recibo otorgado á Ochoa por el encargado de llevar á efecto esa requisición y que tiene la fecha de 19 de febrero del mismo año, visado por el Comandante General de Armas, don Sofanor Parra, y del cual consta que las 113 mulas de que se trata, con sus aparejos y arrieros respectivos, las tomó el sargento mayor Cox para ocuparlas con carga del Estado;

3° Que el servicio exigido á Ochoa, en las consideraciones en que tuvo lugar, excluye la idea del contrato á que se refiere el recurrente, porque no fue voluntario sino impuesto, según afirma este mismo y, porque los documentos á que ya se ha aludido no suministran base legal para deducir que se celebró una convención

sobre arrendamiento de transporte ó acarreo, mediante un flete determinado, del modo que lo establecen los artículos 2013 del Código Civil y 166 del Código de Comercio, que se dicen infringidos;

4º Que de los antecedentes expuestos resulta que la autoridad militar de Arica, previo decreto de la autoridad civil competente y con el objeto de aprovisionar al ejército que servía a las órdenes del Presidente de la República don José Manuel Balmaceda, según este último lo establece el fallo de primera instancia confirmado por el Tribunal de Alzada, dispuso de animales de propiedad ajena y exigió á Ochoa un servicio que éste no habría podido rehusar; y aún cuando el propósito con que tomaron los animales hubiera sido sólo el de acarrear provisiones, debieron serle devueltos á su dueño, porque nadie puede ser privado de su propiedad, y porque el hecho mismo de haberse entregado á Ochoa por el agente militar encargado de llevar á efecto la requisición, un recibo de ellos indica claramente que la autoridad bajo cuyas órdenes é instrucciones obraba, se hacía responsable de su devolución;

5º Que, además la requisición por fuerza armada de esas mulas con el objeto de ocuparlas en el transporte de víveres ó municiones de guerra y soldados, en un territorio en que operan dos ejércitos hostiles, lleva por su propia naturaleza envuelto el peligro ó la eventualidad de que pueden caer en poder del enemigo ó perderse; y la fuerza militar ó la autoridad que ordenó la requisición no quedaría exenta de responsabilidad en lo concerniente á la devolución de los animales, alegando que no fué su propósito de disponer de la propiedad de los mismos; y que la pérdida de aquéllos debe imputarse á otras personas y que sólo responde del valor del flete;

6º Que la sentencia de primera instancia, confirmada por la que es objeto del recurso ha establecido el hecho de que las 113 mulas cuyo valor se ha mandado pagar fueron ocupadas en el acarreo de municiones y pertrechos de guerra y que no han sido devueltas á su dueño;

7º Que, por consiguiente, el fallo de que se reclama no ha infringido los artículos 140 y 141 de la Constitución, confundiendo, como lo supone el recurrente, una requisición de fuerza armada con un contrato de transporte, confusión en que se hace consistir el fundamento del recurso interpuesto; ni ha podido violar los artículos 2013 del Código Civil y 166 del Código de Comercio, desde que no hay antecedentes que comprueben el contrato de arrendamiento de transporte que dice el recurrente haberse celebrado con el dueño de las mulas, cuyo valor ha ordenado pagar aquel fallo;

8º Que por la misma razón anterior es también inaceptable la causal que se funda en haber transgredido el tribunal del artículo 2522 del Código Civil que establece la prescripción de corto tiempo para cierta clase de servicios, entre ellos, los de acarreadores, porque no tratándose de un contrato de transporte ni cobrándose flete, sino el valor de animales tomados y no devueltos á su dueño, con motivo de una requisición hecha en conformidad al artículo 141 de la Constitución, el Tribunal ha procedido correctamente desechando tal prescripción; y

9º Que los artículos 216 y 217 del Código de Comercio, que se suponen también infringidos y que tratan de las obligaciones y responsabilidades del consignatorio en el contrato de transporte, no los ha aplicado el tribunal y no tienen relación alguna con la cuestión debatida, ni el recurrente se ha cuidado siquiera de explicarla; lo que ocurre, asimismo, con el artículo 1698 del Código Civil, que aparece citado en el escrito de formalización, no se indica de qué modo haya podido infringirlo el Tribunal.

Se declara sin lugar el recuerdo de casación en el fondo interpuesto en este juicio por el Director del Tesoro á nombre del Fisco.

Redactada por el señor Ministro Bernales. Acordada contra el voto de los señores Ministros Aguirre Vargas y Fóster Recabarren quienes, estimando que la prestación ó utilización forzada de las mulas, que ha dado origen á la demanda, no reunía los requisitos legales necesarios para ser considerada como una requisición de la que habla el artículo 141 de la Constitución Política del Estado, fueron de parecer que se diera lugar al recurso y se rechazaré la demanda en la nueva sentencia, que en tal caso habría correspondido dictar, sin perjuicio de otros derechos que pudieran ejercitar los interesados.

Los fundamentos de esta opinión son los mismos emitidos por los Ministros disidentes en el voto especial que dieron en la causa de don Carlos Portales y otros con el Fisco.— *Gabriel Gaete.*— *V. Aguirre V.*— *Leoncio Rodríguez.*— *Carlos Varas.*— *E. Fóster Recabarren.*— *José Bernales.*— *L. Romilio Mora.*

...“la historia es testigo de los tiempos,
luz de la verdad, vida de la memoria,
maestra de la vida y mensajera de la antigüedad”
Cicerón, *De Oratore*, II, 36.

COMENTARIO

Desde hace años vengo enseñando que para saber Derecho es necesario saber historia, al igual que filosofía, auxiliares ambas y las más indispensables para conocerlo en su más amplia profundidad.

Desgraciadamente en Chile, no obstante haber sido patria de insignes historiadores —y de poetas— la historia de nuestro Derecho y su aplicación por los tribunales de justicia a través de estos dos últimos siglos sigue siendo desconocida para no pocos docentes de nuestro derecho público y administrativo^{1, 2}.

¹Ha sido el autor de estas líneas quien ya desde 1976 comenzó a dirigir memorias de licenciados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para indagar sobre la jurisprudencia judicial referida a la responsabilidad del Estado a partir de 1850 en el siglo XIX. Quien fuera en la década de los años 1990 excelente alumno de nuestra cátedra y luego ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, don Jaime Arancibia Mattar (hoy titular de la cátedra en la Universidad de los Andes), hizo su memoria de licenciado sobre *Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552-1798)*, que tuve el honor de sugerir y dirigir, investigando en el Archivo de la Real Audiencia los casos que pudieran existir en la materia, publicándose, con estudio de ellos, en la *Revista Chilena de Historia del Derecho* (U. Chile) N° 18/1999, 53-83. Esta línea de estudio ha sido seguida en la actualidad por don Gabriel Bocksang Hola, titular del ramo en la Pontificia y actual Decano de Derecho, quien en 2015 ha publicado una obra relevante, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile 1810-1860* (Universidad Católica de Chile-Thomson Reuters. Santiago de Chile) con muy abundante material jurisprudencial de esa época. También don Rodrigo Céspedes Proto, actual Investigador del Max Planck Inst./Halle (Depto. de derecho y antropología) ha incursionado varias veces en este tema y *Ius Publicum* ha publicado sus comentarios a fallos de nuestros tribunales de justicia del siglo XIX y XX pre 1925, y aún después (vid. entre otros, vols. 40/2018, 233-248, 42/2019, 267-280 y 43/2019, 217-221).

²Ese desconocimiento de nuestra historia de derecho público chileno pude comprobarlo recientemente al leer en la *Revista Chilena de la Administración del Estado* (Centro de Estudios de la Administración del Estado/Contraloría General de la República) N° 1/2019, p. 287, la

Son no pocos los fallos supremos –e incluso de simples jueces de la instancia, que son confirmados– que aplican directamente la Constitución (de 1833), que anulan actos administrativos que la vulneran (art. 160) y que condenan al Fisco por los daños que éste (autoridades o funcionarios) provoca en su actividad administrativa estatal a los particulares, y ello fundamentado en la vulneración del derecho de propiedad, asegurado por el artículo 12 N° 5 de aquella³; fallos que han reconocido hasta la “imprescriptibilidad” de la nulidad de derecho público y de la responsabilidad del Estado⁴.

Siguiendo en este recorrido histórico de la jurisprudencia decimonónica y comienzos del siglo XX, nos encontramos con Ochoa con Fisco⁵, cuyo texto completo aparece transcrito supra, y que incide entre aquellos variados casos que originó la revolución de 1891⁶, cuyos gobiernos y fuerzas beligerantes produjeron no pocos daños en los ciudadanos, tanto en zonas rurales por donde pasaban como en ciudades por las cuales transitaban o acampaban.

Este proceso judicial nos muestra a don Rosendo Ochoa, natural de Arica, que demanda ante el Juzgado de Tacna –territorio a la sazón chileno– por cuanto siendo dueño de un tropel de mulas con las que acarreaba mercaderías a las plazas comerciales de Bolivia, habiendo bajado al puerto de Arica en febrero de 1891 con 113 mulas debidamente aparejadas para transportar mercaderías que le encargaban dos comerciantes de esa ciudad, se vio despojado de todas ellas

presentación por el prof. Don Luis Cordero Vega, del volumen *El Estatuto Administrativo interpretado y concordado*, publicado por la Contraloría referida, en donde se afirma que el prof. Mario Bernaschina (que tuvo el gusto de conocer como titular de Derecho Constitucional cuando yo cursaba primer año en la “laica”) fue “el autor de la teoría de la nulidad de derecho público de pleno derecho” en circunstancias que ya en la mitad del siglo XIX la Corte Suprema de la época aplicaba sin ningún inconveniente esa nulidad que la Constitución de 1833 estableciera en su artículo 160. Ella no fue creación del prof. Bernaschina (que sí escribió al efecto un excelente *Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público* (Univ. de Chile) Año XVII/1949, 548-559) sino de don Mariano Egaña con el artículo 17 del Título IV de su famoso “Voto Particular” (Proyecto presentado en la Convención de 1831 para reformar la Constitución de 1828); para quien se interese por el tema vid. nuestro *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 *Principio de juridicidad*, 163-194; para la parte histórica de su origen, vid. 114-145.

³Vid. los conocidos casos *Abalos con fisco*/1889 y *Fuchs y Plath con fisco*/1908 (en nuestro *Derecho Administrativo* cit. 385-389 y 390-392), como asimismo los casos de daños producidos por los ejércitos beligerantes con ocasión de la revolución de 1891 (vid. nuestro 1891. *Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones. La jurisprudencia*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.) Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 819-827). También casos de persecución religiosa como *Párroco Márquez c/Municipalidad de La Serena*/1903 (comentario nuestro en *Ius Publicum* 38/2017, 261-265), o *Monseñor Silva Lezaeta c/Municipalidad de Antofagasta*/1905 (comentario nuestro en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (Univ. del Desarrollo) 10/2017, 251-258. Vid. Bocksang cit. 701-751.

⁴*Portales y otros con Fisco* (Corte Suprema, 3.1.1907, en *RDJ*, t.6/1908, 2.1.74-81.

⁵Que nuestro colega, don Hugo Caldera Delgado, fallecido hace algunos años, incluía, sin comentario, entre los fallos que acogían la responsabilidad del Estado Administración, en su *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 290-302.

⁶Puede ser de interés ver mi 1891. *Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones* cit. en nota 3 precedente.

por orden de autoridades del gobierno de Balmaceda, con la finalidad de enviar provisiones y víveres a las divisiones de ese gobierno mandadas por los generales Gana y Arrate. Dicha incautación fue dispuesta por el Jefe del Regimiento Granaderos a caballo, Sargento Mayor Eduardo Cox, que cumplía órdenes del Gobernador de Arica, Arteaga, por decreto de 16.2.1891. Incautación que además fue acompañada del correspondiente recibo firmado por el referido Cox y visado por el coronel Parra, Comandante de Armas de la plaza de Arica.

Como se advierte, estamos en presencia de una requisición pura y simple, e incluso en la cual se han guardado todas las formas jurídicas requeridas, a saber, orden escrita/decreto emitida por autoridad competente y visada por la autoridad máxima del lugar y otorgándose el recibo correspondiente de la entrega de lo requisado, al dueño de especies. Un exacto cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución de 1833 en su artículo 141/150 original, vigente al momento de la incautación.

Lo que pudiera, tal vez, parecer extraño es que el señor Ochoa haya reclamado ante las autoridades administrativas la indemnización debida por el despojo de lo suyo, o sea el valor de 113 mulas con sus aparejos más los perjuicios que ello le ha significado, y no directamente a los tribunales; pero en realidad suele ser una costumbre bien chilena, tratar de ir a la Administración, creyendo que esta actúa de buena fe... En efecto, acudió a los tribunales seguramente para evitar verse opuesta la prescripción, y demandó una indemnización de 300 pesos, moneda chilena, valor de lo despojado, más los perjuicios que se prueben. Para variar –ya desde aquella época– la defensa fiscal pide el rechazo de la demanda porque además de alegar ausencia de autorización de la Jefatura (lo que era evidentemente falso) aduce que aun cuando ella existiera, el oficial Cox debía haber devuelto lo requisado una vez efectuado el transporte requerido, como si no supiera que ese tropel había sido arrebatado a esas fuerzas balmacedistas en un encuentro por tropas del ejército congresista.

El Juzgado de Tacna, por fallo de 31.8.1905, acoge la demanda encontrándose debidamente probada la requisición efectuada, siendo confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 14.11.1906, quince años de acaecidos los hechos, con declaración de no acogerse los intereses demandados por no tratarse de una cantidad líquida y actualmente exigible .

No obstante ser tan claros los hechos que han sido debidamente probados y que el fallo del *a quo* consigna expresamente, la Dirección del Tesoro (antecedentes del actual Consejo de Defensa del Estado) plantea casación en el fondo señalando –en contra de los hechos ya probados– que lo que hay en este caso no es una requisición sino un contrato de transporte (sic!) y, por lo tanto, ya habría prescrito su cobro, por aplicación del artículo 2522 del Código Civil.

Ante tan insólita petición fiscal la Corte Suprema confirma que según el proceso lo que se realizó con el actor fue un acto de imposición como aparece de la documentación agregada en autos, órdenes de autoridades públicas, debidamente firmadas y notificadas, lo cual excluye, de manera obvia, que haya habido un acto voluntario y, por ende, un contrato. Además, cómo puede sostenerse que haya sido algo voluntario y libremente decidido por el actor si se le impuso a éste un

⁷Vid. nota precedente.

servicio obligado por la fuerza armada, a la cual no cabía ni siquiera resistir. Y si tal hubiera sido, la autoridad habría debido devolver el tropel, lo que no ha sucedido hasta la fecha.

De este fallo Ochoa c/Fisco nos parece que es posible retener lo siguiente:

1. Reconfirma saber que los jueces chilenos no solo tenían un notorio sentido de justicia⁸ sino que conocían la Constitución (de 1833) y la aplicaban directamente⁹. Es lo que aparece claramente en el considerando 4º del fallo de la Corte Suprema que rechaza la casación deducida, cuando establece “que la autoridad militar previo decreto de la autoridad civil competente y con el objeto de aprovisionar al ejército que servía a las órdenes del Presidente de la República” dispuso de animales de propiedad ajena, los que “debieron serle devueltos a su dueño” “porque nadie puede ser privado de su propiedad” (lo que significa que el tribunal está aplicando directamente la Constitución en su artículo 12 N° 5).
2. El recibo que la autoridad entrega al actor cuyo tropel le fuera requisado, como prueba de haberle sido incautado, “tiene el carácter de documento público y expedido por un funcionario de igual carácter”, es decir es un acto administrativo que constituye plena prueba del hecho de que da fe (considerando 2º de la sentencia de primera instancia).
3. Se reconoce algo de derecho positivo, como es que el Estado es una persona jurídica (recordando el artículo 547 inciso 2º del código civil), capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de sus agentes o representantes (o sea funcionarios públicos)¹⁰, como lo señala el considerando 3º del fallo cit.
4. Se reconoce también algo fundamental como es que los gobiernos que se suceden –sean de hecho o de derecho– son una sola entidad jurídica y deben responder de las obligaciones que legalmente hayan sido contraídas (considerando 4º fallo cit.).
5. Se argumenta también sobre la base de “principios generales del Derecho” aceptados por toda comunidad civilizada, como es el que “nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro”, principio que está en el fondo de este caso Ochoa, puesto que la defensa fiscal nada menos que plantea en su casación que el Estado/fisco no pague nada por un servicio que impuso por la fuerza armada/requisición a un ciudadano, aprovechándose de su poder al que la víctima no podía imaginar siquiera resistir... Se pretende obtener un beneficio evidente a costa de un ciudadano que se ve despojado de lo suyo y sin recibir

⁸No todos, como lo demuestran los dos votos disidentes en el fallo supremo, ministros Aguirre Vargas y Foster Recabarren, que en 1907 habían planeado la misma disidencia en el caso *Portales y otros c/Fisco* mencionado en nota 4 precedente.

⁹Decenas de años antes que apareciera la llamada “aplicabilidad directa” de la Constitución como lo establece la nuestra de 1980 (artículo 6º incisos 1º y 2º).

¹⁰Cierto es que el Estado carece de “derechos” dado que le son atribuidos a sus órganos “potestades”, esto es “poderes-deberes en beneficio de terceros”, vale decir de los miembros de la comunidad nacional, en razón de su esencial “servicialidad” respecto de las personas que la conforman (y que lo ha reconocido de modo expreso su artículo 1º inciso 4º, en relación con su artículo 5º inciso 2º).

la indispensable contrapartida de un servicio impuesto, utilizando el Estado bienes de propiedad ajena.

6. El hecho de “requisar”, conforme a lo dispuesto por la Constitución, un tropel de 113 mulas con sus aparejos, a un ciudadano para transportar víveres y pertrechos de guerra en un conflicto bélico no transforma el acto administrativo requisatorio en un contrato de transporte, porque de suyo el transporte es “el efecto jurídico del acto imperativo” de la autoridad y no el efecto jurídico de un acuerdo libre de voluntad inexistente (considerando 8° fallo supremo)¹¹.

Agregaría que sostener tal cosa –como ha hecho la defensa fiscal– no solo es insólito en gente que se presume entendida en la ciencia del Derecho sino que revela mala fe, y un artificio malévolo verdaderamente impropio de un funcionario público, que está para servir a las personas y no para aprovecharse de ellas y vulnerar tan escandalosamente sus derechos.

EDUARDO SOTO KLOSS

¹¹No lo dice así el fallo supremo pero fluye de su exposición. Ya lo establecía el fallo de primera instancia, de 1905 (considerando 2°) en cuanto se trataba de una “requisición” adoptada con todos los requisitos dispuestos por la Constitución, y “por cuenta del Estado, o sea para el servicio del Gobierno existente en la fecha”. Y lo reafirmará muy claramente el juez supremo en sus considerandos 3° al 5°. Para no alargar este comentario omito analizar la disidencia referida.

CORTE SUPREMA
(16.9.2019)
Paredes Álvarez c/Municipalidad de Quilpué
(recurso de protección/igualdad ante la ley)

Santiago, diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos tercero a quinto, que se eliminan.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de carácter cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma carta magna se contemplan, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, perturbe o amenace ese ejercicio.

SEGUNDO: Que en la especie Wladimiro Paredes Álvarez ha ejercido acción de cautela de garantías constitucionales en contra del Alcalde de la Municipalidad de Quilpué, impugnando la negativa de la parte recurrida a recibir el pago de la patente comercial rol N° 2-1397, que le permite vender diarios, revistas y confites en un quiosco ubicado en la vía pública, impedimento que, según expresa, acarreará la clausura del citado establecimiento comercial, debido a la mora en el pago del derecho correspondiente al segundo semestre del año 2018 y primero del 2019. Acusa que la actuación recurrida carece de fundamento y que vulnera su derecho a no ser discriminado arbitrariamente, a contar con un debido proceso, a la libertad de trabajo y a la propiedad sobre su puesto comercial, motivos por los que solicita que se ordene a la recurrida recibir el importe correspondiente a la patente mencionada.

TERCERO: Que al informar el recurrido consigna que el 25 de julio de 2018 el actor pidió la renovación del permiso de ocupación de bien nacional de uso público que le fuera otorgado hasta el 30 de junio de 2018, solicitud que fue rechazada, conforme a las facultades del Alcalde, toda vez que el contribuyente reconoce que destinó el mencionado establecimiento a un fin distinto de aquel para el que fuera entregado, pues lo mantuvo cerrado por un tiempo y luego lo entregó a unos "inmigrantes haitianos", incurriendo con ello en una infracción al mal utilizar la autorización de que era beneficiario. Explica que, en consecuencia, su parte no recibió el pago de que se trata, debido a que el permiso de ocupación en comento constituye un requisito indispensable para el ejercicio de la actividad contemplada en la patente del actor, pues la misma se lleva a cabo en la vía pública, esto es, en un bien nacional de uso público.

CUARTO: Que la motivación constituye uno de los elementos del acto administrativo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 19.880, consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, calidad que precisamente detenta el organismo demandado. Es así como el artículo 11 inciso segundo del referido texto legal, previene la obligación de motivar en el mismo acto administrativo la decisión, mencionando los hechos y fundamentos de derecho, en el caso que afectare los derechos o prerrogativas de las personas. A su turno, el artículo 41 inciso cuarto del aludido texto legal dispone que las *“resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”*. Proceder que, por lo demás, se hace enteramente exigible por mandato del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

QUINTO: Que, como surge de lo expuesto por el recurrido en su informe, la decisión de su parte de negarse a recibir el pago de la patente comercial de venta de diarios y revistas de que es titular el actor deriva, en definitiva, de la determinación adoptada por el Municipio en orden a no renovar el permiso de ocupación de bien nacional de uso público vinculado con el espacio físico en el que se asienta el quiosco en que se desarrolla la señalada actividad económica. Añade que esta última decisión obedece a que el contribuyente no destinó el quiosco al fin tenido a la vista al otorgar la autorización en comento, pues estuvo cerrado por un tiempo y después lo entregó a unos *“inmigrantes haitianos”*.

Requerido el recurrido para que aparejara *“el acto administrativo mediante el cual fue rechazada la solicitud de renovación del permiso de ocupación del bien nacional de uso público presentada por el actor el día 25 de julio de 2018”*, expone que dicha negativa fue comunicada al recurrente de manera puramente verbal, al igual que ocurriera con la desestimación de su primera solicitud, presentada el 13 de junio del mismo año. A lo dicho adiciona que, en ambos casos, el funcionario municipal que intervino manifestó al contribuyente que no se renovarían el permiso de ocupación de bien nacional de uso público debido a que *“no cumplió con los fines u objetivos”* para los cuales fue otorgado, esto es, *“la venta de diarios, revistas y confites”*.

Finalmente, cabe subrayar que se acompañó al proceso copia del Decreto Alcaldicio N° 3178, de 6 de julio de 2017, por cuyo intermedio se renovó al actor el permiso de ocupación tantas veces mencionado, hasta el 30 de junio de 2018, respecto de un espacio de *“dos metros cuadrados”* ubicado en *“Avda. Los Carrera frente a Galería El Sol”*.

SEXTO: Que el artículo 3 de la Ley N° 19.880 dispone, en lo que interesa al presente recurso, que: *“Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.”*

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

A su vez, el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades preceptúa que: *“Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.*

[...]

Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares”.

SÉPTIMO: Que de los antecedentes referidos y de las disposiciones transcritas más arriba aparece con claridad que, habiendo presentado el actor formalmente una solicitud para que se renovara el permiso de ocupación de bien nacional de uso público que fuera otorgado hasta el 30 de junio de 2018, la autoridad municipal se hallaba obligada a pronunciarse a su respecto mediante la dictación de un acto administrativo, sea para acoger o para rechazar dicha petición, expresando las razones que justificaran su determinación.

Empero, la Municipalidad de Quilpué se limitó a informar al actor, de forma meramente verbal, del rechazo de su requerimiento, debido a que, según se expresa en el informe evacuado en autos, *“no cumplió con los fines u objetivos”* para los cuales fue otorgado el permiso, esto es, *“la venta de diarios, revistas y confites”*.

OCTAVO: Que, como surge de lo relacionado, la autoridad recurrida no solo dictó el acto administrativo a que se hallaba obligada, sino que, además, basó su determinación en razones vagas, imprecisas y genéricas, aduciendo que el actor no habría cumplido con los fines para los que el permiso fue otorgado primitivamente.

Dicha fundamentación resulta insuficiente, pues no basta sostener que el recurrente no habría vendido los productos a que se refiere la patente de que es titular, sino que es necesario, además, que se indique durante cuánto tiempo se produjo ese cese de actividad, que se especifique cuál es el perjuicio o menoscabo que para los fines de la labor municipal se ha derivado de dicha contingencia y, además, que se consignen con claridad y precisión todas y cada una de las razones que justifican el cese, por demás abrupto, de un permiso de ocupación que data del año 1981 y que se vincula, asimismo, con una patente comercial vigente y completamente válida.

NOVENO: Que, todavía más, es preciso dejar explícitamente asentado que la autoridad pretende explicar su decisión indicando en su informe que el actor habría reconocido que mantuvo el quiosco cerrado por un tiempo y que lo entregó a inmigrantes haitianos *“para que guardaran sus productos para la venta en el mercado informal”*.

Sin embargo, al argumentar de ese modo el municipio soslaya y no se hace cargo de las razones de salud alegadas por el actor para justificar el cierre del local, en particular en su solicitud de reconsideración, en la que expresamente sostiene que ello se debió a *“motivos de salud”*, que se tradujeron en una *“quiebra transitoria motivada por la compra de medicamentos”* necesarios para afrontar esa circunstancia.

De lo dicho se desprende, asimismo, que la Municipalidad de Quilpué pretende validar su determinación atribuyendo a la cesión temporal del local a terceros una finalidad que no surge de lo sostenido por el actor y cuyo origen tampoco es explicado. En efecto, aun cuando la autoridad sostiene que el quiosco

fue entregado a inmigrantes haitianos “*para que guardaran sus productos para la venta en el mercado informal*”, el recurrente se limita a manifestar que sus amigos inmigrantes guardaban sus bienes en su quiosco y que los autorizó para ello basado únicamente en el “*compromiso cristiano de ayuda al prójimo*”.

En las anotadas condiciones resulta evidente que la autoridad no solo no se hace cargo de expresas argumentaciones formuladas por el interesado, sino que, además, sustenta su decisión en circunstancias fácticas que no han resultado probadas, pues, más allá de alegar la venta en el mercado informal de ciertos productos, cuya naturaleza y carácter, por demás, no es específica, no ha aparejado antecedente alguno que corroboré su aseveración.

DÉCIMO: Que, así las cosas, aparece con claridad que el proceder del recurrido no se condice con las exigencias previstas para una determinación como la que ha sido impugnada en autos, pues la negativa a recibir el pago de la patente comercial de que se trata ha debido sustentarse, necesariamente, en un acto administrativo formal que contuviera, además, los fundamentos de la decisión de no renovar el permiso de ocupación del bien nacional de uso público de que se trata, como lo prescriben los artículos 3, 11 y 41 de la Ley N° 19.880.

Empero, y por el contrario, la Municipalidad recurrida no solo ha obrado sin expresar razón alguna que justifique la actuación censurada, sino que, además, se ha abstenido de emitir el acto administrativo pertinente, como podría ser un Decreto Alcaldicio, en el que se han debido plasmar, como se dijo, los motivos de la determinación objetada en autos, omisiones con las que ha vulnerado gravemente los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación de la Administración y que exigen la exposición clara y concreta de los motivos de sus decisiones.

DÉCIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, al carecer la actuación censurada de fundamentos que permitan entender y que entreguen soporte a la decisión adoptada por el recurrido, forzoso es concluir que la negativa a recibir el pago de la patente patente comercial rol N° 2-1397 es ilegal, pues al obrar de ese modo la Municipalidad de Quilpué no cumplió las exigencias previstas en los artículos 3, 11 y 41 de la Ley N° 19.880. En efecto, aun cuando resultaba imprescindible que el recurrido otorgara fundamentos a la determinación censurada en autos y los diera a conocer, es lo cierto que no solo no dictó el acto administrativo necesario para ello, sino que, aun más, ha intentado justificar su decisión acudiendo, tardíamente, a razones vagas, imprecisas e insuficientes, mismas que resultan especialmente inapropiadas si se considera que las partes no han controvertido que el actor es titular de la patente de que se trata desde el año 1981, período de tiempo que impone a la autoridad el deber de fundamentar de manera especialmente sólida y contundente una actuación como la de autos, que implica poner término, de facto, a la actividad económica del recurrente.

DÉCIMO SEGUNDO: Que establecido lo anterior cabe consignar, además, que la actuación impugnada vulnera el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, toda vez que establece un tratamiento distinto entre aquellos contribuyentes a quienes se ha impedido ejercer la actividad económica propia de sus patentes comerciales conforme a

actos administrativos formales y debidamente fundados, y el actor, quien no puede explotar la patente de que es titular por una decisión de la Administración que no se contiene en un acto formal y que carece de la motivación requerida, razón por la que el recurso de protección debe ser acogido, en los términos que se dirán en lo resolutivo. Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se *revoca* la sentencia apelada de tres de abril de dos mil diecinueve, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y, en su lugar, se decide que se *acoge* el recurso de protección deducido por Wladimiro Paredes Álvarez y se ordena a la Municipalidad de Quilpué que disponga lo pertinente a fin de que el actor pueda pagar la patente comercial rol N° 2-1397, de que es titular, y ejercer efectivamente la actividad económica a que ella se refiere, esto es, la venta de diarios, revistas y confites.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante señora Etcheberry.

Rol N° 10.167-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Ricardo Abuauad D.

COMENTARIO

Siempre es agradable encontrarse con un fallo supremo que no solo ha decidido de manera justa y enteramente conforme al derecho vigente (Constitución y normas en su conformidad) sino también redactado de modo claro y con lúcida argumentación.

Ese agrado nos ha sido dado por *Paredes Álvarez c/Municipalidad de Quilpué*, protección deducida por el poseedor de una patente comercial desde 1981 para, en un kiosko de esa ciudad, vender diarios, revistas y confites, actor a quien se le niega por la recurrida recibir el pago de dicha patente, negativa expresada de modo verbal por un funcionario municipal y sin que se haya dictado acto administrativo alguno que decida formalmente la no renovación de ella y sin que se exprese el fundamento en tal acto formal las razones de tal proceder.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso (3.4.2019) había rechazado la pretensión protectiva lo que es revocado por la Corte Suprema a decidir la apelación interpuesta por el actor.

El tema aparece sencillo desde el derecho constitucional y administrativo e incide en la regulación de la emisión de los actos administrativos, que se encuentra ya bien asentada en su aplicación jurisprudencial de los tribunales en sus bases fundamentales. Veamos su secuencia.

1. La autoridad municipal se niega a recibir el pago de una patente comercial que el titular posee desde hace más de 35 años de manera ininterrumpida.

2. Dicha autoridad expresa al recurrente de modo verbal las razones o motivos de su negativa, esto es lo hace a través de un funcionario que carece de

competencia para emitir tal resolución ya que no es el órgano titular atribuido por la ley para decidirlo.

3. La autoridad recurrida *decide* sobre *derechos de los ciudadanos* (aquí el titular de un permiso sobre un bien nacional de uso público, como es un espacio de una vereda de una calle para instalar un kiosco y vender diarios, etc.) pero lo hace de una manera que no se adecua con las formas que la Constitución y la ley establece para decidir sobre ellos.

4. Dicha autoridad utiliza un medio jurídico torcido, no previsto en la ley, para decidir una materia que la propia ley exige que sea emitido un acto administrativo expreso y, además, debidamente “fundamentado”.

5. La autoridad enjuiciada vulnera muy claramente el derecho fundamental del recurrente a “la igualdad ante el Derecho”, según el cual no aplicar la ley en un caso concreto en que debe hacerlo constituye una “diferencia arbitraria”, expresamente vedada por la Constitución (artículo 19 N° 2).

La solución que la Corte Suprema adopta se dedica a mostrar lo *ilegal y arbitrario* del proceder de la autoridad municipal recurrida.

En efecto,

1. Toda petición de un particular, más aún que está ejerciendo un derecho, debe ser respondida pero lo ha de ser de un modo “escrito” por cuanto la ley exige “dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares” (artículo 13 inciso 1° Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos). Lo que queda reafirmado por el artículo 14 de esta ley que establece el principio de “inexcusabilidad”, según el cual la Administración está obligada a dictar resolución expresa (o sea escrita) en todos los procedimientos y “a notificarla, cualquiera sea la forma de iniciación” (inciso 1°).

2. Si se trata de decisiones/actos que afectan los derechos de las personas esa respuesta de la Administración (aquí municipal) que le es obligada, debe ser *por escrito*, pero, además, “fundamentada”, vale decir se le exige a la autoridad que exprese de modo “explícito” y “formalmente”, los *fundamentos* de la decisión adoptada, o sea las “razones” (hechos y derecho) que la han llevado a adoptarla y que la “justifican”, que le dan sustento en justicia (artículos 16 inciso 1° y 41 inciso 4° Ley N° 19.880 cit.) De no estar fundamentada de manera “suficiente”, de tal modo que le den justificación, la decisión es ilegal y arbitraria.

3. Aquí en *Paredes Álvarez* primeramente (a) se formuló la negativa a recibir el pago por la renovación de la patente comercial referida, de una manera verbal, lo que vulnera directamente la Ley N° 19.880 (artículos 13 inciso 1° y 14 inciso 1°); (b) la fundamentación verbal que se dio en su momento carecía de toda “justificación” desde que eran solo palabras, que no quedaron en constancia alguna que se pudiera aducir; (c) no se dictó resolución escrita alguna por la autoridad no obstante su obligación de hacerlo, conforme lo exige la ley; (d) al no haber constancia escrita de lo formulado verbalmente, no existe fundamentación alguna que pueda ser comprobada o discutida o impugnada, esto es carece de “motivación” o “motivo” como dice el fallo en terminología antigua¹; y (e) al no haber decisión

¹Sobre lo que es un acto administrativo puede ser útil mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 281-291.

escrito, vale decir al no haber acto administrativo formal, se deja al afectado en una situación desmedrada para defender sus derechos y realizar su actividad que por muy largos años ha realizado.

4. Los hechos del amparo deducido muestran que el derecho afectado -y lo acoge el tribunal- es la "igualdad ante la ley" que la Constitución reconoce, asegura, garantiza y ampara en su artículo 19 N° 2, en sus dos incisos, ambos igualmente relevantes. El considerando final del fallo (duodécimo) aplica el inciso 2° en cuanto hay en este caso una vulneración muy clara de su texto, que ampara a toda persona a fin de no sufrir "ni por la ley ni por autoridad alguna" *diferencias arbitrarias*, como en este caso de la autoridad administrativa municipal.

Como tantísimas veces se ha fallado en la acción constitucional de protección, esta vulneración se produce cada vez que la autoridad "establece un tratamiento distinto", específicamente (a) al no aplicar la ley en los casos en que debe aplicarse, como es aquí al actuar de modo verbal debiendo hacerlo por escrito; (b) en actuar de modo verbal y negarse a emitir un acto administrativo formal como lo dispone la ley; y (c) al emitir una "pretendida" decisión de modo verbal que la deja sin la debida "fundamentación" que la justifique con pruebas en los hechos, que la sustenten de modo racional, suficiente e idónea.

Al concluir vemos una actuación de una autoridad administrativa municipal reñida muy ostensiblemente con el derecho vigente, que no podía sino en merecer muy justificadamente la calificación de *ilegal* (por su notoria contradictoriedad con textos normativos muy precisos) y de *arbitraria* (ausencia de razonabilidad), es decir carente de "justificación" en los hechos que concurrían en este proceso de amparo².

EDUARDO SOTO KLOSS

Sobre la "fundamentación" de los actos administrativos (o "motivación", como habla este fallo comentado) vid. recientemente, *La fundamentación del acto administrativo. Doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Ius Publicum* 41/2018, 87-107.

²Sobre "ilegal y arbitrario", aún es de actualidad cuanto hemos escrito en *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 181-195.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
15 de noviembre 2019
Requerimiento de cesación en el cargo parlamentario
(Constitución Política art. 93 inc. 1 N° 14)

Santiago, quince de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTO Y CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES DEL REQUERIMIENTO

1°. Que, a fojas 1, con fecha 5 de noviembre de 2019, los Honorables Diputados de la República, señoras y señores Ignacio Urrutia Bonilla, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Harry Jürgensen Rundshagen, Cristhian Moreira Barros, Osvaldo Urrutia Soto, Celso Morales Muñoz, Carlos Ignacio Kuschel Silva, Camila Flores Oporto, Jorge Alessandri Vergara y Aracely Leuquén Uribe, que constituyen 10 parlamentarios en ejercicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 14, e inciso decimoctavo, en relación con el artículo 60, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, y en los artículos 117 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, deducen requerimiento a fin de que se declare la cesación en el cargo de parlamentario de los Honorables Diputados de la República, señoras y señores Guillermo Teillier Del Valle, Hugo Gutiérrez Gálvez, Carmen Hertz Cádiz, Karol Cariola Oliva, Camila Vallejo Dowling, Marisela Santibáñez Novoa, Daniel Núñez Arancibia, Boris Barrera Moreno, Amaro Labra Sepúlveda, Gabriel Boric Font, Gonzalo Winter Etcheberry y Claudia Mix Jiménez;

2°. Que, la solicitud de cesación se funda en que los doce parlamentarios requeridos habrían incurrido en la causal consistente en incitar, de palabra o por escrito, a la alteración del orden público;

3°. Que, así, en relación con los diputados Teillier, Gutiérrez, Hertz, Cariola, Vallejo, Santibáñez, Núñez, Barrera y Labra se expone que emitieron, vía twitter, el 18 de octubre a las 14:20 hrs. una declaración pública en que *“como Bancada del Partido Comunista respaldamos las llamadas “evasiones masivas” convocadas y desarrolladas por estudiantes y ciudadanos ante el alza de la tarifa del Metro de Santiago”* (fs. 7 de estos autos constitucionales).

Respecto del diputado Gabriel Boric (fs. 7), se explica que, el 19 de octubre frente a militares apostados en Plaza Baquedano, *“declaró: “¡Llevan armas de guerra!, les hizo señas en muestra de rechazo y les ordenó retirarse de la zona”. Ese mismo día, vía twitter, señaló “Estoy (sic) en Plaza Italia y hay militares con armas de guerra. Qué pretende el gobierno! Basta!!!! (sic). Todas las fuerzas sociales y democráticas debemos oponernos a la militarización de la ciudad”* y, al día

siguiente, en Mesa Central de Canal 13, respondió: *“Lo voy a decir abiertamente (...) no condeno, no condeno las evasiones en el Metro porque gracias a lo que han hecho, gracias a eso hoy día se está discutiendo este tema”* y, finalmente, se acompaña un video donde expresa que *“quiero reivindicar las movilizaciones, hubo gente que nos acusó en algún momento que estábamos incitando al desorden o al vandalismo porque algunos legitimamos la desobediencia civil, porque es justamente gracias a esa desobediencia civil (...) que nosotros estamos teniendo estas discusiones en televisión abierta”*.

En relación con la diputada Claudia Mix, los requirentes plantean que, en un tuit, el 18 de octubre, a las 19:30 hrs., señaló: *“Pediremos explicaciones al General Director de carabineros de Chile por la represión desplegada y a Andrés Chadwick por ordenarla. Debemos como Frente Amplio sumarnos con fuerza a la movilización y defender el derecho a la desobediencia civil (...)”* (fs. 8).

Por su parte, respecto del diputado Gonzalo Winter (fs. 8-9) dan cuenta que, también vía twitter y ese mismo día 18 de octubre, a las 08:20 hrs., sostuvo *“Como Frente Amplio pedimos al gobierno que revoque el alza de tarifa de Metro (...)”*, el cual, señalan, se acompaña de un video donde declara que *“El mensaje que hay que darle al Presidente (de la República) es que su discurso de un crecimiento económico sin repartir la torta (sic) es un discurso que fracasó, porque en este modelo los chilenos no pueden ni pagar la luz, ni el metro ni el arriendo, y mientras eso pase, se va a enfrentar a la rebelión en las calles”*.

A su turno, exponen que la diputada Carmen Hertz aparece en un video –grabado durante el estado de excepción constitucional– donde *“increpa a efectivos de Carabineros de Chile que, en virtud de las funciones que les confiere la Constitución, la Ley N° 18.415 y el decreto respectivo, controlaban la circulación de personas y vehículos en la zona durante el estado de emergencia (...)”* (fs. 9).

Finalmente, refieren que se observa al diputado Hugo Gutiérrez, también en un video –igualmente, grabado durante el estado de excepción constitucional–, increpar a un mayor de Carabineros;

4°. Que, a fojas 37, la señora Presidenta del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento al Pleno de esta Magistratura, y, conforme se certifica a fojas 38, en sesión de 12 de noviembre de 2019, se adoptó el acuerdo acerca de la admisión a trámite del presente requerimiento;

II. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA CESACIÓN EN EL CARGO DE UN PARLAMENTARIO

5°. *Competencia*. Que la Constitución en su artículo 93, numeral 14° dispone que es competencia del Tribunal Constitucional el “pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios”. Asimismo, nos indica quién está legitimado para interponer el requerimiento aludido (“el Tribunal solo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio”). Y que el modo en que el Tribunal Constitucional “podrá apreciar en conciencia los hechos (...) cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario”;

6°. *Causal de cesación.* Que el artículo 60 de la Constitución dispone catorce modalidades diversas de cesación en el cargo de parlamentario que no cabe aquí identificar exhaustivamente. Solo nos concentraremos en el inciso quinto del mismo precepto que sostiene que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15° del artículo 19, cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la seguridad o el honor de la nación”;

7°. *Efecto de la cesación.* Que, finalmente, el efecto de la declaración de la cesación lo dispone el inciso sexto del artículo 60, el que indica que “quien perdiere el cargo de diputado o senador por cualquiera de las causales señaladas precedentemente no podrá optar a ninguna función o empleo público, sea o no de elección popular, por el término de dos años, salvo los casos del inciso séptimo del número 15° del artículo 19, en los cuales se aplicarán las sanciones allí contempladas”;

III. REQUISITOS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE UN REQUERIMIENTO DE CESACIÓN EN EL CARGO

8°. Que el párrafo 12 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional prefigura los requisitos de tramitación de las causas relativas a las atribuciones de los artículos 13° y 14° del artículo 93 de la Constitución, entre ellas, la de cesación en el cargo de parlamentario. Destina doce artículos al establecimiento de un debido proceso (artículos 117 al 128);

9°. Que en esta fase, los preceptos legales fundamentales son los artículos 118 y 119 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional que identifica los requisitos que debe contener el requerimiento, a saber:

La referida ley orgánica, en lo que interesa para los efectos de la admisión a trámite del presente requerimiento, dispone:

“Artículo 118.– El requerimiento formulado por el Presidente de la República o diez o más parlamentarios en ejercicio, se arreglará a lo dispuesto en el artículo 61 de esta ley, en cuanto corresponda (...)”.

“Artículo 119.– El requerimiento deberá contener:

(...) 2. El nombre del Ministro de Estado o parlamentario a quien afecte el requerimiento, con indicación precisa de la causal de inhabilidad, incompatibilidad o cesación en el cargo que se invoca y de la norma constitucional o legal que la establece;

3. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya;

4. La enunciación precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal, y

5. La indicación de todas las diligencias probatorias con que se pretenda acreditar los hechos que se invocan, bajo sanción de no admitirse dichas diligencias si así no se hiciera.

En todo caso, la prueba instrumental deberá acompañarse al requerimiento bajo sanción de no admitirse con posterioridad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 de esta ley”;

10°. Que si el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado o no cumple con las exigencias de los numerales 1 a 4 del artículo 119 recién enunciado, “no será admitido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. Esta resolución será fundada y deberá dictarse dentro del plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del requerimiento” (artículo 120 de la LOC-TC). Estos requisitos pueden ser subsanados tratándose solamente de “defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse”;

IV. EL EXAMEN DE LAS FORMALIDADES DEL REQUERIMIENTO DEBE EVITAR QUE SE FORMULEN PLANTEAMIENTOS NO NORMATIVOS

11°. Que en cuanto al conflicto planteado por los requirentes nuestra Magistratura lo que hace es diferenciar entre un hecho penal y un ilícito constitucional en los siguientes términos: “(...) debe agregarse a las causales de cesación en el cargo parlamentario requeridas, la extensión de los límites constitucionales a que se ven expuestas las conductas sujetas a sanción. Las causales de cesación en los cargos parlamentarios no son hechos de relevancia penal en estrictos términos, en el sentido acogido para entender la reserva legal del inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, sino que son parte de la categoría ilícito constitucional empleada para calificar las causales de acusación constitucional que no son constitutivas de delito. Sin embargo, sí son conductas que se sancionan y por lo tanto su descripción debe encontrarse expresamente en la ley o, en este caso, en la propia normativa constitucional” (STC 970, c. 12°);

12°. Que la particular trascendencia de estos casos exige un análisis normativo que se ciña al derecho estricto en plenitud. De este modo, según nos ha referido nuestra jurisprudencia, “el requerimiento, como acto inicial de la relación procesal, debe reunir ciertos requisitos precisos cuyo cumplimiento confiera seriedad y plausibilidad a la pretensión del derecho que se invoca, desde que la demanda fundada constituye una exigencia procesal que se justifica plenamente cuando la materia de que se trata es la solución de un conflicto constitucional, como sucede en la especie, en que el Tribunal tiene la trascendente misión de decidir si un congresal puede o no continuar en sus funciones, y en cuanto a la prueba, la demanda debe indicar las diligencias probatorias con que se pretende acreditar los hechos que se invocan, bajo sanción de no ser admitidas si así no se hiciera, y si hay instrumentos ellos tienen el carácter de fundantes que deben acompañarse al requerimiento, porque si no se hace, precluye el derecho a la prueba instrumental” (STC 190/1994, c. 4°).

V. LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL REQUERIMIENTO

13°. Que, el requisito consistente en que el requerimiento debe contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, si bien no ha sido analizado, específicamente, en relación con la atribución que nos confiere el artículo 93 inciso primero N° 14° de la Constitución, sí lo hemos desarrollado latamente respecto de lo preceptuado en los artículos 63 y 80 de la Ley Orgánica, en relación con el control preventivo y eventual de proyectos de ley y con los requerimientos de inaplicabilidad;

14°. Que, sin repetir dicha jurisprudencia, es claro que, con esa exigencia, el legislador orgánico constitucional persigue que el peticionario indique, por una parte, con precisión y singularizadamente los hechos cuyo conocimiento somete al Tribunal y, de otra, cómo ellos se vinculan con la infracción constitucional que se denuncia;

15°. Que, llevando este requisito al presente caso, es necesario considerarlo en relación con la naturaleza sancionatoria de las causales de cesación en el cargo de un diputado o senador, ya que “(...) *las prohibiciones parlamentarias son pues, limitaciones de derecho público que afectan la elección de diputados y senadores y el ejercicio de los cargos parlamentarios, cuyas infracciones aparejan sanciones como la nulidad de la elección, la cesación en el cargo de congresal y la nulidad del nombramiento, según los casos (...)*” (c. 10°, Rol 190) y, más precisamente respecto de la causal invocada en estos autos, consiste en “(...) *sancionar severamente toda conducta que excediera el patrón democrático y de respeto por la institucionalidad que los parlamentarios deben a su propia investidura de representantes de la voluntad soberana en el marco de un Estado de Derecho*” (c. 10°, Rol N° 970);

16°. Que, siendo así, la exigencia de exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en un caso de esta especie requiere dar cuenta, de manera cabalmente precisa y concatenada, de los elementos mínimos que doten de suficiencia el planteamiento que sostiene que se ha incurrido en la acción ilícita imputada, esto es y solo por vía ejemplar, cuáles son los supuestos fácticos de la conducta ejecutada por el parlamentario cuya cesación se persigue y cómo ella se vincula, es decir, de qué manera ha servido de base, fuente, origen o causa a la infracción que se le imputa, más considerando que, en este caso, la conducta inconstitucional consiste en *incitar*, es decir, mover o estimular a uno para que ejecute la alteración del orden público (c. 26° 1 Rol N° 970), a la par que la relación –también precisa y circunstanciada– del apoyo o soporte jurídico que le sirve de sustento;

17°. Que, desde esta perspectiva, resulta pertinente recordar que esta Magistratura ha sostenido que, si bien “(...) *es posición de este Tribunal ampliar hasta el límite máximo permitido por la Constitución las atribuciones que ella le confiere, como asimismo permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a esta Magistratura, a fin de que ella vele por el principio de la “supremacía constitucional”, consagrado como una de las bases esenciales de la institucionalidad en*

el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, esta irrevocable posición no puede llevar al Tribunal a ir más allá de lo que razonablemente lo autoriza la Carta Fundamental, pues de lo contrario lejos de custodiar la aplicación estricta de la Constitución, la vulneraría en su esencia” (c. 8°, Rol N° 272);

18°. Que, precisamente, por ello, “(...) el requerimiento, como acto inicial de la relación procesal, debe reunir ciertos requisitos precisos cuyo cumplimiento confiera seriedad y plausibilidad a la pretensión del derecho que se invoca, desde que la demanda fundada constituye una exigencia procesal que se justifica plenamente cuando la materia de que se trata es la solución de un conflicto constitucional, como sucede en la especie, en que el Tribunal tiene la trascendente misión de decidir si un congresal puede o no continuar en sus funciones (...).

Que de lo expuesto se infiere que la Constitución y la ley que regulan las inhabilidades parlamentarias rodean la presentación del requerimiento de un conjunto de precisas formalidades para evitar de tal manera que se formulen planteamientos que carezcan de asidero jurídico, lo que se ve confirmado por la facultad que tiene el Tribunal para no dar curso a la acción, o sea, de no admitir el requerimiento a tramitación cuando no cumple con los cuatro primeros requisitos del artículo 53 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal” (c. 4° y 5°, Rol N° 190);

A. EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE HECHO

19°. Que el requerimiento plantea un conjunto muy relevante de problemas que conducirán a su inadmisión a trámite, según explicaremos circunstanciadamente:

20°. *Anatomía de un instante*. Que la interpretación de los requirentes se funda en un ciclo de hechos no sistemáticamente relatados que comienza con el tuit del Diputado Gonzalo Winter, a las 08:06 del 18 de octubre, según el requerimiento, pero en la foto del tuit aparece como hora de emisión las 12:06 horas del 18 de octubre y que culmina con declaraciones y entrevistas a la prensa en la mañana del 20 de octubre de 2019, por parte del Diputado Gabriel Boric.

Formalmente, esta cuestión no es más que una fotografía de un momento de alteración del orden público que no resulta plausible de contrastar con el inicio de las evasiones en el Metro y la violencia sobre sus accesos y torniquetes que se asocian a una manifestación estudiantil que comenzó antes de la fecha atribuida a los parlamentarios. Estas circunstancias habrían comenzado con antelación, como lo expone el mismo requerimiento a fs. 4 y siguientes, al referirse al “contexto general de desobediencia civil y alteración del orden público incitado por los parlamentarios cuya cesación se solicita”, no obstante que el mismo libelo expone que “[e]l día jueves 17 de octubre comenzó a circular en redes sociales un llamado a una evasión masiva del pago y uso del boleto del metro”. Respecto del término de la misma, es un debate irrelevante puesto que la causal se refiere a la incitación;

21°. *Ausencia de relación causal entre la alteración del orden público y la incitación parlamentaria*. Que debe haber una relación causal en los hechos, puesto que aquello sobre lo cual se acusa es un ilícito constitucional. En tal sentido, la exigen-

cia de fundamentación requiere a lo menos que la identificación de la incitación propicie una determinada consecuencia. Para ello, hay una doble modalidad de apreciación. Una es la exigencia al requirente de entregar la prueba plausible de su hipótesis, para lo cual tiene todos los elementos que determinan que pueda presentarse esta acusación. Ni la Constitución ni la ley orgánica exigen algún tiempo perentorio para presentar el requerimiento. No se trata de una cuestión de urgencia, sino que un examen de consecuencias, lo que pone de cargo del acusador demostrar tales pruebas y ponderaciones de la misma del modo más persuasivo e inequívoco posible;

22°. Que la segunda modalidad de comprobación es el recurso a la supresión mental hipotética de la incitación. ¿Qué hubiera pasado si tales declaraciones no hubieran acontecido? Si se comprueba que de no existir estas no se hubiera producido tal alteración del orden público, la función de esas declaraciones de los parlamentarios acusados jugaría un papel determinante. Pues bien, la orientación de las mismas debería haber ido en esa línea. En tal sentido, parece fundamental el verificar que para los manifestantes haya sido decisivo las declaraciones proferidas por los parlamentarios. Quizás haber acompañado alguna prueba del efecto.

B. EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

23°. *Que la responsabilidad del ilícito constitucional es personal y no atribuible a órganos colectivos.* Es un error de derecho imputar por un grave ilícito constitucional que implica exigir responsabilidades personales por actos propios de colectivos u órganos. La cesación en el cargo es el resultado de incurrir individualmente en una de las causales que el constituyente ha estimado son parte de un atentado al propio estatuto parlamentario. Conforme a estos razonamientos y solo para ejemplificar el incumplimiento del requisito contemplado en el artículo 119 de nuestra Ley Orgánica Constitucional, puede señalarse que, por su naturaleza, la comisión del ilícito denunciado debe concretarse en una imputación a personas naturales individualizadas, sin que sea posible extenderla a toda una bancada de diputados, sin que se explique claramente cómo se atribuye la infracción al conjunto de ella;

24°. Que se omite que la alteración del orden público fundamentó la declaración del estado de excepción constitucional de emergencia por el Presidente de la República. El requerimiento, a fs. 5, realiza una mención a tal declaración sin identificar el efecto normativo que se deduce de tal estado. Tampoco se expone cómo la mayoría de los actos realizados por los diputados habrían incitado a la alteración del orden público, a pesar de que, con anterioridad a su ejecución, ya se había declarado por el Jefe de Estado el estado de emergencia precisamente teniendo en cuenta:

“1.- Que, con esta fecha, han tenido lugar en diversos sectores de la Región Metropolitana múltiples atentados contra la propiedad pública y privada, especialmente contra medios de transporte público de pasajeros, lo que se ha materializado en la destrucción de buses y la total paralización de la red del Metro de Santiago, incluyéndose respecto de este último servicio la quema y destrucción de sus bienes e instalaciones en diversas estaciones, además de

la quema, saqueo y destrucción de edificios y locales comerciales. Todo ello significó para la ciudadanía el no contar con medios de transporte para su normal desplazamiento a través de la región.

2.– Que, de igual manera, se han desarrollado durante la jornada numerosas barricadas que han impedido la adecuada circulación de vehículos y personas a través de la ciudad, afectándose con ello la garantía de libre circulación de las personas.

3.– Que todo lo anterior representa una grave alteración del orden público, frente a la cual el Estado debe actuar con todos los medios disponibles, con el objeto de asegurar la integridad, seguridad y tranquilidad de sus habitantes, requiriéndose de medidas extraordinarias orientadas a la protección de las personas y sus bienes (...)" (DS. N° 472, de 18 de octubre de 2019, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para las provincias de Santiago y Chacabuco);

25°. Que el estado de excepción vigente lo controla el Congreso Nacional y no puede afectar las competencias de los parlamentarios. Durante el período imputado por los requirentes, los parlamentarios acusados estuvieron parcialmente sometidos a la declaración del estado de emergencia.

VI. POSTERIOR AL EXAMEN FORMAL

26°. Que si en algo se diferencia un ciudadano de una autoridad es que muy pocas están llamadas a ejercer un cargo o función previo juramento de respeto a la Constitución y a las leyes. De este modo, la libertad política es amplia de un parlamentario, pero aún lo es más de aquellos que formalmente no han realizado tal juramento;

27°. Que así las cosas, el requerimiento describe declaraciones, por redes sociales, televisión o en encuentros concretos con funcionarios uniformados en la calle que emitieron los parlamentarios cuestionados que, como quiera que sea, pueden resultar impropias de autoridades que deben sujeción a la Constitución y a la ley, así como a principios elementales de prudencia, razonabilidad y justicia, y que pueden ser constitutivas de otro tipos de reproche social, político o normativo no constitucional y también desde el punto de vista de la ética parlamentaria. Sin embargo, es fundamental que se exponga, claramente, cómo esas expresiones fueron la causa u origen de las graves alteraciones al orden público que se produjeron en nuestro país, conforme a lo prescrito en el artículo 60 inciso quinto de la Constitución, para instruir un proceso que podría conducir a la cesación de esas autoridades, sin que se aclare –en la relación de los hechos y fundamentos de derecho– el vínculo entre los actos realizados por los parlamentarios y la alteración del orden público para configurar la hipótesis de incitación que concatena unos con otros;

28°. Que, desde otro punto de vista, cabe anotar que el requerimiento, al dirigirse en contra de la totalidad de los diputados de un partido político, si bien se funda formalmente en la causal del artículo 60, inciso quinto, de la Constitución,

en definitiva se dirige en contra de la propagación y uso de la violencia como método de acción política (fojas 10 a 13), conducta que, limitando el pluralismo político, es sancionada, mientras tanto, por la segunda oración del inciso sexto del N° 15 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Siendo las normas sobre las causales de cesación en el cargo parlamentario de derecho estricto sin que pueda extenderse su aplicación a otras reglas, conforme al principio de la interpretación restrictiva de los preceptos de excepción, no cabe acoger a trámite en este punto un requerimiento que busca un propósito distinto;

29°. Que, por lo expuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 120 inciso primero de nuestra Ley Orgánica Constitucional, el requerimiento de fs. 1 no será admitido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales, por no cumplir con el requisito de contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.

Y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 14°, e inciso decimoctavo de la Constitución Política de la República, y lo prescrito en el artículo 119, N° 3, y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

SE RESUELVE:

A lo principal de fojas 1, NO SE ADMITE A TRAMITACIÓN EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. TÉNGASE POR NO PRESENTADO, PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES. Al primer y cuarto otrosíes, ténganse por acompañados los documentos; al segundo, tercer y quinto otrosíes, estése a lo resuelto en lo principal, y al sexto y séptimo otrosíes, téngase presente.

Acordada la inadmisión a trámite con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes acordaron darle curso regular al presente requerimiento parlamentario, en virtud de los razonamientos siguientes:

1°) Que, en primer lugar, es necesario recordar que todos los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución, a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República, según lo prescrito en el artículo 6° de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional como órgano constitucional encargado de velar por la primacía de la Constitución y como máximo intérprete de la misma, por la misma razón y precepto antes citado, le corresponde de manera relevante velar por la preservación del orden institucional de la República, no debiendo en consecuencia, bajo ningún respecto inhibirse, en virtud del principio de inexcusabilidad, de haber entrado a conocer y juzgar el requerimiento parlamentario de autos, especialmente considerando la gravedad de los actos y hechos denunciados, los cuales ameritaban que fueran ponderados a través de un proceso racional y justo, conducido con imparcialidad y transparencia.

2°) Que la decisión del voto de mayoría de ministros del Tribunal Constitucional, cerrando anticipada o prematuramente en la etapa de admisión a trámite, que es

de naturaleza estrictamente formal, importa un prejuizgamiento de los fundamentos de hecho y de derecho del requerimiento, impidiendo entrar al fondo del asunto y someter a prueba los antecedentes presentados por los requirentes. Tal prejuizgamiento se ha efectuado en etapa procesal formal sin la debida reflexión a la que está llamado todo tribunal y a pesar de haberse solicitado por los requirentes;

3º) Que, lo anterior resulta de la confusión en la lectura que hace el voto de mayoría respecto la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997. Pues, por un lado, el artículo 31, N° 15, dice que corresponde al Pleno determinar la “admisibilidad” respecto a las causales de cese en el cargo de los parlamentarios. Mientras que, por otro lado, el artículo 120 –que se remite en lo que interesa al artículo 119 N° 3– dice que en esta etapa le compete al Pleno determinar si el requerimiento respectivo será “admitido a tramitación”, en cuanto contenga “la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”.

4º) Que un simple ejercicio de comparación, con los artículos 80 y 84 N° 6 de la misma ley, permite advertir que no es lo mismo que un requerimiento deba tener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, para ser admitido a tramitación, a que deba tener fundamento plausible, para ser declarado admisible.

Para ser acogido a tramitación, basta que en el requerimiento se describan o reseñen sus fundamentos de hecho y de derecho, a objeto de trabar la litis y acotar la competencia del Tribunal Constitucional. Para ser declarado admisible, en cambio, se exige algo más, en cuanto a que tal somera motivación debe poseer la consistencia suficiente para ascender al carácter de fundamento plausible, con miras a ponderar si se plantea un genuino conflicto de relevancia constitucional.

5º) Que, de este modo, el voto de mayoría agrega un examen de admisibilidad no solo no contemplado en la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura Constitucional, sino claramente excluido por la misma ley en las materias referidas al artículo 93, N° 14, de la Constitución.

En efecto, la LOCTC, al regular las 16 atribuciones que el artículo 93 constitucional confiere a esta Magistratura, en algunos casos contempla un doble examen previo al fondo, de admisión a trámite y de admisibilidad. Así, por ejemplo, en materia de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, de requerimientos de inconstitucionalidad de preceptos legales declarados previamente inaplicables, de inconstitucionalidad de proyectos de ley o tratados internacionales, de inconstitucionalidad de decretos con fuerza de ley, o de inconstitucionalidad de autos acordados (en relación con el artículo 93 N°s. 2, 3, 4, 6 y 7), en que la LOCTC, además del examen formal de admisión, agrega uno “intermedio” de “plausibilidad” antes de entrar al fondo.

Y, en otros casos, como en las materias relativas a cuestiones de constitucionalidad relativas a decretos o resoluciones representados por la Contraloría General de la República, y de requerimientos sobre inhabilidades e incompatibilidades de Ministros de Estado y Parlamentarios (Artículo 93 N°s. 9, 13 y 14), o de requerimientos sobre cesación en el cargo parlamentario, como el caso de autos, la LOCTC solo dispone el examen de admisión a trámite, en orden a que se “expongan claramente los hechos y fundamentos de derecho”, pero no en su

plausibilidad, pues ello es motivo de análisis de fondo, y previa prueba, en su caso. Más, aún, el párrafo 12 de la LOCTC es claro al respecto, al disponer en su artículo 128 que en las materias del artículo 93 N^{os}. 13 y 14 de la Constitución, “el Tribunal impondrá las costas a quien haya requerido su intervención si dicho requerimiento fuere rechazado en la *sentencia final*”, agregando que “con todo, el Tribunal podrá eximirlo de ellas cuando aparezca que ha tenido *motivos plausibles* para formular el requerimiento, sobre lo cual hará declaración expresa en su resolución”. El texto orgánico constitucional así deja claro que la plausibilidad, en la materia que nos convoca, es un asunto de análisis de fondo –y prueba en su caso de la relación causal– en la materia que concierne al presente requerimiento, siendo inaceptable que la resolución de mayoría se pronuncie sobre requisitos propios del fallo de fondo.

6º) Que, en consecuencia, el error del voto de mayoría se basa en haber declarado inadmisibile el requerimiento, tal como se expresó en las votaciones de los ministros que concurrieron a esa decisión –trámite no contemplado ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, todo lo cual por lo demás se evidencia en los propios argumentos expresados en los considerandos 12º y 16º de aquel voto. Así, por ejemplo, se manifiesta que dicho requerimiento debió “*reunir requisitos cuyo cumplimiento confiera seriedad y plausibilidad a la pretensión del derecho que se invoca, desde que la demanda fundada constituye una exigencia formal*” (c. 12º) y luego continúa “*la exigencia de exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho... requiere dar cuenta de manera cabalmente precisa y concatenada de los elementos mínimos que doten de suficiencia el planteamiento (...)*, para acto seguido introducir unas exigencias que demuestran que tal decisión de la mayoría operó sobre la base de criterios de admisibilidad de fondo, al expresar que las acciones ilícitas imputadas requerirían en un análisis de relación causal propio del omitido trámite probatorio y reflexión final “*de qué manera ha servido de base, fuente, origen o causa a la infracción que se le imputa...*” (c. 16º).

Como se puede apreciar entonces, todas esas expresiones del voto de mayoría, no han hecho más que realizar apresurada o anticipadamente un análisis de fondo y desechar de plano, sin permitirse el espacio y trámite para reflexionar sobre el mérito y sin dar cumplimiento al término probatorio necesario para comprobar la plausibilidad del requerimiento, es decir, incumpliendo el procedimiento señalado en la ley.

7º) Que, dicho lo anterior, corresponde enseguida puntualizar que, contrariamente a lo sostenido por la mayoría, el requerimiento de autos satisface sobradamente la exigencia del artículo 119, inciso primero, N° 3, en orden a contener “la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”.

Avalan esta aseveración cuatro razones, a saber:

La primera, es que el requerimiento se basa en hechos que son de público conocimiento. No es posible sustraerse a la realidad, a un grado tal, que ignore su ocurrencia.

La segunda es que, esos mismos hechos, constan en los fundamentos que sostienen el DS N° 427, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en el Diario Oficial el 19 de octubre de 2019, en que el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Constitucional para Santiago.

La tercera la sacia el propio requerimiento de marras, que refiere los hechos en que se basa de fs. 19 a 23, además de acompañar los documentos que rolan de fs. 27 a 34 de este expediente. E incluso los parlamentarios requerientes adjuntaron un pendrive con los videos que sostienen su presentación.

La cuarta razón es que, de haber duda respecto a la existencia material de los hechos invocados, la respuesta en derecho no era inadmitir el requerimiento, sino que el Tribunal Constitucional recibiera la causa a prueba, procediendo acorde con lo prevenido en el artículo 123 de la Ley N° 17.997;

8º) Que, si bien se ve, entonces, atinente a los hechos relacionados con la denuncia que en esta ocasión se dirige contra doce parlamentarios del Partido Comunista, de Convergencia Social y de Comunes, cabe destacar que estos antecedentes contextuales ya fueron calificados como una “grave alteración del orden público” en el mencionado DS N° 472, cuya inconstitucionalidad no ha sido objetada ante este Tribunal.

De modo que, reducida la cuestión fáctica a comprobar durante el proceso la eventual participación de los congresales denunciados en ellos, era en la sentencia final donde recién procedía entrar a calificar si tal participación se subsume o no en la conducta que castiga al diputado o senador que de palabra o por escrito “incite” a la alteración del orden público, descrita en el artículo 60, inciso quinto, constitucional.

Llegar a conclusiones sin antes decantar las premisas normativas y materiales del caso, frustra la justicia e implica derechamente prejuzgar;

9º) Que en un caso anterior, incluso en un contexto en que el país no se veía afectado por una “grave alteración del orden público”, se presentó un requerimiento en materia análoga –con fecha 27 de septiembre de 2007– cuya relación de hechos de fs. 6 a 15 no difiere sustancialmente, en profundidad, a la que se formula en esta ocasión.

El Tribunal Constitucional, en esos autos Rol 970-07, teniendo la facultad de no admitir a trámite el requerimiento en virtud del artículo 54 de su ley orgánica (actual artículo 120), le dio inmediato curso regular, dictando sentencia definitiva y pronunciándose derechamente sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre el mérito o plausibilidad, con fecha 27 de septiembre de 2007.

Un cotejo entre la presente causa Rol N° 7724 y aquel precedente Rol N° 970, faculta inferir que en la especie se anticipó juicio, omitiendo sin auténticas y comprobadas razones de fondo, el debido proceso previo;

10º) Que, por último, resulta equivocado el voto de mayoría, al pretender afirmar que, por dirigirse el requerimiento en contra de la totalidad de los parlamentarios de un partido político, ello equivaldría a intentar sancionar al partido y no a cada uno de los parlamentarios. Al contrario, de una simple lectura del requerimiento, en él se individualizan en particular e imputan a cada uno de ellos acciones que podrían ser tipificadas en los ilícitos que se señalan, pero de manera alguna se puede leer una acusación al partido o movimiento del que forman parte. Por lo demás como se ha señalado repetidamente en este voto disidente, las acciones que se imputan debieron ser comprobadas en el término probatorio correspondiente.

11º) Que tal proceso previo era debido no solamente a los parlamentarios requirentes. En momentos en que todas las autoridades deben ser capaces de demostrar el más estricto apego al orden institucional y su régimen democrático y constitucional vigente, así como también, garantizar el derecho a la defensa y permitir la oportunidad para defenderse que le ha sido negada los parlamentarios requeridos.

Redactaron la presente resolución las señoras y señores Ministros que la suscriben.

Rol N° 7724-19.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González*.

*(NR.) Llama la atención que en la resolución que decide un “trámite de admisibilidad” existan votos disidentes, con muy buenas razones, para admitir a trámite el requerimiento presentado, en contraposición de la mayoría, que lo declaró inadmisibile, y se introdujo en el fondo del asunto, lo que resulta improcedente en ese estado de la causa.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Sergio Raúl Castaño, *Hermann Heller y el valor de la vida política*, prólogo de Jerónimo Molina Cano, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Derecho Global. México, 2017 (143 pp.)*.

I. ¿UNA ESCUELA ARGENTINA?

A quien me transmitió un elogio emitido por un distinguido penalista italiano a un libro de alguien de lo que sería nuestro grupo intelectual, yo le contestaba que de algún modo había cierta “Escuela argentina” en estas materias, con algún relieve especial. Sin perjuicio de algunas personas que están aquí presentes, y para hablar de quienes no están aquí, yo pienso en la obra de Camilo Tale sobre la concepción plural de los fines de la pena y su argumentación y documentación exhaustiva, que me parece no tiene parangón mundial.

Y pienso en Sergio Castaño, argentino y receptor de los mejores magisterios argentinos y universales; que no solo ha desarrollado una defensa notable de la realidad y bondad del Estado y de la política, con buenas proyecciones constitucionales, sino que, uniendo a su especialidad su vieja vocación por la historia, se ha ocupado de la legitimidad de la propia Argentina independiente y del 9 de julio, lo que nos ha fortalecido en nuestra tesis de que la ley suprema positiva de la Nación es la declaración de la Independencia en esa fecha, “libres e independientes de los Reyes de España y su metrópoli”; y del 19 de julio: “y de toda otra denominación extranjera”.

II. TRAYECTORIA

De la trayectoria de nuestro amigo, autor de 14 libros aparecidos en Italia, España, México, Chile y Argentina, que me acaba de regalar, todavía con olor a tinta, *El Estado en el Orden internacional*, editado por la Editorial de la Universidad Católica Argentina, y poseedor de dos doctorados (UBA y Abad Oliba-Barcelona), solo quiero agregar que se ha caracterizado por haber dirigido no pocas tesis doctorales coronadas con el mejor éxito. La de Yamila Juri sobre la soberanía en Bodin, en Mendoza; la de Nicolás Lázaro sobre la Justicia en Cayetano y Santo Tomás, en Rosario; la del querido amigo y colega, aquí presente, el Señor Fiscal General de Mar del Plata Dr. Fabián Fernández Garello, que se ha venido desde allí para esta reunión en Buenos Aires, sobre Del Noce; en Barcelona, la de Germán Masserdotti; la de Olga Beltramo sobre Suárez en Córdoba... y hay otras, la de Andrea Sereni sobre Schmitt en Mendoza, por ejemplo. Si se me permite, en la evangelización de la cultura las tesis doctorales son un aporte fortísimo (recuerdo, en ese sentido,

*Presentación del libro en el Centro de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina el 25 de noviembre de 2019.

la importancia que le asignaba Lutero para su tarea anti-Roma a las no pocas tesis de sus doctorandos que dirigía contra aquella desde la Universidad).

III. EL “SIGLO DE PLATA” DE LA ESCUELA HISPÁNICA

El libro que presentamos es breve, 64 pp., con más la traducción que hace el autor de la voz “Estado”, escrita por Heller para el *Handwörterbuch der Soziologie* editado por Vierkandt en 1931, que luce en apéndice de 30 pp.

Oigan bien el prólogo de Jerónimo Molina Cano, de la Universidad de Murcia y la Real Academia de Ciencias Morales, que dividirá en dos partes por razones didácticas y para que ustedes vean el elogio que hace a nuestro autor, y que cumple muy bien con la presentación del alemán.

A. Primero da cuenta de la resonancia que tuvo Heller en España: “Todos los autores españoles de valía en sus respectivas disciplinas tienen que ver con Heller, al menos durante treinta años, aproximadamente el tiempo que abarca la Escuela española del Derecho Político (1935-1969), el grupo más compacto e interesante de pensadores políticos españoles desde el Siglo de Oro” (p. XIX). Destaca en Heller el pensamiento *esencial* que precisamente ha motivado el interés de Castaño: la ciencia política solo puede cumplir su tarea si muestra, “a través de todos los cambios histórico-sociales, ciertas constantes idénticas” (p. XXV).

—Agrego por mi cuenta que esto va contra las posiciones que ven al Estado como “cosa moderna” y como “cosa mala”. Pero —se nos ocurre— si hay esencia universal de hombre, también la habrá de sus propiedades esenciales, tal la sociopoliticidad humana y entonces habrá algo real y permanente y metafísicamente bueno a que corresponde la palabra “Estado”, cualesquiera sean sus nombres en cada época. Pero vamos al punto “B”.

B. Molina Cano remata ubicando con precisión a nuestro autor con este elogio singular: con esta obra *Castaño se ha colocado en la primera fila de los cultores hispánicos del pensamiento de Hermann Heller* (p. XXX).

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA POLÍTICA. LA “PAJA Y EL TRIGO”

El capítulo I del libro, “La justificación de la política”, separa *la paja* de las cuestiones histórico-empíricas o de las opciones práctico-políticas en Heller (su socialismo, su cierto democratismo), del *buen trigo* del “plano filosófico-político” (p. 31), donde está lo más importante. Nuestro autor, entonces, como buen filósofo, no se aparta de sus propios temas esenciales de siempre, y esta incursión “histórica de las ideas” sirve para un diálogo con Heller en torno a su preocupación permanente como Investigador Principal del Conicet argentino, en torno a la legitimidad del Estado y del poder (p. 35).

No se trata de detenerse en la “función” del Estado, que puede registrarse en una banda de criminales, sino en una cuestión “deóntica”, que es *el valor del Estado* (p. 37). Ni se trata tanto de por qué *existe*, aunque la propia existencia “contiene una implícita justificación” (p. 37), sino “por qué *debe* existir” (*ibídem*), donde está la propuesta de “un orden justo” (p. 38). Esto lleva a captar la rica y decisiva idea de la “humanidad” del Estado y del carácter “utópico” del hombre,

pero esto último no en el sentido de “deseable pero no conseguible en ninguna parte”, sino en el de una insobornable “pretensión de legitimidad” (p. 39 nota 15) contra todas las “facticidades” desalentadoras. De este modo, la indagación fenoménica del Estado lleva a Heller, y Castaño lo subraya cada vez que puede y retoma así –repito– sus meditaciones esenciales de siempre, a la verdad de la justicia, dando una solución “objetivista” e “incluso universalista”, con los principios legitimantes (p. 41).

V. ELEVA A HELLER A LO MEJOR DE SÍ MISMO

Así Castaño eleva a Heller a lo mejor de sí mismo, viendo a su vez lo mejor del hombre, lo más bueno pero esencial: no preguntándose por qué se soporta la coacción estatal, sino por qué esta cosa que es la comunidad política ha movido en la historia a las personas “al abandono” de intereses particulares e incluso a la “oblación de su existencia” (p. 42). Como se ve, “el valor de la política” aparece a cada momento en la exégesis.

De este modo, resulta esencial en toda consideración política la distinción entre “lo justo y lo injusto”; y la justicia no es “ideología legitimadora” subjetiva sino *legitimación óptica objetiva*. A pesar de su nacionalismo político esencial (p. 34), Heller rehúsa la deriva historicista y romántica que confluye en Hegel y con este en el “quiebre de la conciencia jurídica universalista”, lo que prepara el *positivismo* (p. 44). Frente a la buena reacción tradicional de Schmitt ante este último (el positivismo), en su disputa con él Heller recalca en algo más profundo, “una idea universal de justicia” (p. 48), en lo que coincidirá con el argentino Sampay (p. 51).

VI. O JUSTICIA EN SERIO O “DERECHO” DEL MÁS FUERTE

Si no se admite una norma objetiva de rectitud, “toda justificación del poder desemboca en el derecho del más fuerte” (p. 52), para lo cual hay que evitar la identificación de las vigencias ideológicas con el “valor ético-político” (p. 53).

–Nos encontramos a veces con posiciones iusnaturalistas que olvidan que el derecho natural es participado en el derecho positivo (porque es algo inscripto en el hombre), lo que lleva a una dicotomía insuperable entre aquel, que sería algo tan sofisticado y metafísico que rigió en una época de oro pero con el aquí y ahora nada tiene que ver, y “derecho positivo”, que sería el que aplican los tribunales. Como si el derecho natural estuviese inscripto en las cabezas metafísicas tomistas medievales o en las cátedras de la UCA y no en las entrañas de todo hombre, influyendo en todo el hombre. Se olvida así la fecunda metodología helleriana y de Castaño de detectar en las normas positivas *la participación que hacen, y son bien visibles, de principios que las exceden*. Los principios son más evidentes que las conclusiones. “Son los principios fundamentales los que permiten, aun cuando el legislador no haya apelado explícitamente a ellos, comprender, interpretar y aplicar [y hasta modificar o dejar de lado, agreguemos] la pluralidad de preceptos constitucionales positivos” (p. 56). – Correctísimo, agregamos nosotros.

Tanto es así que muchísimas veces los constitucionalistas dan por “constitucional” lo que no está en la Constitución escrita ni por asomo –pero nadie dice nada, lo dan por incluido–. Así, por ejemplo, cuando hablan de un principio de culpabilidad penal que ubican en el art. 18 de la Constitución Nacional argentina. Lean y releen ustedes y verán que no está en ninguna palabra escrita, *pero tiene absoluta juridicidad*.

Al fin de cuentas, todo el ordenamiento normativo jurídico depende del señorío del Estado, de su soberanía. Cosa implicada en el ejercicio del acto normativo de dar la Constitución, y antes –en nuestro caso– en el acto normativo de declararnos libres e independientes de España y de toda otra dominación extranjera. Pero que no figura como tal en la Constitución.

Solo se puede hacer Ciencia Jurídica y Filosofía Política viendo y tematizando los principios jurídicos naturales y su vigencia práctica, encarnada (aunque no siempre) en el derecho positivo y en el Estado. A nuestro criterio el derecho natural no necesita que el positivo lo reconozca para ser obligante y vigente y ser derecho y poder y deber aplicarse; otra cosa sería hacer depender la causa de lo causado. Y no puede hablarse de “dos derechos”, sino de un ordenamiento normativo jurídico que es, diría Aristóteles, “parte natural”, y parte positivo, pero cuya “parte natural” legitima la otra. Aunque esta última sea necesarísima.

VII. VALIDEZ DEL DERECHO

En el capítulo II en que trata “El fundamento de validez del Derecho”, Castaño dialoga con Dyzenhaus, Hebeisen, Schluchter, Dehnard y Muller, que estudiaron a Heller (v. la precisa bibliografía en pp. 133-140), defendiendo que lo esencial en el autor tratado es que ninguna parte del entero mundo jurídico es concebida como “independiente de fundamentos suprapositivos” (p. 67). Aunque Heller no aborde sistemáticamente la universalidad de los principios jurídicos fundamentales anclados en la naturaleza humana, no deja de apuntar al problema y de acertar en lo principal en este asunto. Y aunque no haga metafísica, Heller no dejó de ver “la presencia de constantes idénticas del acontecer político, sustraídas a la relativización histórico-sociológica para la razón práctica” (p. 75). Castaño pone en p. 76 ejemplos concretos de los principios universales enseñados por Heller.

VIII. LEGITIMIDAD DEL PODER

En el capítulo III se ocupa de “La Legitimidad del poder”, sin perjuicio de una descripción previa de lo que es “poder”, para lograr el cual un elemento generador es la legitimidad, esto es la justicia y la creencia en ella de los que mandan y obedecen. Aquí aparece, entonces, aparte su valor intrínseco y legitimador, *la justicia como factor de poder* (la conveniencia utilitaria política de la justicia, quizá, de la que hablaba Maquiavelo). Aunque “el poder político, en principio, es siempre legal” (*sic*, p. 88; se puede entender bien, porque todo poder establecido supone un mínimo de orden, que tiene algo, aunque lejano, de justicia; por lo cual, salvo violaciones gravísimas en que es obligatorio desobedecer y aún más que desobedecer, muchas veces el deber está en acatar para evitar “el escándalo

lo o el desorden”), la misma función propia del poder exige la búsqueda de la justificación ética sin la cual este “no se sostiene” (p. 88). Pretender con Kelsen la aceptación como legítimo de todo precepto jurídico “formalmente correcto”, constituye la “degeneración de la conciencia jurídica” (p. 93).

IX. LA JUSTICIA

Ni tal conformidad formal, ni la forma democrática, ni la división de poderes, ni la libertad de prensa, nada puede substituir *la necesidad insoslayable de que el poder político se justifique en la justicia*. Es la gran lección entrevista por Heller y desarrollada, en este y en casi todos sus otros 14 libros, una y otra vez por el filósofo de la política y del derecho, del derecho y de la política (la repetición no es un error), por el filósofo Castaño.

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ*

Roberto Esteban Duque, *La religión en la esfera pública*. EUNSA. Pamplona. 2018.

¿Es legítimo separar la religión de “lo público”, como si su *locus* específico se encontrase en las prácticas de culto, más allá del cual no existiría “religión”? ¿O se deberá reconocer, trascendiendo cualquier subordinación a la disciplina del Estado, que ningún aspecto de la vida escapa del factor religioso por ser algo constitutivo de la naturaleza humana?

–*Usted mantiene el carácter público de la religión. ¿Deberíamos entender con esto que la fe tiene su proyección natural en la vida?*

De lo contrario no merece la pena sobrevivir. ¿Para qué quiero una fe que no me enseña a vivir?

–*Para sobreponerte.*

Eso sería un acto intimista, solo privado, pero la religión no solo constituye una fuerza motivadora, sino absolutamente regeneradora en una sociedad colonizada por criterios instrumentales y tecnificadores. Lo que uno hace con su dinero, con su cuerpo o con un vecino, se encuentra en el ámbito religioso. Nada escapa a la ordenación al fin último del hombre a Dios. Lo cual no niega la libertad humana, sino que la comprende inserta en un orden originario ontológico superior, en el reconocimiento del *Deus semper maior*. Benedicto XVI denunció el proceder de

*El Dr. Hernández ha sido investigador del Conicet/Argentina, profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Buenos Aires, Director del Boletín de Filosofía del Derecho del diario *El Derecho* (Buenos Aires), y autor de veinte libros.

una religión ausente de la vida pública, donde los creyentes tengan que suprimir una parte de sí mismos –su fe– para ser ciudadanos activos.

–Entiendo por sus palabras la amenaza de un proyecto secularizador que privatiza la religión.

Siempre existió ese propósito.

–¿Dónde se encontraría ahora?

En la idea de que Dios sea solo un bien para el hombre creyente y no un bien común.

–¿Y en el laicismo, quizá?

También en el laicismo. No es admisible la voluntad política y la imposición ideológica del laicismo como categoría cultural referencial, marginando el hecho religioso, la identidad de un pueblo o las raíces de un continente. El laicismo es el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su centro de gravedad sería más una no contaminación –marcada con atisbos de fundamentalismo, si no de abierta beligerancia– que la indiferencia o la auténtica neutralidad. Esta tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. Nada, sin embargo, más opuesto a la laicidad que enclaustrar determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos derivaría inevitablemente de una indebida injerencia de lo sagrado en lo público.

–¿Se advierte esta imposición en nuestra sociedad?

La realidad es que el debate supuestamente libre de la plaza pública está desproporcionadamente influenciado por el Estado. Lo que se considera noticia viene determinado cada vez más por los manipuladores medios de comunicación. El mismo discurso asténico de la Iglesia es desactivado por el mismo Estado moderno. Los ejemplos de este proceso son innumerables: la intervención del Estado en asuntos de la familia, de la propiedad y de las herencias; la concepción de las leyes como algo “hecho” o legislado por el Estado en lugar de ser algo “revelado” desde su fuente divina a través de la elaboración de las costumbres y de la tradición... Hay un derecho a configurar el mundo de acuerdo con la propia fe y la propia cultura. Es asombroso que una cultura católica deba organizarse de forma laica, arrinconando una religión cuya exclusión a la esfera privada es tanto como hacer incomprendible la propia Ilustración.

–¿Cuál es la tesis fundamental de su nuevo libro?

Intento mostrar la pérdida de la doctrina de la participación en Dios, proveniente de un largo proceso de secularización, la importancia de la religión en la vida pública, recobrando así un factor determinante capaz no solo de fundar y ordenar la vida personal, sino de constituir un verdadero correctivo en los excesos de la democracia y de enriquecer la vida cultural y la misma sociedad. Pero el esfuerzo mayor consiste en exponer el influjo benéfico de la religión para la libertad democrática, así como la importancia de las creencias religiosas como factor de cohesión social y convivencia político-democrática.

—¿En qué consiste esa doctrina de la participación?

En el pensamiento patrístico y medieval, el hombre solo puede ser comprendido en la medida en que participa de Dios, teniendo un solo fin: el fin sobrenatural. No tiene dos vocaciones yuxtapuestas, sino una sola vocación. Es desacertado postular un orden “temporal” o político desgajado del orden espiritual, un orden “puramente natural” completo que dependería de la sola razón y del ejercicio de las virtudes morales “naturales” yuxtapuestas a un “orden espiritual” también completo gobernado por la gracia y las virtudes teologales. No hay más que un fin en la vida del hombre, un fin sobrenatural: inmanente, por cuanto radicado en su naturaleza, pero trascendente, solo alcanzable por gracia. Esta finalización del hombre consiste en una *participación* por gracia en el ser mismo de Dios. Sin embargo, esta “doctrina de la participación” se resquebraja con la secularización. La necesaria distinción entre la naturaleza y lo sobrenatural se convertirá en una real separación de estos dos órdenes.

—Algo que afecta de lleno al cristiano...

El cristiano corre el peligro de vivir sometido a categorías liberales, como es el caso de una libertad desgajada de la verdad. O bien desgajar la religión de las realidades humanas en lugar de vivificarlas desde el interior. La conclusión es clara: un hombre arrancado de su vocación sobrenatural en una sociedad que aprende a vivir como si Dios no existiera. Declarar la vida religiosa paralela a la vida real, sin concederle apenas influencia sobre ella, es una postura que somete al hombre religioso a un dualismo insostenible, que le lleva a declarar lo religioso superfluo para la vida real, superfluo para el hombre. La separación de la vida humana entre lo sagrado y lo profano testimonia la muerte de una cultura propiamente religiosa. La relación religiosa es vivida en la vida profana; se expresa también en ella, presta a la actividad profana del hombre un sentido último, relativiza las realidades mundanas, conduce a la aceptación gozosa de la vida como obra del designio personal amoroso de Dios. Es decir, acepta la vida humana en todas sus dimensiones (pública, profesional, ética) como mediaciones para su realización. Pero su condición de orden de lo último y definitivo en el hombre permite la acción de la vida religiosa sobre el orden de lo profano sin privar a este de su especificidad y autonomía y sin imponerle criterios externos de acción.

—¿Cuál es entonces el lugar que la religión debe ocupar en la sociedad democrática?

Esta es la gran pregunta: el lugar de la religión en la sociedad democrática. Alexis de Tocqueville y Jürgen Habermas me han parecido, entre otros, dos autores que abordan sin complejos esta cuestión. Proponer la articulación de la religión en la democracia, el acuerdo entre religión y libertad, constituye una parte relevante del proyecto político de Tocqueville. Por su parte, según Habermas, la pérdida de función y la tendencia a la individualización no implica que la religión pierda influencia y relevancia ni en el terreno político y cultural de la sociedad ni en el terreno personal. Considera el autor de *Teoría de la acción comunicativa* que las comunidades religiosas están ganando influencia en la esfera pública, asumiendo el rol de “comunidades de interpretación” en las sociedades seculares, es decir, contribuyen a formar la opinión de los ciudadanos sobre ciertas controversias, proporcionándoles argumentos para poder debatir en la esfera pública.

–¿Usted también lo cree?

Con total seguridad. No solo desde una vertiente antropológica, desde la conciencia de la propia finitud y el anhelo de un más allá de la realidad terrenal, sino también desde el punto de vista político existe una influencia beneficiosa de la religión para la libertad democrática, como factor espiritual de cohesión social y de convivencia político-democrática. Las sociedades democráticas necesitan basarse en la fe religiosa para que sobreviva la libertad.

–Escribía usted el pasado 17 de septiembre en ABC señalando que “la Iglesia está en serio peligro si no encuentra el *tertium quid*, la importancia de la selección cuidadosa de candidatos al sacerdocio”. ¿Qué debería hacer la Iglesia para que no se produjesen en su seno tantos escándalos como los de Pensilvania?

Disponer de formadores virtuosos. Quien desempeña un cargo debe exhibir un conjunto determinado de virtudes en coherencia con la representación de su ejercicio. De nada sirve ser “competente”, poseer una amplia formación doctrinal y moral, si el sacerdote no interioriza sus conocimientos, de tal modo que su sentir, razonar y actuar sean coherentes y compatibles entre sí, si no hace suyas determinadas virtudes que lo conviertan en alguien capaz de elegir y obrar de modo excelente. Solo desde esta previa formación podrá lograrse una vida personal santa, a través del esfuerzo constante de la conversión y con la ayuda de la gracia. Aunque, como señalara la Pontificia Comisión para la Protección de menores, la “prioridad” está en una respuesta adecuada a los abusos sexuales, en la adopción de medidas eficaces con el fin de salvar la evangelización y la caridad, es necesaria, sin embargo, una tarea preventiva apremiante, puesto que la Iglesia tiene un problema grave de homosexualidad activa en el clero cuyo encubrimiento, además de producir inmenso dolor, facilita la implantación de la ideología y la corrupción en su seno.

–¿Clericalismo quizá?

Hay una vinculación evidente, en la que el papa Francisco insiste, entre clericalismo y abuso sexual, pero es la homosexualidad activa y una desviación de la sexualidad lo que provoca mayor sufrimiento. Cuando hablo de homosexualidad activa quiero decir que el verdadero peligro está en la corrupción ideológica, en la mala enseñanza, en someter la doctrina y la moral a la aceptación acrítica de comportamientos espurios que se quieren dominantes y esperan ser asimilados en el interior de la Iglesia.

–Una última cuestión. Sostiene que el mejor modo de vivir es que todos vivamos como si Dios existiera

Es el modo *más humano* de vivir. Es necesaria una relación correlativa entre razón y fe, entre razón y religión. La religión no es una especie de *quantité négligeable*, un asunto banal, como si no tuviera que decir nada importante a los hombres, sino que remite a la verdad del hombre y constituye un esencial correctivo ante una peligrosa arrogancia de la razón instrumental, capaz por sí sola de destruir al propio hombre*.

*Entrevista al autor.

Publicado en *Infocatólica* el 24.9.2018.

Gonzalo Ibáñez Santa María, *Camino a septiembre. Las razones de un quiebre*. Conservadora. Santiago de Chile. 2018 (178 pp.)*

A comienzos del próximo mes de enero se cumplirán sesenta años del día en que un centenar de jóvenes quinceañeros hacía su ingreso a la Escuela Naval “Arturo Prat”. Dentro de ese grupo de jóvenes estaban Gonzalo Ibáñez Santa María y quien os dirige la palabra.

Desde ese día ha corrido mucha agua bajo el puente. Gonzalo y yo tomamos caminos diferentes: yo seguí la carrera naval y Gonzalo, cambiando de rumbo, inició una exitosa carrera académica y política.

Y, como la vida tiene muchas vueltas y revueltas, hace algunos años me volví a encontrar aquí en Viña del Mar con Gonzalo, quien me ha honrado con el encargo de presentar su última obra, titulada *Camino a septiembre. Las razones de un quiebre*.

Ahora bien, dadas las restricciones de tiempo, entraré de inmediato en materia sin mayores preámbulos.

En su obra, Gonzalo Ibáñez nos recuerda el pasado, nos motiva a reflexionar sobre el presente y nos invita a proyectar el futuro.

He estructurado mi exposición sobre la base de estos tres aspectos. Comenzaré con el recuerdo del pasado.

I. RECUERDO DEL PASADO: CHILE HASTA 1970

El libro que estamos presentando abarca un período que se extiende desde los albores de la República hasta el quiebre institucional de 1973.

En una muy apretada síntesis, podríamos decir que el autor describe la situación política, social y económica desde la época de la independencia y explica cómo Chile pasó a ocupar el puesto de honor entre las antiguas colonias de la América española, habiendo sido la más pobre de ellas.

Al respecto, cabría comentar que a ello contribuyó decisivamente un individuo notable, dotado de un genio político natural y de un fuerte liderazgo: don Diego Portales, quien fue el arquitecto del nuevo régimen –denominado “portaliano” por los historiadores–, el que se caracterizaba por sus principios de respeto a la autoridad, el orden público y la seguridad exterior e interior del Estado. Para Portales, el orden era una condición fundamental para el progreso.

El autor comenta los exitosos gobiernos habidos durante el período 1830-1891 –aunque con sus altos y bajos, entre los que cabría mencionar las guerras civiles de 1851 y 1859–, describe los hechos que desembocaron en la Guerra del Pacífico y el florecimiento económico como producto de la riqueza salitrera.

Más adelante nos explica magistralmente las causas de la cruenta Guerra Civil de 1891 y sus lamentables consecuencias, entre las que cabe mencionar el fin del régimen portaliano; el desmantelamiento de la autoridad presidencial para

*Presentación del libro de Gonzalo Ibáñez Santa María, titulado *Camino a septiembre. Las razones de un quiebre*; acto patrocinado por el Centro Valparaíso de Debates, realizado el día 5 de diciembre de 2019 en el hotel O’Higgins de Viña del Mar.

ser reemplazada por la del Congreso Nacional; la pérdida de la unidad nacional y la conversión de la aristocracia en oligarquía –hechos que, según el autor, son las principales causas remotas del quiebre–; y la decadencia de Chile habida con posterioridad a esa guerra civil, debido a diversas razones económicas y a una sucesión de malos gobiernos.

El autor identifica varias otras causas remotas del quiebre, entre las que cabría destacar la fundación de los partidos de orientación marxista –comunista y socialista– y de otros grupos que promovían la violencia revolucionaria y la lucha ideológica.

Otra causa remota es el hecho de que, desde mediados de la década de 1950, muchos miembros del clero católico –incluso obispos– tomaran partido en la confrontación social haciendo suya la doctrina que la promovía: el marxismo; fenómeno que cobró inusitada fuerza en las siguientes dos décadas.

Durante la época denominada “parlamentaria” (1891-1924) el Gobierno y el Congreso estaban controlados por una oligarquía que, actuando con una frivolidad y una irresponsabilidad extrema, comenzó a apartarse de la búsqueda del bien común –que es el fin supremo del Estado–; despilfarrando la riqueza del salitre sin brindar una solución efectiva a los problemas de los sectores más modestos de la población, sumidos en la pobreza y en condiciones de vida absolutamente indignas.

Esta situación comenzó a reflejarse en la formación de fuerzas políticas más allá de las tradicionales, que enarbolaron la bandera de la “cuestión social”.

En 1912 Luis Emilio Recabarren fundó el Partido Obrero Socialista. Posteriormente, en 1917, deslumbrado con la Revolución de Octubre en Rusia, inició los trabajos para convertir a su partido en el Partido Comunista de Chile y afiliarlo a la respectiva Internacional, lo que logró en 1922, año en que viajó a Rusia.

Dicho partido, a imitación del Partido Comunista de la Unión Soviética era claramente un instrumento de odio y de guerra social, estrenando una estrategia de confrontación desconocida hasta entonces en el país y de la cual la violencia se constituyó en un ingrediente proclamado como legítimo y a cuyo uso se comenzó a recurrir con una frecuencia creciente.

Posteriormente, en 1933, fue fundado el Partido Socialista, de orientación marxista pero no subordinado a Moscú; partido que, como bien sabemos, también postulaba la violencia revolucionaria como un método legítimo de acción política.

Al respecto el autor nos dice: *“La labor de estos partidos, durante todo el tiempo hasta 1970 fue la de incentivar una revolución –que no podía ser sino por la fuerza– destinada, según decían, a destruir el predominio de las clases burguesas y, de hecho, a destruir toda la organización social, económica y política propia del país. Perseguían, desde el comienzo, una utopía, la construcción de una sociedad sin clases; pero, en concreto, lo que los movía era lo propio del marxismo: el odio y la decisión satánica, si se me permite ser sincero, de destruir todo lo que encontrarán a su paso. No se puede construir un mundo sin Dios; por eso, su misión –como, por lo demás, quedó plenamente en evidencia– fue la de simplemente destruir”.*

Cualquier semejanza con la realidad actual es pura coincidencia.

A los precitados partidos debe agregarse un partido que dijo organizarse a partir de las enseñanzas pontificias de la “cuestión social”. Comenzó constituyéndose como Falange Nacional en 1937 y se transformó en Democracia Cristiana en 1957.

Este partido, desde el comienzo, aunque matizado y velado, asumió el lenguaje de la confrontación propio de los partidos de izquierda, mezclado confusamente con invocaciones a los textos pontificios.

El autor describe claramente el proceso de radicalización del partido Demócrata Cristiano (PDC), que lo hizo abandonar su vocación inicialmente moderada y optar por un populismo de izquierda. Así fue como el programa del candidato presidencial Radomiro Tomic en 1970 era muy similar al de Salvador Allende.

El PDC se caracterizó por su acendrado ideologismo, que llevó a Eduardo Frei Montalva a decir que *“no cambiaría ni una coma del programa ni por un millón de votos”*. Frei escribía en 1940, en su libro *Política y Espíritu*: *“Pero pensar que el marxismo es un error, y total, sería el peor de los errores”*. Y el 28 de junio de 1947, en entrevista al diario comunista *El Siglo*, pronunció su famosa frase: *“ante el comunismo vemos que hay algo peor: el anticomunismo”*.

Este Partido fue de la máxima importancia en el desenlace de esta historia, porque sacralizó la doctrina de la lucha de clases –que era casi una forma privilegiada de ser cristiano– y la hizo suya por la vía de denominarla *“cambio de estructuras”*. Por otra parte, ya no más el socialismo, sino que el *“comunitarismo”*, pero esos nombres no engañaban.

Para Jacques Chonchol, uno de los líderes de la Reforma Agraria entre 1964 y 1969, *“la concepción de que al actual desarrollo técnico de la humanidad debe corresponder una organización económica y social de tipo comunitario de los sistemas de producción, todo lo cual conduce a la sustitución del régimen de propiedad privada capitalista sobre los instrumentos colectivos de producción por un régimen de propiedad comunitaria sobre los mismos”*.

El gobierno de la Democracia Cristiana ejerció acciones violentas para despojar de sus tierras a sus legítimos dueños; acciones que vulneraban el Estado de Derecho y, muy especialmente, el derecho de propiedad. Como la historia lo ha demostrado, cada vez que tal derecho es vulnerado se producen situaciones caóticas en los países.

La aplicación cada vez más drástica y masiva de la reforma agraria durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, llevó a los propietarios afectados a recurrir a los tribunales de justicia, obteniendo importantes éxitos. Con esta oposición, y frustrados por numerosas derrotas judiciales y aún de rechazo de los propios campesinos, el Gobierno recurrió a dos armas: una fue la violencia, instigada y apoyada por funcionarios de la CORA (Corporación de la Reforma Agraria), para tomar por la fuerza predios que rechazaban la expropiación; y otra, la aprobación de una ley especial, iniciada con moción del senador Aylwin, que quitaba competencia a los tribunales de justicia para conocer de reclamos de los propietarios contra las resoluciones de expropiación. Más aún, en una disposición transitoria se ponía término a los ochenta juicios perdidos por el Estado ante Cortes de Apelaciones y que se encontraban pendientes ante la Corte Suprema por recursos de casación interpuestos por el Estado. Estos juicios, ganados por los expropiados, dejaban de existir por dicha ley especial. Es decir, por ley, el Estado robó ochenta expedientes y el patrimonio de esos chilenos.

Esta afinidad del PDC con los partidos de la izquierda más dura nos explica cómo fue posible que una agrupación política integrada principalmente por partidos de ideología marxista, totalitaria y anticristiana alcanzara el poder político con solo el 36,22% de los votos. De acuerdo con la Constitución Política

de 1925, cuando ningún candidato presidencial obtenía la mayoría absoluta, el Congreso Pleno debía elegir entre las dos primeras mayorías. El PDC optó por Salvador Allende en lugar de Jorge Alessandri –que había obtenido la segunda mayoría–, quien era un candidato independiente que adhería a los postulados de una sociedad libre.

Al respecto, Patricio Aylwin –en entrevista a la revista *Hoy*, 4 agosto 1986– declaró: “la posición representada por la candidatura de Allende estaba, en general, más cerca del ideario demócrata cristiano que la candidatura de Alessandri”.

Esta realidad es muy desconocida para la gran mayoría de los chilenos, que piensa que el PDC es demócrata y es cristiano, y que Eduardo Frei Montalva hizo un buen gobierno.

Otro movimiento que contribuyó en una buena parte al quiebre fue el MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionaria), creado en 1965 en la ciudad de Concepción y que se propuso, desde el comienzo, la conquista del poder total por medio de la fuerza y de la violencia, única ruta para “hacer los cambios”; y de tanta violencia como fuese necesaria para alcanzar la meta.

Su doctrina y sus métodos reproducían por entero los de la Revolución Cubana y hacían de Guevara el modelo cuyo ejemplo correspondía seguir. En su Declaración de Principios dejaron muy claros sus propósitos: “*El MIR rechaza la vía pacífica... Reafirmamos el principio marxista-leninista de que el único camino para derrocar el régimen capitalista es la insurrección popular armada*”. Su tarea era la de construir el socialismo y extinguir gradualmente el Estado hasta llegar a la sociedad sin clases.

GOBIERNO DE LA UNIDAD POPULAR

Finalmente el autor se refiere a la fase decisiva del quiebre, describiendo el proceso revolucionario de la Unidad Popular y la profundización del odio y de la violencia; lo que condujo a una crisis del orden institucional de la República, a un desastre económico y, en definitiva, a la destrucción de la democracia.

Salvador Allende se guió, durante toda su campaña, por la idea de que “el gran objetivo doctrinario de un socialista tiene que ser la construcción del socialismo”; de aquellos denominados “reales”, obviamente.

La meta de Salvador Allende y de su gobierno era “*el socialismo integral, científico, marxista*”, según lo declaró en la famosa entrevista concedida a Régis Debray –a fines de diciembre del año 1970– y que posteriormente dejó de manifiesto, sin muchos rodeos, en su primer mensaje al Congreso Pleno el 21 de mayo de 1971. Su meta era aniquilar las instituciones y principios democráticos tradicionales, abolir la propiedad privada y conquistar el poder total; a fin de ahogar las libertades e imponer un modelo totalitario al estilo cubano, lo que era absolutamente incompatible con el ser nacional.

Desde que asumieron el poder Salvador Allende y su gobierno, usando las armas de la democracia para destruir la democracia, se pusieron manos a la obra para hacer realidad en nuestra patria los postulados del marxismo, partiendo por la abolición de la propiedad privada (Manifiesto Comunista, 1848). Este intento provocó graves consecuencias para el país y lo polarizó como nunca antes.

Reconociendo la confrontación entre sectores de la sociedad y que una enorme mayoría de la civilidad se oponía a su Gobierno, Allende afirmaba que utilizando primero la ley, utilizaría luego la violencia revolucionaria, si fuese necesario.

Recordemos que Allende era miembro del Partido Socialista; partido que en su congreso celebrado en Chillán en el año 1967 declaró:

*“1. El Partido Socialista, como organización marxista-leninista, plantea la toma del poder como objetivo estratégico a cumplir por esta generación, para instaurar un Estado Revolucionario que libere a Chile de la dependencia y del retraso económico y cultural e inicie la construcción del Socialismo.
2. La violencia revolucionaria es inevitable y legítima. Resulta necesariamente del carácter represivo y armado del estado de clase. Constituye la única vía que conduce a la toma del poder político y económico y, a su ulterior defensa y fortalecimiento. Sólo destruyendo el aparato burocrático y militar del Estado burgués, puede consolidarse la revolución socialista”.*

Al respecto, cabe tener presente que actualmente son miembros o afines a dicho Partido muchos de nuestros políticos, congresistas, jueces, alcaldes, académicos, profesionales y otras personas que ocupan posiciones destacadas en el quehacer nacional.

En definitiva, el autor explica las razones que llevaron a las FF.AA. y a Carabineros, muy a su pesar, a intervenir y a asumir el poder político a fin de salvar a la nación. Tales razones están muy bien expuestas en el acuerdo de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973 y en la carta que el expresidente Eduardo Frei Montalva le envió con fecha 8 de noviembre de 1973 al político italiano Mariano Rumor, presidente de la Unión Mundial de la Democracia Cristiana.

Con el referido acuerdo, la Cámara de Diputados reconocía que la reacción civil desarrollada durante tres años para enfrentar al proyecto totalitario del gobierno de la Unidad Popular ya no bastaba, que era necesaria una reacción militar.

Dada esta situación, nuestras Fuerzas Armadas y Carabineros no tuvieron más opción que entrar en escena a fin de evitar que Chile cayera bajo las garras del comunismo y dejara de existir como nación libre, independiente y soberana.

Así, el 11 de septiembre de 1973 –ejerciendo legítimamente el derecho a la rebelión– ellas asumieron el poder político, deponiendo al entonces presidente Salvador Allende, interrumpiendo el proceso de disolución al que se veía enfrentado el país por obra de la ideología marxista, y que estaba provocando una severa fractura entre quienes se alineaban a un lado o al otro del experimento.

Finalmente, en sus conclusiones, el autor nos dice:

“La acción de las Fuerzas Armadas y de Orden, como señala Jaime Guzmán, “nació con plena legitimidad de origen, porque lo ocurrido el 11 de septiembre pasado constituyó el ejercicio legítimo del derecho a la rebelión contra un Gobierno ilegítimo, inmoral y fracasado que, alejándose grave y deliberadamente del bien común, estaba sumiendo al país en el hambre y en el enfrentamiento fratricida””.

Hasta aquí el recuerdo del pasado, que tan bien y en forma tan interesante y amena nos expone el autor en su obra; una obra aguda y polémica, que es fácil de leer y cuya lectura es ampliamente recomendable; especialmente para quienes no vivieron la época de los gobiernos de los presidentes Frei Montalva y Salvador Allende.

II. REFLEXIONES SOBRE EL PRESENTE

A continuación pasaremos a reflexionar sobre el presente y la gravísima crisis que está afectando a nuestra patria. Comenzaremos refiriéndonos, brevemente, al concepto de crisis.

CRISIS

Se define la crisis como una situación grave y decisiva que pone en peligro el desarrollo de un asunto o un proceso; como un cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación.

Las crisis sociales están dadas por un proceso de cambios profundos que amenazan una estructura y que generan incertidumbre en cuanto a su grado de profundidad y a su reversibilidad, ya que no pueden determinarse sus consecuencias.

Durante nuestra historia republicana Chile ha pasado por numerosas crisis, causadas fundamentalmente por políticos que anteponen su ideología o sus intereses personales o sectoriales por sobre la realidad y el bien común, y de las cuales ha salido recurriendo a métodos autoritarios.

Se ha dicho que los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetirla. Actualmente nuestro país está nuevamente atravesando por una severa crisis la que ha sido causada principalmente por el afán de los sectores de izquierda de dismantelar la actual institucionalidad que nos rige.

Los regímenes totalitarios que conocimos en el siglo XX, que impusieron un férreo control sobre la vida de millones de personas, fueron producto de agudas crisis. Hoy podríamos pensar que esto es parte del pasado y que la implantación de regímenes tan aberrantes no es posible en el siglo XXI. Sin embargo, el peligro siempre existe: la tentación totalitaria es grande, las crisis se suceden, la mala memoria de los seres humanos es proverbial, y la creencia de que renunciando a la propia libertad se puede obtener una vida mejor subyace en la conciencia de muchos seres humanos.

Una sociedad en crisis puede ser la antesala de una revolución totalitaria, puesto que una sociedad dividida y en crisis busca la solución de sus dificultades mediante el poder del Estado. Por eso, no debemos descuidarnos; todo es posible en una aguda crisis o en una situación extrema, como se ha podido apreciar a lo largo de la historia. Cuando se produce un vacío de poder, este es muchas veces llenado por un caudillo populista o por un pequeño pero audaz grupo de extremistas violentos.

Pero nuestra principal crisis no es ni política ni económica ni institucional, sino que es una crisis de carácter moral, una crisis de valores: la pérdida o el decaimiento de las virtudes morales de los ciudadanos –de lo cual hay múltiples manifestaciones– y la manera en que se conducen las personas, especialmente aquellas que están en posición de influir en la sociedad.

Esta crisis no es nueva: ya la denunció Enrique Mac-Iver en el año 1900 en su famoso “discurso sobre la crisis moral de la República” y, un cuarto de siglo más tarde, Vicente Huidobro en su conocido “Balance patriótico” en el que denunció la mediocridad y la falta de alma nacional. Por su parte, Gonzalo Rojas Sánchez ha manifestado que hay un “déficit de humanidad; lo que realmente le sucede a nuestros actuales gobernantes es que saben muy poco sobre la persona humana”.

La crisis política y social actual, con sus secuelas de violencia desatada, destrucción, caos y descalabro económico se debe en gran parte a la irresponsabilidad, frivolidad e incapacidad de los gobernantes, de los congresistas y de la clase política en general; que en lugar de establecer buenas políticas públicas y de dictar leyes que contribuyan a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y a corregir abusos e inequidades –y de buscar la forma de solucionar los problemas más acuciantes de la sociedad chilena, teniendo en vista el bien común– han estado preocupados de sus cuotas de poder, de sus privilegios, de aumentar la cantidad de senadores y de diputados, de interponer acusaciones constitucionales, de elaborar leyes de pacotilla en desmedro de otras más acuciantes –tales como la ley “Cholito”, de estacionamientos, de las bolsas plásticas, de la reducción de la velocidad máxima de los vehículos a 50 km/h, etc.– o derechamente nefastas; tales como la “ley indígena”, que dio origen al “conflicto mapuche”; de reforma educacional, que privilegió a la educación superior en lugar de la básica y media; laboral y tributaria, que desincentivaron la inversión –y, consecuentemente, afectaron al crecimiento–; de aborto; de género; del “matrimonio” entre homosexuales; de la legalización de la marihuana; de profundizar la persecución y la venganza contra los militares y policías que se vieron obligados a afrontar la violencia revolucionaria, etc.

Nuevamente la clase política ha llevado a Chile al borde del abismo.

La posibilidad de que repitamos ingratas experiencias está abierta. El empeño en repetir experiencias fracasadas es tan incomprensible como inconmensurable. Al respecto, es preocupante ver a jóvenes líderes de federaciones de estudiantes universitarios gritando consignas tales como: “somos los hijos de Guevara, los hijos de Chávez y Fidel”.

VOCES DE ALERTA SOBRE UN ESTALLIDO SOCIAL

En su libro, editado en septiembre del año en curso, Gonzalo Ibáñez, refiriéndose al desmantelamiento de la República y a la ineludible intervención militar del año 1973, premonitoriamente, en relación con la gravísima crisis que estamos viviendo actualmente, dice: “*Cuando 46 años después, vemos en el cielo de nuestra patria negros nubarrones de tormenta, conviene recordar esa etapa de nuestra historia para que evitemos repetirla*”.

Numerosas otras personas ya habían advertido sobre los “negros nubarrones de tormenta en el cielo de nuestra patria” y la peligrosa tensión social que se estaba incubando, lo que podría provocar un estallido social y que Chile podría terminar muy mal.

Al respecto, el senador Manuel José Ossandón, en el programa de televisión “Tolerancia Cero”, emitido el 6 de octubre de 2013, dijo:

“Vamos a tener, si nosotros no cambiamos como chilenos, un golpe social en un par de años más. Esto porque con el proceso de información, con estos dos Chile que hemos creado –y después de 20 años de Concertación y con nosotros gobernando, hemos sido todos partícipes como sociedad–, o le ponemos el cascabel al gato a los problemas de verdad y no tomamos el Parlamento como una trinchera, sino una forma de acuerdos transversales, o este país va a terminar mal”.

Por otra parte cabría mencionar a Andrés Montero Jaramillo, quien en abril del año 2015 publicó una lúcida columna titulada *Mi pobre país* (diario *Pulso*, 28 de abril de 2015). De ella, como no la podemos leer completa, citaré algunos párrafos :

“Vamos por muy mal camino.

Es una pena, pero quienes tienen la responsabilidad de dirigir el país están desorientados, no tienen las competencias y, lo que es más grave, están destruyendo lo que hemos construido entre todos los últimos 40 años.

Qué hacer, se pregunta la mayoría. Cuando el alma de un país se enferma, la solución es muy compleja. A veces, la gravedad de la enfermedad lleva a experiencias como las de Argentina o Venezuela. Chile parecía haberse despegado de la mediocridad regional, pero los últimos meses han sido terribles. Solo le pido a Dios que no se repita la Unidad Popular. La Nueva Mayoría parece querer recorrer el mismo camino y eso nos debe preocupar a todos. Hemos llegado a un extremo peligroso”.

Pero, tal vez, quien con mayor anticipación y claridad predijo lo que iba a ocurrir, fue el abogado e historiador Gonzalo Vial Correa, quien decía, reiteradamente: *“La única forma de vencer la pobreza es una enseñanza básica y media de calidad. Sin ella no habría cultura, civilidad, vida en comunidad, ni democracia estable, ni desarrollo económico en el país”.*

En una entrevista (2007) Gonzalo Vial señaló: *“El sistema económico liberal ha contribuido al país con importantes progresos, pero que supone la existencia de un mínimo de educación masiva: al menos saber leer y escribir, conocer las cuatro operaciones, poseer hábitos y métodos de trabajo y, como no se tienen, ningún sistema, ni capitalista o socialista, sacará al país del subdesarrollo”.*

Con estos y otros elementos de análisis, pensaba muy posible *“que venga a mediano plazo una verdadera catástrofe social. Mientras el Estado no invierta como corresponde en educación, mientras la pobreza se mantenga en los niveles de este momento, mientras la droga, el alcohol, la promiscuidad sigan deteriorando a la juventud, la crisis tarde o temprano estallará. Espero no verla y me encantaría equivocarme, pero dadas las circunstancias, ¿por qué podría ser de otra forma?”.*

CHILE INDEFENSO

La función esencial del Estado, su primerísimo deber y que antecede a todos los demás, es la conservación del orden público. El orden público es una condición esencial para que las diversas actividades puedan ser desarrolladas con normalidad y tranquilidad; para el progreso de una nación y el bienestar de sus miembros.

Para cumplir tal función y a fin de evitar la guerra de todos contra todos –ya que “el hombre es un lobo para el hombre”; *homo homini lupus*, según la locución latina atribuida a Plauto– el Estado tiene el monopolio del uso de la violencia física legítima, representada por la espada en la tradicional imagen de la justicia; cuya aplicación es muchas veces la única forma de reprimir la violencia ilegítima.

El Estado, como promotor del bien común, no solo tiene el derecho sino que el deber de aplicar la violencia física legítima, si ello es necesario para dar eficacia al derecho y para repeler o neutralizar la violencia ilegítima.

Hemos podido apreciar, durante estos últimos meses, que la comunidad nacional ha estado prácticamente indefensa ante la subversión, el pillaje, el terrorismo, la violencia desenfrenada y los actos vandálicos y de destrucción masiva ejecutados por hordas bárbaras que asuelan el territorio – saqueando, incendiando, obstruyendo el tránsito en calles y carreteras y atemorizando a la población; sin respetar ni siquiera los recintos hospitalarios o los lugares de culto religioso– con absoluta impunidad pues, prácticamente, no ha habido nada que se les oponga.

Esto último, porque Carabineros de Chile, nuestra policía uniformada, ha estado absolutamente restringida para usar sus armas de fuego –tanto por órdenes superiores como por el temor de sus miembros a ser condenados por “violiar los derechos humanos” si las usan–, dándose el absurdo de que los carabineros no se atreven a usarlas ni siquiera en defensa propia y que cuando son agredidos con piedras ellos las recogen y las lanzan de vuelta, o bien se defienden luchando cuerpo a cuerpo con sus agresores. Son miles los carabineros gravemente lesionados. Total, para el gobierno ellos son material de consumo y para el Instituto Nacional de Derechos Humanos ellos no tienen derechos humanos.

Esto ha significado no solo el quiebre del Estado de Derecho y una gravísima violación de los derechos humanos de millones de personas, sino que ha puesto en riesgo el orden institucional, la economía, la estabilidad política de la República y la supervivencia del Estado.

La lenidad de las autoridades para ejercer su función esencial de conservación del orden público se debe, principalmente, al “discurso de los derechos humanos” –promovido por quienes han sido sus mayores violadores en la historia moderna– que se ha convertido en un arma estratégica del comunismo y que ha sido eficazmente utilizada para quitar legitimidad al uso de la fuerza y para desarmar psicológica y moralmente a quienes, por deber de autoridad, están obligados en justicia a aplicar la violencia física legítima del Estado para reprimir a quienes subvierten el orden social; favoreciendo con ello a los subversivos, terroristas y delincuentes comunes.

El Estado ha sido incapaz de precisar la frontera entre el respeto a los derechos humanos y la legítima represión de la delincuencia, la subversión y el terrorismo.

Esta incapacidad se ha visto agravada por la renuencia de las instituciones armadas para tomar parte activa en tareas de orden y seguridad internas propias de las policías, porque si lo hicieren sus miembros podrían ser inicuaamente procesados y condenados a severas penas de presidio por “violiar los derechos humanos”, como le ha ocurrido a sus antecesores que se vieron obligados a afrontar la violencia revolucionaria en 1973 y años subsiguientes.

Por lo antedicho, Chile está prácticamente indefenso ante la subversión y el terrorismo, lo que podría conducir a la consolidación de la revolución socialista y a la implantación de un régimen totalitario en Chile, similar a los de Cuba, Venezuela o la ex República Democrática Alemana.

Para evitar lo anterior es preciso que las autoridades de gobierno competentes repriman con el máximo de rigor los actos subversivos o terroristas, el vandalismo y el pillaje.

A quienes ejecutan tales actos no se les puede neutralizar con buenas palabras o con exhortaciones a la paz. La única forma de hacerlo es mediante la aplicación, enérgica y decidida, de la violencia física legítima, aunque ello acarree el deceso de muchos de quienes ejecutan tales actos.

El Estado no solo tiene el derecho sino que el deber de defenderse, con todos los medios posibles a su alcance, de personas o grupos subversivos o terroristas que pongan en riesgo su supervivencia y la existencia de Chile como una nación libre y soberana.

En circunstancias que los habitantes de nuestro territorio ven gravísimamente vulnerados sus derechos humanos y amenazados sus derechos a la vida, a la propiedad y a la libertad; y que estamos viviendo una revolución y *ad portas* de caer bajo las garras de una tiranía comunista, es preciso adoptar medidas extremas.

Salus populi suprema lex est –la salvación del pueblo es ley suprema– era el primer principio del Derecho Público Romano.

Es completamente irracional sostener que los cuerpos de seguridad del Estado no pueden usar sus armas de fuego para detener una actividad subversiva, terrorista, delinencial que está afectando gravísimamente el orden público y los derechos humanos de la enorme mayoría de la población, y que ha tomado las proporciones de una guerra civil.

La tradición clásica de la filosofía política reconoce dos cosas que los chilenos somos incapaces de aceptar de modo simultáneo. Primero, que la vida humana es sagrada y que bajo ninguna circunstancia puede destruirse deliberadamente una vida inocente. Segundo, que existe la legítima defensa y que la autoridad tiene el derecho y el deber de repeler por la fuerza graves delitos, aunque con ello se corra el riesgo de que pierdan la vida algunos o incluso una cantidad importante de agresores.

Como nuestra historia y la historia universal lo han demostrado, el último bastión de defensa de una nación ante agresiones externas o ante graves situaciones de subversión interna que pongan en riesgo la estabilidad política de la República e, incluso, la supervivencia del Estado, está constituido por sus Fuerzas Armadas y por sus Fuerzas de Orden.

Lamentablemente, tales instituciones fundamentales de la República están debilitadas como resultado de un proceso de destrucción impulsado por los partidos políticos de orientación marxista, quienes están conscientes –como lo han declarado expresamente– que para consolidar la revolución socialista es preciso destruir el aparato burocrático y militar del Estado.

Esta tarea de destrucción de las Fuerzas Armadas y policías la han venido ejecutando, básicamente, mediante dos vías: a) el discurso de los derechos humanos; b) la persecución política en sede judicial que ha sido y que sigue siendo llevada a cabo contra los militares, carabineros y policías que se vieron obligados a afrontar la violencia revolucionaria durante la época del gobierno militar; a fin de destruirle a los militares su capacidad moral para volver a intervenir en caso de que nuevamente se produjesen en Chile situaciones como la ocurrida en 1973.

Un comentario final sobre los actos vandálicos. Al respecto, cabría señalar que las acciones más destructivas contra las estaciones de Metro y los supermercados ocurrieron en los lugares que más afectan a las personas que residen en barrios periféricos o en sectores marginales. Da la impresión de que ello fue hecho premeditado, coordinada y planificadamente, a fin de aumentar la brecha de desigualdad: “ellos tienen y nosotros no”. ¡Qué inteligentes! Todo este caos ha sido urdido por mentes genialmente diabólicas que promueven el odio y la lucha de clases.

III. PROYECCIÓN DEL FUTURO

Finalmente expondremos algunas reflexiones en torno a la proyección del futuro y nos referiremos al proceso constituyente y a las graves amenazas que se ciernen sobre nuestra nación con la dictación de una nueva Carta Fundamental.

PROCESO CONSTITUYENTE

Salvador Allende en su primer mensaje al Congreso Pleno, el 21 de mayo de 1971, dijo: *“Chile tiene ahora en el Gobierno una nueva fuerza política, cuya función social es dar respaldo a las grandes mayorías. A este cambio en la estructura de poder corresponde, necesariamente, una profunda transformación en el orden socioeconómico que el Parlamento está llamado a institucionalizar. De ahí la gran responsabilidad de las Cámaras en la hora presente. Del realismo del Congreso depende, en gran medida, que al legalismo capitalista suceda la legalidad socialista. Para hacerlo posible, es prioritaria la propiedad social de los medios de producción fundamentales. Al mismo tiempo, es necesario adecuar las instituciones políticas a la nueva realidad. Por eso, en un momento oportuno, someteremos a la voluntad soberana del pueblo la necesidad de reemplazar la actual Constitución por una Constitución de orientación socialista”*.

¿Cuál es la necesidad de una nueva Constitución en circunstancias que la actualmente vigente, que ha traído un innegable progreso para Chile es, según lo declaró el presidente Ricardo Lagos Escobar en septiembre del año 2005 –durante la ceremonia de promulgación del decreto supremo que estableció el texto de la Constitución de 1980 refundido, coordinado y sistematizado–, *“una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile. El nuevo texto constitucional se pone a la altura del espíritu democrático de todos los chilenos y hoy el país se une tras este texto constitucional”*?

La única explicación plausible es la pretensión de dismantlar la actual institucionalidad que nos rige, que establece las bases de una sociedad libre y de un orden público económico y sustituirla por otra que establezca una sociedad colectivista, igualitarista y estatista; un sistema que lleva en sí el germen del totalitarismo.

Tal desiderátum se lograría mediante el expediente de cambiar la Constitución Política de 1980 partiendo “de una hoja en blanco” y convertir a Chile en un Estado socialista al estilo de Cuba, de Venezuela o de la ex República Democrática Alemana, completando así la obra que Allende dejó inconclusa.

Al respecto cabría comentar que una Constitución Política surgida en el marco de una gravísima convulsión social y de una violencia incontrolada, que mantenía absolutamente alterado el orden público y que fue iniciada bajo una presión violenta, bajo una verdadera extorsión, sería absolutamente ilegítima y carecería de toda validez: sería “la Constitución de los saqueos”.

PROYECCIÓN DEL FUTURO

En relación con la crisis actual y la proyección del futuro, cabría citar las palabras pronunciadas recientemente por el ministro de la Corte Suprema Hugo Dolmestch: *“Estoy preocupado por la contingencia porque creo que está en peligro la demo-*

cracia y el Estado de derecho. Nosotros estamos viviendo una emergencia, que es una cosa peligrosa, porque si no vamos a tener de nuevo un pronunciamiento militar o una guerra civil”.

A mi juicio, si la gravísima situación de desorden público, de violencia incontrolada, de vandalismo y de pillaje no se soluciona pronto –sumada a la incertidumbre y a la amenaza contra los principios de una sociedad libre que representa la promulgación de una nueva Constitución– Chile podría sufrir una catástrofe política, económica, social e institucional monumental, que en el mejor de los casos nos llevaría a una situación como la de Argentina –pero sin su extensión territorial y riquezas naturales–; en el peor, a una revolución tipo bolchevique y a la instauración del comunismo “puro y duro”, con todo lo que ello significa: esclavitud, genocidio, hambruna y desprecio absoluto por los derechos humanos –que podría serlo con o sin una cruenta guerra civil de por medio, si las fuerzas armadas tomaren partido y se dividieran–; y, en el caso intermedio, a una situación como la de Venezuela.

En todo caso, siempre queda la posibilidad de un milagro.

Al respecto, es preocupante la gran cantidad de extranjeros que están actuando en los desórdenes –probablemente con preparación militar y con apoyo económico desde el exterior– y las toneladas de armas internadas por Carrizal Bajo que no fueron incautadas y que están guardadas “por si las moscas”, según lo declaró Luis Corvalán Lepe.

Finalmente cabría comentar, en relación con nuestra historia, el hecho de que durante las últimas manifestaciones “pacíficas” han sido quemadas iglesias patrimoniales y destruidas imágenes sagradas; decapitados bustos de héroes chilenos; derribadas las estatuas de Pedro de Valdivia, del monumento al soldado desconocido e, incluso, de nuestro héroe máximo, Arturo Prat Chacón.

Un pueblo que olvida su historia, que destruye sus símbolos y que desprecia sus tradiciones es como un cuerpo sin alma.

REFLEXIONES FINALES

En los párrafos con los que concluye su obra, el autor nos dice:

“Todas las aventuras ideológicas en Chile que han puesto en grave riesgo al país, han corrido por cuenta de civiles. Han sido ellos los que, provocando una ruina inminente del país, han obligado a nuestros uniformados a emplearse, como último recurso, para impedir esa ruina.

¿Puede el país embarcarse nuevamente en aventuras ideológicas confiado en que, al final, esas Fuerzas Armadas estarán siempre descontaminadas y prestas para impedir la hecatombe final?

Esa sería la demostración de que nada se ha aprendido en Chile, especialmente por parte de los civiles.

No pongamos, entonces, a nuestros hombres de armas en la necesidad de emplear la fuerza de que están dotados para otro fin que no sea la defensa de la integridad territorial de Chile.

Por eso mismo, para caminar bien orientados al futuro, no perdamos de vista nuestro pasado y roguemos a Dios para que lo ocurrido nos sirva de lección y así nunca más suceda”.

Lamentablemente, otra vez está sucediendo. Nuevamente nuestra patria está al borde del precipicio, en una situación muy comprometida y a punto de ser arruinada; debido, principalmente, al decaimiento moral de personas e instituciones; y a la frivolidad, irresponsabilidad, incapacidad y lenidad de sus gobernantes, congresistas y de la clase política en general.

Al respecto, es preocupante la irresponsabilidad de congresistas que, vulnerando abiertamente normas de la Constitución –que ellos han jurado o prometido respetar–, proponen iniciativas de ley inconstitucionales o que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; tales como aquellas que irrogan o aumentan el gasto público. Nuevamente, como diría Gonzalo Ibáñez, se está “masacrando” nuestra Constitución Política y el Estado de Derecho, lo que contribuye significativamente al proceso de deterioro institucional.

Y también es preocupante el hecho de que debido al “discurso de los DD.HH.” y a la persecución política en sede judicial contra los militares, Chile está prácticamente indefenso ante las graves situaciones de subversión, violencia y terrorismo que estamos viviendo; las que están poniendo en riesgo la estabilidad política de la República y la supervivencia del Estado.

La función esencial de las Fuerzas Armadas –como lo señala expresamente nuestra Carta Fundamental– es la defensa de la patria. Al respecto, cabría formular las siguientes preguntas:

- ¿Serán los mismos políticos que condujeron al desastre que estamos viviendo capaces de sostener al enfermo antes de que se desplome? Dios quiera que así sea.
- En circunstancias que Chile se está cayendo a pedazos y que se están viendo afectados intereses vitales de la patria ¿deben las FF.AA. mantenerse impasibles y como meras espectadoras?
- ¿Le corresponderá nuevamente a las FF.AA. el deber de asumir el control político de la nación antes que nuestra patria entre en una franca y definitiva disolución? ¿Tendrán otra opción?
- ¿Se atreverán a intervenir nuevamente las FF.AA. y Carabineros –lo que dado el nivel de caos y de violencia extrema existente acarrearía, inevitablemente, cientos o miles de muertos– sabiendo que muchos de sus miembros que se vieron obligados a actuar en 1973 y a afrontar la violencia revolucionaria durante los años subsiguientes para salvar a Chile han sido inicua y cruelmente procesados y encarcelados por “violar los derechos humanos”?
- ¿Se atreverán a intervenir nuevamente sabiendo que en Argentina, a pesar de haber cumplido órdenes expresas del poder político que dispuso: “*Las Fuerzas Armadas procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país*”, son miles los militares y policías que están encarcelados por “violar los derechos humanos”?
- ¿Se atreverán a intervenir conociendo lo dicho hace casi dos siglos por Alfred de Vigny en su inmortal obra *Servidumbre y grandeza militares*, en el sentido de que “*cuando el soldado se ve obligado a tomar parte activa en las disensiones entre civiles es un pobre héroe, víctima y verdugo, cabeza de turco sacrificado a su pueblo, que se burla de él. Su existencia es comparable a la del gladiador y cuando muere no hay por qué preocuparse. Es cosa convenida*”?

que los muertos de uniforme no tienen padre, ni madre, ni mujer, ni novia que se muera llorándolos. Es una sangre anónima. Y, cosa frecuente, los dos partidos que estaban separados se unen para execrarlos con su odio y con su maldición”.

¡Qué notable paralelo con nuestra situación actual, donde tanto los partidarios de la Unidad Popular como sus tenaces opositores de entonces no han ahorrado palabras de condena respecto a la actuación de los militares y carabineros que se vieron obligados a afrontar la violencia revolucionaria durante la época del gobierno militar; actuación que evitó el éxito de la subversión y el terrorismo, e impidió las situaciones de desorden, destrucción, pillaje y vandalismo como las que estamos viviendo actualmente; lo que le permitió a los habitantes del territorio nacional desarrollar sus vidas con tranquilidad!

Terminaré mi intervención citando a Albert Einstein, quien dijo que las crisis constituyen una oportunidad, una bendición –que puede sucederle a personas, organizaciones o a países– porque las crisis traen consigo progresos.

Yo comparto solo parcialmente este aserto, pues muchas veces las crisis generan cambios tan profundos que devienen en revoluciones que ahogan las libertades, el progreso y los derechos humanos. El pensamiento de Einstein que sí comparto es aquel que dice: *“Hay dos cosas infinitas: el universo y la estupidez humana. Y del Universo no estoy seguro”.*

ALVARO PAÚL LATORRE

Oswaldo Lira: *Obras Completas*. Ediciones Tanto Monta. Santiago de Chile. 2019, volúmenes II y III.

Con motivo del lanzamiento de los tomos II y III de las Obras Completas del padre Oswaldo Lira, realizado el miércoles 16 de octubre a las 18:30 hrs. en la Universidad San Sebastián, publicamos a continuación las intervenciones que, en dicha ocasión, hicieron quienes se han dado a la tarea de crear la editorial Tanto Monta a la vez que recopilar y editar los libros, artículos, conferencias, etc. del recordado, querido y admirado sacerdote.

PRESENTACIÓN DE IGNACIO STEVENSON

Cuenta una antigua leyenda griega que los habitantes de Frigia necesitaban elegir rey, por lo que consultaron al oráculo. Este respondió que el nuevo soberano sería quien entrase por la Puerta del Este, acompañado de un cuervo posado sobre su carro. El que cumplió las condiciones fue Gordias, un labrador que tenía por toda riqueza su carreta y sus bueyes. Cuando lo eligieron monarca, fundó la ciudad de Gordio y, en señal de agradecimiento, ofreció al templo de Zeus su carro, atando la lanza y el yugo con un nudo cuyos cabos se escondían en el interior,

tan complicado que nadie podía desatarlo. Según se dijo entonces, aquel que lo consiguiese, conquistaría el Oriente.

Al enfrentarse al desafío, Alejandro Magno desenvainó su espada y cortó el nudo mientras decía: *tanto monta cortar como desatar*. Son iguales la una o la otra, pero, como decía un profesor amigo, la historia es tomar medidas.

Al comenzar, hace más de cinco años, una editorial dedicada a la historia y el pensamiento hispanoamericano de corte conservador, todo parecía en contra. El nudo gordiano no se dejaba desatar. Y no por nada, pues el camino hacia Oriente está sembrado de intentos fallidos.

No dudamos que la empresa que comenzamos es de la mayor dificultad. Que exige trabajo, tiempo y sacrificio. No lo dudamos; lo hemos vivido en los cinco años que preceden este momento. Pero no dudamos tampoco sobre la absoluta relevancia que tiene para nuestro continente y, en particular, para Chile. Y la historia es tomar medidas.

Al leer algunas obras históricas de nuestros días, pareciera que las naciones hispanoamericanas son hijas del liberalismo en todas sus dimensiones. Parece que los únicos hombres grandes han sido enemigos de la Iglesia, parece que no existieron tres siglos de conformación cultural e intelectual bajo el signo de *“servicio a Dios y al rey”*, y parece que el pensamiento conservador no ha sido sino un enemigo del progreso y de la libertad.

Cercenar la historia a gusto de la ideología no es sino una traición a lo más hondo de nuestras identidades nacionales. Grave... pues, al decir de Osvaldo Lira, la tradición es la metafísica de las naciones.

No estamos dispuestos a observar sin hacer nada cómo se relega lo mejor de nuestra tradición intelectual. Callar sería consentir en una muerte que rechazamos.

Dieciocho siglos después de Alejandro Magno, los Reyes Católicos asumieron el *Tanto Monta* como lema de su escudo de armas. Bajo ese signo se unieron las coronas de Castilla y Argón, bajo esa consigna se dio alma, lenguaje y fe a las naciones hispanoamericanas, y tal cosmovisión ha pervivido en la tradición de pensamiento más robusta de nuestra historia. Hemos asumido por ello, la consigna como nombre.

La historia es tomar medidas, y esperamos que este modesto aporte signifique un golpe de timón a modos sesgados y prejuiciosos de ver nuestra vida nacional. El ojo ve bien, dice el viejo refrán, si no ve la mente por él.

Hoy ponemos a disposición el primer fruto de nuestro trabajo, y esperamos llenar librerías y bibliotecas de obras de primera calidad intelectual, acabadas con perfección técnica. Que la armonía y la belleza interna se refleje en la hechura de nuestros libros.

Por eso, junto con presentar nuestra intención y nuestro trabajo, pedimos que hagan de esta empresa una tarea conjunta. El trabajo nos lo llevamos nosotros, pero sostener ese trabajo es obra suya. Esperemos que esta editorial sea sólo la cara externa de la entrega generosa de todos quienes están comprometidos con la causa del verdadero progreso, de la libertad, de lo más alto y lo más hondo de nuestra tradición. Estamos en sus manos.

Al decir de don Jaime Eyzaguirre: *“no es posible dar un salto firme, sino apoyados en la hondura de nuestro ser. Porque sólo en la fidelidad se cuaja la esperanza”*.

Muchas gracias.

PRESENTACIÓN DE JOSÉ ANTONIO VIDAL

Han pasado más de 5 años desde que tuvimos la idea, Ignacio y yo, de emprender la edición de las *Obras Completas* del padre Osvaldo Lira, proyecto al que se nos sumó como editor, Vicente Cordero el año 2016.

Esta edición pudo ser concretada gracias a la ayuda de una gran cantidad de personas, incluso de muchas que ni siquiera tenían una cercanía intelectual con el padre Osvaldo. Fueron tantos los que nos ayudaron que temo, por el tiempo que disponemos, no poder hacer justicia agradeciéndoles uno a uno.

Entre quienes nos ayudaron, al menos, quiero destacar a: don José Joaquín Ugarte por haberme recibido desde los primeros meses en que tuvimos esta idea, por haberme dado una valiosísima información sobre la obra del padre Osvaldo y por haberme dado contactos de otros discípulos.

A don Juan Antonio Widow, por haberme recibido tantas veces en su casa, primero en Viña, luego en Linderos, para ayudarme a encontrar escritos del padre, algunos de ellos inéditos o, simplemente para conversar y contar valiosas anécdotas de la personalidad del cura.

A José Luis Widow por habernos ayudado en la labor de edición de ambos tomos.

Por último, me gustaría agradecer a la Universidad San Sebastián, por recibirnos en su casa para presentar los libros. Y a todos los que nos ayudaron de una u otra forma con este proyecto: Cristian Garay, Juan Pablo Barros, Miguel Ayuso, José Enrique Schroeder, entre otros.

Antes de dar los detalles de cómo hicimos esto, quisiera explicar las razones que nos motivaron a emprender este proyecto. Para nosotros era inconcebible que uno de los más grandes intelectuales chilenos del siglo XX, reconocido no solamente en nuestra patria, sino que también en el extranjero, muy especialmente en España, no tuviese una edición de sus *Obras Completas*. El padre Osvaldo tuvo lo que podríamos llamar una mente universal, cultivó los más amplios campos del saber –metafísica, filosofía del derecho, filosofía política, estética, historia, entre otros–, y cada uno de esos campos los trató con una profundidad excepcional. Por este motivo no podía ser que sus valiosos escritos se estuviesen perdiendo en el olvido, en viejas revistas llenas de polvo en las bodegas de nuestras bibliotecas. Editar sus obras completas era un acto de justicia.

Pero no solo fue un acto de justicia, sino un acto de necesidad. Creemos firmemente que la obra del padre Osvaldo, sobre todo para nuestro contexto político e intelectual, es un aporte fundamental. La rehabilitación del concepto de tradición y sus aplicaciones a la situación chilena es relevante en la actualidad ya que a partir de ésta podemos buscar una fundamentación del pensamiento conservador. Lo que Jaime Eyzaguirre y Mario Góngora defendieron en sede histórica, encuentra en Osvaldo Lira sus fundamentos filosóficos.

La edición de sus *Obras Completas* tiene valor, entre otras cosas, por la importancia que tiene para la configuración intelectual de nuestra patria. En ese sentido, tanto para discípulos como para detractores, contar con un cuerpo acabado de su obra escrita significa un aporte en el conocimiento de nuestra historia intelectual. Un personaje imprescindible para entender la tradición conservadora, y, por lo tanto, toda la tradición especulativa chilena.

Paso ahora a describir cómo fue el proceso de edición de estas obras. Este proyecto tuvo dos partes principales: la de recopilar todo lo que escribió el padre Osvaldo y la de edición.

Para la recopilación nos propusimos a juntar todo lo que escribió el padre Osvaldo: libros, artículos, ensayos, polémicas, entrevistas, entre otros. La primera aproximación (y que nos dio un panorama general de su Obra) fue la bibliografía del padre que escribieron Elena Sánchez y Sara López el año 1984. Muy valiosa fuente de información.

De la mano de la bibliografía pasamos varias horas recopilando escritos del padre Osvaldo en distintas bibliotecas. Principalmente las biblioteca del Campus San Joaquín de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Biblioteca Nacional. Ahí desempolvamos viejas revistas como *Estudios*, *Finis Terrae*, *Philosophica*, entre otras. El acceso a los números de la revista *Tizona* lo tuvimos gracias a Gonzalo Letelier y a don Juan Antonio Widow.

A medida que nos encontrábamos con un escrito del padre Osvaldo, lo escaneábamos de manera muy rudimentaria con un celular y luego almacenábamos los archivos en un computador.

La dificultad vino al acceder a artículos que el padre escribió en revistas españolas que no se encontraban en las bibliotecas de Santiago ni en internet. Aquí hago mención especial a Miguel Ayuso, por su paciencia para soportar mi insistencia en constantes mails para que nos ayudara en esta tarea.

Luego vino la tarea de clasificar todo lo que escribió el padre. Como sabrán, la amplitud de temas que trató en su vida hacía poco práctica una división cronológica. Por lo que decidimos dividir sus Obras Completas de manera temática. Para esto dividimos los escritos del padre Osvaldo en dos tipos: los libros unitarios (como *Catolicismo y Democracia*, *El Orden Político u Ortega en su Espíritu*) y los escritos dispersos (por ejemplo: artículos o ponencias). Estos últimos se agruparon en torno a temas (por ejemplo, *Escritos de filosofía política* o *Escritos de filosofía de la Historia*). Luego se dividió cada tomo en base a los libros y escritos manteniendo, o intentando mantener lo más posible, una unidad temática en cada tomo.

Para la parte de la edición se estandarizaron todas las citas de los libros y artículos; se analizaron y se corrigieron algunas. Luego, buscamos traducciones para facilitar la lectura, introduciéndolas en notas al pie de página. Aquí agradecemos las valiosas traducciones hechas del francés por el padre Federico Monckeberg y del latín por Alfonso Herreros.

Finalmente, vino la parte de corrección de los tomos. Menciono nuevamente a José Luis Widow, por la generosa disposición para ayudarnos a corregir minuciosamente ambos tomos. También a Raúl Madrid que nos ayudó corrigiendo *Ontología de la Ley*.

Hemos comenzado la publicación de estas Obras Completas por los tomos II y III, porque el I aún no está listo aún (contendrá *Ontología del Conocimiento*, texto inédito y obra culmen del padre. Osvaldo Lira quiso, durante toda su vida, escribir un tratado sobre el conocimiento, el que consideraba el mayor de los misterios filosóficos. Lo terminó escribiendo y, cuando estaba listo para ser editado, murió. Vicente Cordero terminó con el texto mecanografiado y en estos momentos, está trabajando en el primer tomo, que junto al IV, esperamos publicar el próximo año.

Por último, para acabar, me gustaría retomar algo que dijo Ignacio. Esta obra, como verán, es una obra bien editada. Detrás de cada tomo hay un trabajo de

años y que se extenderá por los años siguientes. Hoy presentamos los primeros dos tomos, pero de un total de 10. Y como muchos podrán suponer, esta empresa tiene costos mayores que los ingresos que genera. Así que insto a ustedes a que compren los tomos, porque la idea es acabar con este proyecto. Aún quedan 8 tomos por publicar.

Eso es todo. Muchas gracias.

IGNACIO STEVENSON
JOSÉ ANTONIO VIDAL

EDICIONES IUS PUBLICUM

- **Ius Publicum – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos, Actualidades, Jurisprudencia, y Recensiones y reseñas bibliográficas (de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual = nacional
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero
 Números disponibles del 8 al 12 \$ 7.500; 13 y siguientes \$ 10.000.

- **Cuadernos IUS Publicum**

Dedicados a temas de derecho público, de carácter monográfico, con un menor volumen de páginas y referidos a la actualidad nacional
 Valor \$ 10.000

- **Conferencias Santo Tomás de Aquino – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza sobre un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
El derecho, un arte de lo justo	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito.	\$ 5.000
Derecho y familia	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña.	\$ 7.000
Los derechos de la persona que está por nacer	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro.	\$ 7.000

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
La mujer ante la sociedad y el derecho	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
Moral y derecho, hoy	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000
Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos	2003 (234 pp.)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica.	\$ 18.500
Sanciones administrativas, camino de servidumbre	2005 (171 pp.)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500
La responsabilidad del Estado-Administración	2006 (156 pp.)	Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Mertehikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
Familia, sociedad y vida	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
Familia, matrimonio y vida	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
Teoría tópica del derecho natural	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
El derecho natural en la realidad social y jurídica	Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.)	Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros.	\$ 26.000
Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500
El poder constituyente entre mito y realidad	Santiago de Chile. 2016 (99 pp.)	Sergio R. Castaño	\$ 9.500

ESTUDIOS

SERGIO RAÚL CASTAÑO: *Las reservas y declaraciones interpretativas frente a los derechos del Estado*

JOSÉ DURAND MENDIOROZ: *El asedio a la familia por la ideología de género. Algunas ideas para la acción*

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ: *El principio constitucional de inexcusabilidad resolutoria*

EDUARDO MEINS OLIVARES: *El recurso de queja y la reforma procesal penal*

EDUARDO SOTO KLOSS: *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*

IN MEMORIAM

JORGE PEÑA VIAL: *Juan de Dios Vial Larraín (10/8/1924-7/11/2019)*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro, *Reflexiones éticas*: Héctor Aguer, Francisco José Delgado, Josep Miró i Ardévol, Álvaro de la Peña, Javier Gutiérrez, Gregorio Luri, Ramiro Mendoza Zúñiga, Jorge Nicolás Lafferrere, Miguel Vinuesa, Juan Manuel de Prada. *Reflexiones fuertes*: María Menéndez, Harald Beyer, Loreto Cox, Alonso Gracián

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, Sala Clementina (Lunes, 25 de junio de 2018). Mensaje del Santo Padre Francisco, III Jornada Mundial de los Pobres, Domingo XXXIII del Tiempo Ordinario (17 de noviembre de 2019). Discurso di Paolo VI ai membri del Pontificio Seminario Lombardo (Sabato, 7 dicembre 1968). La crisis de fe en el siglo XXI: causas y salidas, Mons. Athanasius Schneider. La importancia de la educación en la misión de la Iglesia hoy, Cardenal Robert Sarah

ACTUALIDADES

- I. Orden y desorden (en Chile)
- II. Insurrección revolucionaria
- III. Sucedido en Chile
- IV. Las redes "nómades" y su estrategia rumbo al caos
- V. El complot
- VI. Chile: ¿remate al mejor postor?
- VII. Carabineros de Chile: gracias

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (19.8.2019). Arenera Price Ltda. c/Municipalidad de Hualpén (responsabilidad municipal/Ley N° 18.695, art. 152) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema (22.10.1908). Ochoa con Fisco (responsabilidad del Estado/Fisco) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema (16.9.2019). Paredes Álvarez c/Municipalidad de Quilpué (recurso de protección/igualdad ante la ley) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Tribunal Constitucional. 15 de noviembre 2019. Requerimiento de cesación en el cargo parlamentario (Constitución Política art. 93 inc. 1 N° 14)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS