

IUS PUBLICUM

Nº 45 / 2020



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 45 / 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 - 6º 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 - 6º 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° 45

SEPTIEMBRE 2020

ÍNDICE

ESTUDIOS

FERNANDO MORENO VALENCIA: <i>Reflexiones sobre la democracia, sociedad y valores</i>	9
HÉCTOR H. HERNÁNDEZ: <i>Garantismo abolicionista y falsa compasión</i>	21
SIXTO MIHURA: <i>La violación de la justicia (Apuntes genéricos)</i>	39
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>Aún sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos en el Derecho chileno</i>	47
JOSÉ LUIS LARA A. Y FLORENCIA PORTALES P.: <i>Administración del Estado y Covid-19: Análisis y Crítica</i>	59

IN MEMORIAM

<i>Fernando Moreno Valencia (8.5.1936-10.5.2020)</i>	85
<i>Padre Pedro de la Noi Ballacey (28.6.1935-20.5.2020)</i>	87

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. Reflexiones éticas: Axel Kaiser, Ricardo Escobar, Jorge Bofill, Enrique Navarro Beltrán, Sebastián Soto Velasco, Natalia González, Carlos Peña, Pedro Trevijano, José Antonio Guzmán Cruzat</i>	91-109
---	--------

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco Mensaje a los miembros de la Asociación de Prensa Católica con motivo de la Conferencia de Medios Católicos (30 de junio al 2 de julio) sobre el tema “Juntos mientras estamos separados” 30 de junio de 2020. Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso Internacional “La riqueza de los años”, Sala Regia, viernes 31 de enero de 2020. Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Seminario “Nuevas Formas de Solidaridad”, organizado por la Pontificia Academia de las Ciencias Sociales Casina Pío IV, miércoles 5 de febrero de 2020. Carta del Papa Emérito Benedicto XVI con motivo de los 100 años del nacimiento del Papa San Juan Pablo II, Ciudad del Vaticano, 4 de mayo de 2020. MAGISTERIO EPISCOPAL: Las llagas de Cristo... y de la Iglesia (Mons. Héctor Aguer). Obispos de Estados Unidos a la Corte Suprema: “Nuestro sexo es parte del plan de Dios para la creación y para nuestras vidas”. VARIA: Lo que un católico debe saber sobre el calentamiento global. (Stefano Fontana)	113-134
--	---------

ACTUALIDADES

CHILE. PARTE I: RECUERDOS HISTÓRICOS.....	137
CHILE. PARTE II: LA REVOLUCIÓN DE OCTUBRE DE 2019	145

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (13.4.2020). Namuncura Godoy, Clodomiro c/Superintendencia de Seguridad Social (Nulidad de derecho público acogida/¿imprescriptible?) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	163
Corte Suprema (23.6.2020). Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier (Revocación acto administrativo/improcedencia) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	174
Segundo Juzgado de Familia de Santiago (8.6.2020). Reclamación de filiación de hijo de dos personas del mismo sexo femenino (Comentario de Hernán Corral Talciani)	181
Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019 (25 de junio de 2020). Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830 y de la frase “Siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947	199
Corte Suprema (29.5.2020). Schuster Pinto y otros c/Fisco (condena Fisco por accidente isla J. Fernández muerte ing. Arnolds). Rol 5.572-19, de 29.5.2020 (Nota de Eduardo Soto Kloss)	231
Corte Suprema de Justicia (11.03.2019). Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A. c/Municipalidad de Cerro Navia. Licitación pública declarada desierta/ concesión de servicio público de recolección de residuos sólidos domiciliarios y aseo de ferias (Casación en el fondo - Rol 3032-2018) (Luis Alfonso Herrera Orellana)	260

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE LIBROS	269
EDICIONES IUS PUBLICUM	275

REFLEXIONES SOBRE LA DEMOCRACIA, SOCIEDAD Y VALORES¹

*Fernando Moreno Valencia**

CONSIDERACIONES GENERALES

Desde perspectivas diversas (aunque no opuestas), Pablo VI y Raymond Aron (antes) constataban la doble aspiración a la igualdad y a la participación en la base de la contemporánea (o aun moderna) tendencia a la democracia. En cuanto esta tendencia apunta a una cierta forma (precisa o difusa) de sociedad – “un tipo de sociedad democrática”² (Pablo VI)–, se plantea lo que, en términos generales, afirmaba Santo Tomás de Aquino: “No sabremos cuál es la mejor forma de sociedad, si no sabemos (primero) cuál es la mejor forma de vida para el hombre”³. Virtualmente encontramos ya en este juicio una segunda afirmación del Aquinate, la que constituye como una hipoteca y la norma próxima de toda *buena* sociedad: “La sociedad es para los hombres, y no el hombre para la sociedad”⁴.

Así, la doble “aspiración” a la que hemos aludido viene naturalmente a situarse entre un supuesto antropológico y un fin social dependiendo de ese presupuesto, más bien, al “servicio” de las exigencias que aquel enuncia. Estas exigencias antropológicas son las de la persona (centro de libertad,

N.R.: Agradecemos a la *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, de la Universidad San Sebastián/Concepción, permitirnos publicar este texto, en homenaje a su autor, recientemente fallecido (Vid. *In Memoriam*, en pp. 85-86). Fue publicado en su N° 3/2001, 11-18.

*Profesor de Ética y Filosofía, Decano Departamento de Ciencias Sociales Universidad Gabriela Mistral.

¹Nuestra reflexión (filosófica) se basa en la historia –“maestra de vida”, dice Cicerón (De Oratore, II.)– en los datos de las experiencias recientes (especialmente del mundo latino), en las doctrinas clásicas concernientes a la democracia, y en planteamientos contemporáneos de Pío XII, de Juan Pablo II y Jacques Maritain, en especial. Santo Tomás de Aquino es, también aquí, nuestro patrón.

²Pablo VI, *Octogesima Adveniens*, 24; R. Aron, *Progress and Desillusion*. Gr. Br. Penguin Books, 1968.

³*Ethicorum*, I, 10.

⁴Este juicio fue retomado por Pío XI en su encíclica contra el marxismo: *Societas Homini non homo societati existat. Divini Redemptoris* (1931), N° 29. Véase también, del mismo Santo Tomás, su comentario de la *Ética* a Nicómaco de Aristóteles (*Ethicorum*).

cuya “raíz” es el espíritu⁵, que aspira socialmente a realizar *in commune la buena vida*; buena vida, que es la del pueblo, porque es primero la de la persona, y que se realiza en cada uno de los miembros de aquel⁶.

De este modo, la aspiración a la igualdad y a la participación se lleva a cabo en lo que constituye el fin propio de la buena sociedad, es decir, “al mismo tiempo” en la libertad y la justicia⁷. Más aún, ella no se “justifica”, ni tiene su sentido sino en dependencia de ese fin, en cuanto este está primero inscrito en el ser mismo del hombre, en la razón que lo constituye (Aristóteles), y en la elección entre alternativas (libre albedrío).

Esta perspectiva supone, sin contradicción, que el hombre libre (por naturaleza) debe llegar a ser social e históricamente libre; debe llegar a “ser lo que es” (Píndaro), a “ser más”⁸. “El hombre conquista su personalidad, así como su libertad”⁹. Una tal conquista es lo que se expresa en el desarrollo de las libertades (Aron), o en la misma libertad de desarrollo (del hombre) (J. Maritain). En todo caso, como bien dice Hannah Arendt, la razón de ser de la política es la libertad¹⁰. Es por lo cual “el buen gobernante es el que, por sobre todo, respeta la libertad de los gobernados”¹¹. La “participación”, que es socialmente participación en el bien común (no en cualquier cosa; y desde luego no en una especie de mal común) es, en definitiva, la del hombre libre que ejerce y realiza concretamente su libertad en los diversos y complementarios ámbitos en los que su existencia o su vida desenvuelven. Entre estos ámbitos, como los antiguos griegos (muy especialmente Aristóteles)¹² lo vieron con tanta profundidad, la educación y la economía, por constituir instancias (y la *conditio sine qua non*) del desarrollo humano integral¹³, son también como los pilares de la buena sociedad. Más precisamente la educación opera allí intelect-

⁵Jacques Maritain, *La persona y el bien común*. Buenos Aires, Desclee De Brouwer, sin fecha de edición, 44.

⁶Ver, Jacques Maritain, *L'homme et l'Etat*. Paris, P.U.F. 1965, p. 11.

⁷*Ibid.*, p. 54. “La causa del bien y de la libertad de un pueblo, y la causa de la justicia política están substancialmente ligadas”. Del mismo autor, *Christianisme et Démocratie*. París, Hartmann, 1947.

⁸Como se sabe, Juan Pablo II toma la expresión de Gabriel Marcel (*Être et Avoir*) –y no de Marx como algunos han pretendido, por ignorancia o ideología– pero otorgándole un sentido (y una profundidad) que va desde luego más allá del ámbito existencialista en que el filósofo francés la anuncia.

⁹J. Maritain, *Principes d'une politique humaniste*. París, Hartmann, 1945, Cap. I. Sabemos que las dificultades en el ejercicio de la libertad, en los países que se han recién liberado del yugo totalitario. Ver, por ejemplo, Vaclav Havel, “La política no es deshonestá”. En *El Mercurio* (Artes y Letras), 26 de abril de 1992, p. 6 en particular.

¹⁰*La crise de la culture*, 190. (Ed. Gallimard, Paris, 1972).

¹¹Marco Aurelio, *Meditaciones* (p. 7 de la edición en inglés, The Peter Pamper Press, New York, 1957).

¹²Véase, *La política*, I, 3 y 5; II, 1 y 2; V, 7; VIII, 1 y 2.

¹³Aunque la expresión no es de los griegos, sí la exigencia (y una cierta adivinación) está ya con ellos, sobre todo en Aristóteles. Ver mi capítulo en el libro común (A. de la Barra, J.

tual, moral y causativamente en relación al hombre (porque conforma y capacita al “agente”, y al ciudadano, gobernante y gobernado), y a la sociedad (que depende radicalmente del hombre), mientras la economía lo hace condicional o dispositivamente en relación al hombre, y material causativamente en relación a la sociedad.

De ahí que la frecuente reducción política que nivela sectorialmente (y más allá de lo funcionalmente necesario) la educación y la economía con las otras actividades o “políticas” del “quehacer” público y privado, arriesga (por decir lo menos) ofuscar la prudente y justa percepción de la importancia que tienen aquellas (la educación y la economía) para la buena sociedad. En este plano, socialmente, se juega todo; es decir, la posibilidad para los hombres de llegar a “ser más”¹⁴, de participar en el bien (común) para realizar solidariamente su propio bien; de situarse en la vía de su “desarrollo integral”, para decirlo con Pablo VI y Lebreton, es decir, del desarrollo de todo el hombre y de todos los hombres¹⁵.

Es en el marco de esta exigencia fundamental, y supuesta “la común naturaleza humana”, o el hecho de que los hombres participan de la misma naturaleza, o son entitativamente iguales, donde se plantea, luego, la exigencia social de igualdad. No se llega a determinar en propiedad esta última, si no se asume en el origen la natural igualdad de los hombres¹⁶. No basta, sin embargo, con esta para la justa determinación de aquella igualdad, como tácitamente lo asumía el liberalismo clásico¹⁷. La igualdad social se establece necesariamente en la aplicación de la justicia, y sobre todo (pero no únicamente) de aquella forma de justicia que, por estar esencialmente ligada al bien común, y a la ley que ordena la sociedad (justicia legal o general), regula todas las expresiones particulares de la misma justicia¹⁸, y asegura así la proporción que lleva a dar a cada cual lo suyo, lo que le corresponde. En este sentido, el igualitarismo utópico,

Rodríguez y F. Moreno). *Calidad de vida* (Santiago. ICHEH, pp. 89-175). La expresión “humanismo integral” es de Jacques Maritain (1933).

¹⁴En la expresión frecuentemente en Juan Pablo II. Aquí –al revés de lo que ocurre en Marx– el ser no excluye el tener: lo proporciona y regula instrumentalmente.

¹⁵El desarrollo de cada uno pasa por el de cada otro; no me desarrollo solo (al revés, esto lleva, en el vicio del egoísmo, a un subdesarrollo antropológico); me desarrollo con los otros. A tal punto el hombre es radical y naturalmente social (*naturaliter homo est animale sociale*). Santo Tomás de Aquino, *Ethicorum*, I 1,4). De Pablo VI, ver, *Populorum Progressio*, N° 14; de Louis Josep Lebreton, *Dynamique concrète du développement*. París, Economie et Humanisme, Les Editions Ouvrieres, 1961, p. 28.

¹⁶Más aún cuando se refuerza esta verdad de razón con el dato y principio de fe, que nos revela la unidad de origen (Génesis, I, 26-30); la unidad de “filiación” (San Juan, Prólogo del Evangelio), y la unidad de “destino”, que San Agustín resume en un breve juicio: “Nos has hecho, Señor para ti...”. *Confesiones*, I.

¹⁷En, Adam Smith, por ejemplo. Ver, *An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of nations* (1776).

¹⁸Ver, Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, qq. 58 y 61. Esencialmente desde Pío XI (*Quadragesimo Anno*, 1931), el Magisterio eclesial acuñó el término “justicia social”,

y el igualitarismo marxista (que en vez de “superar científicamente” la utopía, como pretende, la agudiza)¹⁹, mitifican la natural aspiración a la igualdad, al separarla de la libertad y de la misma justicia (la que para Marx es “moral burguesa”, o “la idea fija del señor Proudhon”)²⁰; o al deducirla directamente de una cierta idea de “naturaleza” humana (aun si la justicia sea, por otro lado, abundantemente invocada)²¹.

La participación, como el ejercicio de las libertades, supone y exige la justicia; supone también la ley humana (que debe ser justa para ser tal) (San Agustín, Santo Tomás), y exige su aplicación. La igualdad de naturaleza es el presupuesto antropológico de la participación, allí donde la igualdad social es su “resultado”. La participación es condición necesaria del ejercicio de las libertades, el cual supone tanto la igualdad de naturaleza (norma remota) como la igualdad social (norma próxima), y, más ampliamente, la aplicación estructural (legal o institucional) y funcional de la justicia. La libertad sin justicia, en la realidad social e histórica, se convierte en libertinaje; la justicia sin libertad es la peor de las injusticias, puesto que si el hombre es un “centro de libertad”, lo primero que le es debido (en justicia) es el otorgamiento de las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas del uso de su libertad²². Separar libertad y justicia conduce (y ha conducido histórica y contemporáneamente) a la opresión política, física y psíquica totalitaria (caso del marxismo)²³, y a la degradación social, cultural y ecológica (caso del “capitalismo salvaje”)²⁴. En el primer caso, se ha inmolado la libertad en aras de la justicia; en el segundo, la justicia en aras de la libertad. Esta constatación no nos lleva, de ninguna manera, establecer una paridad “valórica”, entre justicia y libertad; por consiguiente, tampoco a avalar esa especie de justiciero ramplón o ideológico, en el que la justicia (la jacobina, la bolchevique o la farisea) se convierte en la *ratio* única y dominante (a expensas de la libertad y de la prudencia; y desde luego la misma justicia, en lo que realmente ella es) de la existencia social; o aun en una norma *normans*

el que, independiente de la cuestión de su equivalencia nomenclacional con los de justicia legal o general, ha venido a reemplazarlos.

¹⁹Ver, Fernando Moreno, *La herencia doctrinal y política de Karl Marx*. Santiago, Ed. Salesiana, 1979, 35-84.

²⁰K. Marx, *La misère de la philosophie*. París, Les Editions Sociales, 1972, 127.

²¹Ver, P. J. Proudhon, *Oeuvres choisies*. París, Gallimard, 1967, 53, por ejemplo.

²²Hemos desarrollado ampliamente todas estas cuestiones en tres libros y tres artículos: *Lo cristiano y la política* (Santiago, Ce-Elle, 19), *Iglesia, política y sociedad* (Santiago, Ediciones de la Universidad Católica, 1988) y *Libertad y desarrollo del hombre* (Lima, Ed. VE, 1990); “Democracia y desarrollo”. En *Tierra Nueva* (Bogotá), N^{os}. 25, 26 y 27, 1978, 5-28, 5-24 y 5-18, respectivamente; “Una concepción humanista del desarrollo”. En *Proyecto de liberación* (Buenos Aires), N^{os}. 15 y 16, abril de 1976, 4-10, y “Desarrollo y calidad de vida”. En *Notas y documentos* (Caracas), N^{os}. 19 y 20, julio y diciembre de 1989, 31-51.

²³Ver, Juan Pablo II, *Centesimus Annus* (1991), y de A. Soljenitsin, *Archipiélago Gulag*.

²⁴En la expresión de Juan Pablo.

que opera como la espada que, detentada por los “justos”, se aplica a los “malvados”, a los “otros” (a los que se “portaron mal”, según los cánones de la ideología o de los meros intereses políticos). Una tal manipulación maniquea y farisaica de la justicia²⁵, que lleva a alterar toda la vida social de un pueblo, constituye una manifestación de la misma justicia y una grave alteración del bien común. En efecto, es este mismo bien (que es fin, norma y tarea de la sociedad)²⁶ el que, a partir de su fundamento antropológico (la persona humana), implica en su estructura moral (y política) la primacía absoluta de la libertad (en cuanto esta se confunde, en definitiva, con el bien mismo del hombre, y es más allá de la capacidad de elegir, identificación con el bien)²⁷. Es también la primacía del amor (San Juan Evangelista; San Juan de la Cruz y de su proyección en la de la amistad cívica (Aristóteles), o en la de la fraternidad social (Maritain). El amor es a tal punto la causa más propia de la libertad, que llega a confundirse con ella: “Ama y haz lo que quieras”, dice San Agustín²⁸. Aquí se va más allá de la justicia, pero no se la suprime; al revés, el amor “energiza” y profundiza su aplicación, y su mismo carácter de condición necesaria para el ejercicio de las libertades²⁹.

Tratemos ahora de situar, en un plano de mayor concreción, los principios y “aspiraciones” que acabamos de considerar. Dos interrogantes nos servirán como “trampolín” para nuestro análisis: ¿hasta qué punto las aspiraciones del pueblo³⁰, y su fundamentación “valórica” (como suele decirse), se expresan políticamente de manera adecuada, en la elección de gobernantes? Y, ¿en qué medidas estos (y los “políticos” más ampliamente) acogen o asumen dichas aspiraciones y su fundamento moral en su “praxis” (Aristóteles) política?

La respuesta al primer interrogante supone una referencia a dos “factores” condicionantes, o aun causativos de la justa elección: El sentido natural del bien y la verdad, que no reside en el pueblo sino en cuanto reside en cada hombre; al menos como una “chispa” (Sócrates), o como

²⁵El caso chileno constituye aquí la mejor ilustración del problema. En particular desde mediados de los setenta, por parte de la izquierda, civil y eclesíastica.

²⁶Ver, Johannes Messner, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, Madrid, Euroamérica, 1959.

²⁷Para un análisis más completo, ver F. Moreno, *Libertad y desarrollo del hombre* (ref. dada).

²⁸Y es que el verdadero amor es siempre y necesariamente amor del bien. Ver Jacques Maritain, *Carnet de Notes*. París, Desclée De Brouwer, 1965, 302-314. De San Agustín, *Cathechizandis Rudibís*. IV, 7.

²⁹Para la paz, en el sentido agustiniano de quietud del orden (*tranquillitas ordinis*), ver Juan Pablo II. *Dives in misericordia* (1980), 4, y Pablo VI, *Peregrino de la paz*, Santiago, ICHM, 1977. No es por nada que Santo Tomás incluye el análisis de la paz en el tratado sobre la caridad (amor que tiene en Dios su fuente; y que es Dios mismo) de la *Suma de Teología*, y no en el de la justicia. Ver, II-II, q. 29, aa. 3 y 4.

³⁰En el sentido políticamente propio, que comprende a toda la comunidad nacional. Es el sentido que asumió Lincoln en su definición de la democracia.

una orientación de base a lo que le conviene. Y los condicionantes culturales³¹, informativos (e interpretativos) y propagandísticos, en los que todos (más o menos) estamos hoy como sumergidos.

Aristóteles, Séneca, San Agustín, Santo Tomás, y, a su manera Maquiavelo, constataban la mayor frecuencia del mal, que del bien en la especie humana³². Nuestra experiencia contemporánea, lejos de desmentir estas afirmaciones, las confirma. Lógicamente se debe deducir de aquí que el natural sentido (y disposición) del pueblo, y de cada uno de sus miembros al bien y a la verdad (al bien común y a la verdad sobre la buena sociedad y el buen gobierno), no opera ni automática ni infaliblemente.

Sabemos que el “buen salvaje” de Rousseau no existe, no ha existido nunca, ni podrá jamás existir³³. Pero también sabemos que el hombre no es radicalmente (en la raíz de su ser) malo, como lo pretendieron Maquiavelo y Hobbes³⁴.

En todo caso, no hay duda que, si bien no *ad infinitum*, como lo piensa Maquiavelo, el hombre es particularmente maleable³⁵; por el bien y el mal, por la verdad, el error y la mentira (engaño). La manipulación e instrumentalización del pueblo –ya “masificado”, en gran medida, en varias de las modernas democracias³⁶– es hoy un hecho corriente. Sus agentes se encuentran entre los educadores (a todos los niveles), entre los “artistas” (Nietzsche)³⁷, semipolíticos y casi intelectuales (Aron), entre los “responsables” de los medios de información (sobre todo los iniciados a la hermenéutica)³⁸, en los propagandistas (del ámbito político), casi sin excepción, así como entre los políticos (de partido u otros), donde la

³¹“...¡qué difícil es liberarse de los esquemas culturales que tienden a imponer el ambiente contemporáneo”. Henri-Irenee Marrou, *S. Agostino e la fine della cultura antica*. Milano, Jaca Book, 1987, 88.

³²Ver, por ejemplo, San Agustín, contra Iulianum, V.

³³“Nadie es más dulce que él (el hombre) en su estado primitivo... el hombre es naturalmente bueno”. *De l'inegalité parmi les hommes*, I y II.

³⁴*Homo homini lupus*, decía este último. Ver *De Cive* (Carta dedicatoria) (1642), y, de Maquiavelo, *Discorsi sopra deca di Tito Livio*, I, 3 y 9. “Maquiavelo sabe que los hombres son malos, pero no sabe que su malicia no es radical...”. J. Maritain, *Principes d'une politique humaniste*, 155.

³⁵Cf. Leo Strauss. *¿Qué es la filosofía política?* Madrid, Guadarrama, 1970, 54-77.

³⁶Pío XII distinguía entre pueblo y masa, a propósito de la democracia (Ver Radiomensaje de Navidad, de 1944).

³⁷Algunos novelistas (a quienes en cierto sentido se debiera designar más bien como cuentistas), y desde luego, todos los modernos sofistas. En cuanto a los “artistas”, ya La Rochefoucauld, en su *Máximas*, antes que Nietzsche, constataba que “en todos los oficios cada uno afecta una cierta fisonomía y un exterior, para parecer lo que quiere que de él se piense o se crea. Así, se puede decir que el mundo no se compone sino de fisonomía” (256). De Nietzsche, ver *Ainsi parlait Zarathoustra*. París. Gallimard, 1971, 82.

³⁸Ilustremos con “grandes” diarios: *Le Monde* (Francia), *La Repubblica* (Italia), *El País* (España). También canales de televisión, como el 7 en Chile, no podrían omitirse de la “lista de honor”.

demagogia abunda como la cizaña en el trigo, o casi como las piedras en el pedregal... Esta operatividad lleva a ofuscar la visión (intelectual) y a entabrar el justo discernimiento que están en la base de la indispensable prudencia³⁹. Generalmente, el ofuscamiento de la inteligencia permite que esta facilite (por defecto u omisión) el peso desproporcionado del instinto, de la emotividad y, en general, de las pasiones que han dejado de ser reguladas por la razón y asumidas en las virtudes. Un círculo vicioso viene entonces a fijar la incapacidad individual y colectiva de actuar políticamente según las exigencias del bien común y para la buena sociedad, en la que cada hombre realiza su propio bien. Así, al menos en este campo (el de la vida política) y en nuestro tiempo, la afirmación de que el pueblo necesariamente no se engaña, delata su falacia, y es tal vez un mito⁴⁰. Todos los hombres, considerados individual y colectivamente, pueden errar o engañarse; y de hecho se engañan⁴¹. En este sentido, aun el juicio de Montesquieu: "El pueblo es admirable para elegir a aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad"⁴², debe ser entendido no como una afirmación *de iure*, sino simplemente como la constatación empírica de una mayor frecuencia (*ut in pluribus*), en un tiempo y una situación (la de Francia) de injusticias objetivamente graves, generales y manifiestas, y experimentadas o aun percibidas como tales⁴³. Esta inmediatez⁴⁴ perceptiva (individual y colectiva) ha sido alterada en nuestro tiempo por el embotamiento sico-masivo-consumístico del pueblo en las modernas sociedades democráticas (en general; no solo latinas), y por la operatividad de los diversos agentes (ante aludidos) que, como representantes de la "cultura dominante", se instalan y operan como mediadores e "intérpretes" entre el pueblo y su bien. Las aspiraciones del pueblo sufren así una especie de infiltración que interfiere y altera su capacidad para determinar al buen gobernante (representante y delegado suyo, al menos en principio a partir de la norma del bien común y para su mismo bien. Lo que está en juego, fundamentalmente, se refiere a la verdad y al bien (político, en particular) y a su "capacidad electiva", si pudiera decirse. En todo caso, la capacidad de elección de agentes idóneos por parte del pueblo, así como la capacidad de "traducción" práctica del bien común

³⁹El juicio cívico o político es un juicio práctico.

⁴⁰"Nada se asemeja tanto al pensamiento mítico como la ideología política". Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie Structurale*. Cit. en Gianni Vattimo, *La sociedad transparente*. Barcelona, Paidós, 1994, 122. Para la noción de mito, ver Mercia Eliade, *Aspects du Mythe*. París, Gallimard, 1963, 15-53, en especial.

⁴¹Las insospechadas reacciones electorales en provecho de antiguos miembros de la "Nomenclatura" comunista (Ver, Michael Voslensky, *La nomenklatura*. Belfond, 1980), en los países hasta ayer dominados por esos mismos "agentes", ilustra penosamente lo que señalamos.

⁴²*L'Esprit des lois*, II, 2. Cursivas nuestro. Nótese que el texto no habla de necesidad, y se refiere solo a parte de la autoridad que reside en el pueblo.

⁴³Ver, Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, en general.

⁴⁴Que supone el sentido común.

por parte de aquellos, distan mucho de la contemporánea “exigencia” democrática considerada en sus principios y normas, e hipoteca gravemente la misma vida democrática.

Ahora bien, independientemente de la manipulación que denunciarnos, y contra las suposiciones hoy dominantes –carácter demagógico y relativista–, digamos que, ni *de iure*, ni *de facto*, el pueblo es el “oráculo de la verdad” y que, por consiguiente, no se recurre a él para conocer el bien, o para superar al respecto nuestra ignorancia (o, más bien, la de los gobernantes “en potencia” o en “acto”...), sino “porque sabemos que la misma verdad y el bien nos dicen que el pueblo tiene derecho a autogobernarse”⁴⁵. Esto no excluye, desde luego, el que el pueblo pueda efectivamente (*de facto*) asumir y expresar las exigencias de la verdad y e bien políticos, en determinados momentos históricos, especialmente en tiempos de crisis grave.

En cuanto al segundo interrogante que hemos enunciado, sería difícil, en primer lugar, desconocer la distancia o el *hiatus* que existe entre las aspiraciones profundas del pueblo y los valores en ellas subyacentes, por un lado, y muchas formulaciones programáticas y líneas de acción o “políticas”, por otro. Demasiado a menudo, los intereses del “partido” suplantán al bien común. La “idea” que pueda tener el pueblo de la proyección concreta (y a menudo técnica) que debiera traducir sus aspiraciones y los valores en que se basan, no debe, de suyo, imponerse normativamente al político, o al gobernante. Mas, estos sí deben “registrar” y considerar de alguna forma ese dato, y aun asumirlo positivamente si contribuye a la realización de los objetivos que traducen el fin de la sociedad (bien común), en un momento dato⁴⁶. El problema de la capacidad que tienen políticos y gobernantes para asumir en lo posible las aspiraciones del pueblo y sus valores, se presenta cuando aquellos “agentes” se dejan llevar no

⁴⁵Jacques Maritain, *On the Use of Philosophy*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1961, 21. Es indudable que la manipulación del pueblo (manipulación política, a menudo ideológica), es favorecida por las situaciones de miseria, de explotación, de injusticia, en que suelen encontrarse muchos. Es este, como lo viera Pablo VI el terreno propicio para engendrar o apoyar los diversos mecanismos profanos que dinamizan a las ideologías. Los grandes especialistas en la manipulación a que nos referimos, han sido los marxistas; lo cual se entiende si se piensa que es en ellos donde mejor se dan las dos condiciones (revolucionarias) que enunciaba Dostoievsky; carencia de espíritu y exceso de energía. Ver *Los hermanos Karamazov*, XII, 6.

⁴⁶Se asume así la sabiduría del sentido común o del buen sentido, y eventualmente, también en el ejercicio de las virtudes en miembros del mismo pueblo. En el discernimiento que todo implica no hay en definitiva sino una norma: la verdad que exige el bien común. Desde luego que esta verdad no cae como un aerolito desde la bóveda celeste (aunque sí, en otro sentido, viene del cielo...). Ella se encuentra, en su unidad y en su diversidad, como decantada y acumulada históricamente en la cultura de un pueblo. Es por ello que la historia es “maestra de vida” y, el político o gobernante justo y prudente debe respetar y asumir lo que podríamos designar como el “sentido literal” objetivamente dado, en sus proyectos, políticas, programas y actitudes (veraces, dóciles y humildes).

por el bien común⁴⁷, sino por el poder o por los intereses individuales o de grupo (generalmente de partido). En este caso, más que una interpretación particular del bien común, en principio legítima, se lleva a cabo una suplantación de dicho bien. Este –dada la radical orientación de la voluntad humana al bien⁴⁸– no deja de ser “requerido”, y es siempre, de una u otra forma, referido o invocado; lo cual viene a ser, en la expresión de La Rochefoucauld⁴⁹, como el homenaje del vicio a la virtud. Entonces, el bien, y más precisamente el bien común, se convierte fácilmente en ideología⁵⁰, es decir, en instancia de encubrimiento y de justificación de intereses (que pueden ser o no específicamente políticos)⁵¹.

En la tradición histórica de las ideas, hay dos maneras privilegiadas en las que se expresaron los aspectos característicos de la lógica a que aludimos: la de Maquiavelo (1469-1527), y la de Marx (1818-1883). La primera (que se radicaliza filosóficamente en Hobbes), es fundamentalmente la lógica del poder (que no excluye el interés: lo supone). La segunda (que depende de la filosofía hegeliana), es la lógica del interés (que no excluye el poder: lo exige).

En la política contemporánea, especialmente en los agentes políticos de las modernas democracias –con excepciones tanto más notables y loables, cuanto más implacable es el condicionamiento en que se insertan– convergen ambos aspectos: el interés y el poder, en un dinamismo (“politiquero”) que suele operar, para los pocos buenos políticos que sigue en su lucha a contracorriente, como un factor distractivo, y tal vez a veces disuasivo. La mayoría, en todo caso, practica e impone la lógica de la *comprissione*, del indebido *bargaining* (“mercadeo”), del reparto de

⁴⁷León XIII, *Rerum Novarum*, N° 55 (Numeración antigua); Pío XI, *Quadragesimo Anno*. N°s. 79 y 80; Pío XII, “Radiomensaje del 1 de junio de 1941”, Juan Pablo II, *Redemptor Hominis*, N° 17.

⁴⁸Lo que hace que aun al mal se le quiere “bajo razón de bien”. Ver, Santo Tomás, *Suma de Teología*, I-II, q. 8, a. 1.

⁴⁹De quien la tomó después Voltaire, ver *Maximes*, 281.

⁵⁰Hemos tratado *in extenso* sobre la ideología, en nuestro libro *Utopía, ideología y totalitarismo* (Santiago, Editorial Andante, 1987), y en nuestro artículo, sobre “La función social de las ideas”. En *Tierra Nueva* (Bogotá), N°s. 36 y 37, 1981, 58-71 y 54-71, respectivamente.

⁵¹La noción (psicológica) de interés implica una relación a la vez subjetiva y arbitraria con el bien. De ahí que si “el interés se sirve de cualquier virtud, y de cualquier vicio”, en definitiva “las virtudes se pierden en el interés como los ríos en el mar” (La Rochefoucauld, *Maximes*, 253 y 171, respectivamente). Se entiende, entonces, que “el interés utilice todo tipo de lenguajes, y represente toda especie de personaje, aun la del desinteresado”. *Maximes*, 39. El interés supone que el sujeto determina “libre” y “autónomamente”, es decir, arbitrariamente, el objeto (y “bien”) al que tiende. Así, el interés es siempre mi o nuestro interés. Nietzsche va a reducir, descaradamente, la virtud al interés, a “nuestras inclinaciones más secretas y más caras, a nuestras aspiraciones más ardientes”. *Más allá del bien y del mal*, VII (214).

cargos y prebendas⁵². La corrupción (moral) no está solo en la conclusión o en las consecuencias de esta lógica: es como su “alma”⁵³.

En cualquier caso, la lógica del poder y del interés conduce a una concepción y a una “praxis” patrimoniales o propietarias en relación a “la cosa pública” y al Estado⁵⁴. El gobernante, sus secretarías y sus partidarios, a menudo se arrojan, *de facto*, la posesión y disposición de los medios y patrimonios “públicos” para recompensar a los “suyos”, reforzar su poder y aplicar sus “recetas”. Como el “patrón del fundo”, se sienten autorizados a hacer todo y cualquier cosa con lo que, en realidad, es patrimonio de todo un pueblo, y constituye un legado histórico que debe ser preservado y transmitido. Parafraseando a Edmund Burke, digamos que entonces, los intereses del “partido victorioso” se ponen por sobre los “principios” de la “Constitución”⁵⁵.

Se pervierte así la operatividad servicial, orientadora y administradora de los gobernantes (y de los políticos, en general); los cuales en vez de servir al pueblo en el bien común, se sirven de él⁵⁶. Esto se traduce en una especie de incapacidad estructural (y habitual)⁵⁷ para acoger, y más aún para asumir las aspiraciones justas del pueblo en sus valores subyacentes. La lógica del poder y del interés es esencialmente relativista (en moral), puesto que al descartar el bien (común), se priva de la causa propia de la permanencia (*supra tempus*) y universalidad de la norma. El Estado puede, por consiguiente, llegar a convertirse en fin para sí mismo⁵⁸. Por allí, en vez de ser el primer sometido a la ley (condición de su normal y legítimo

⁵²Además del establecimiento de innecesarios cargos, allí donde no existían: en la administración pública; en la diplomacia (alguna embajada, o algún consulado...).

⁵³La corrupción ha sido espectacular en el caso italiano. Pero solo por torpeza, por hipocresía o por ideología, se puede desconocer su gravedad en el caso chileno. En España y Francia también ha acompañado a la administración “democrática” (socialista). Así, demasiado a menudo, la política es “el instrumento con el que una ficción, la de los que detentan el poder, se reparte en beneficio propio los recursos públicos”. Paola Viola, *E legale perche lo voglio io*. Bari, Laterza, 1994, 39.

⁵⁴Aquí convergen la simple ambición de poder y el espíritu totalitario. Cualquier medio será “bueno” para descartar los obstáculos en el camino... Se apunta así a igualar el poder y la voluntad (de dominio) (Burke); es decir, a concretar políticamente la “voluntad de poder” (Nietzsche).

⁵⁵*On the Revolution in France*. N.Y. Collier, 1937, p. 269.

⁵⁶“La política genuina, la política merecedora de ese nombre... consiste sencillamente en servir a quienes nos rodean, servir a la comunidad, y servir a los que vendrán después de nosotros”. V. Havel, *op. cit.* “La política no es deshonesta”, p. 7. En *El Mercurio* (E). Santiago, 26/IV/92.

⁵⁷“Se llama *habitus* el ordenamiento según el cual está bien o mal dispuesto, sea en relación a sí mismo o a otra cosa...”. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Cit. en, Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 49, a.1.

⁵⁸Aberración que denuncia Jacques Maritain: “...el hombre no es bajo ningún respecto para el Estado. El Estado es para el hombre... las funciones estatales están al servicio del cuerpo político, y no el cuerpo político a su servicio”. *L’homme et l’Etat*, 12.

estatus; y de su normal y legítima operatividad)⁵⁹, es solo quien impone la ley al pueblo, excluyéndose él mismo (*de facto* y, al límite, *de iure*), como “objeto” de su control y aplicación. Es lo que propiciaba Hobbes, quien no es solo, a nuestro entender, el más “legítimo” de los padres del absolutismo –por sobre Maquiavelo o Bodin–, sino el primer “artesano” del totalitarismo. “Nadie tiene por qué averiguar si una acción será buena o mala, sino aquellos a quienes el Estado ha encargado interpretar sus preceptos”, dice Thomas Hobbes. Y precisa, luego, que “las leyes civiles (para dar una definición de ellas) no son sino órdenes y edictos publicados por el soberano para normar las acciones de los particulares”. Pero “el Estado no está de ninguna manera obligado por sus leyes, puesto que nadie se obliga a sí mismo”⁶⁰. Se entiende el juicio de Benjamin Constant: “Hobbes (fue) el hombre que más ha reducido el despotismo en sistema... (al) reconocer la soberanía como ilimitada...”⁶¹.

Hemos hablado de lo bueno y de lo malo. Así reflejamos la condición humana, y cumplimos con la sabia exhortación del Aquinate: Al mismo tiempo hay que recordar lo bueno, y denunciar lo malo que a ello se opone.

⁵⁹Sin cuyo sometimiento simplemente el gobernante no es tal.

⁶⁰*De Cive*. Prefacio, VI, 9 y XII, 4, sucesivamente. Véase, también, *Leviatán*, II, 26.

⁶¹*Principios de política*. Cap. I. Cit. en O. Godoy, *Selección de textos*.

GARANTISMO ABOLICIONISTA Y FALSA COMPASIÓN

Héctor H. Hernández*

SUMARIO: 1. Un dilema. 2. El ejemplo del puñetazo en la mesa. 3. ¿Está bien o está mal lo que hizo el chico? 4. Decime completo dónde ocurrió. 5. ¿Hay que hacer algo o no? 6. “Lo suyo” de muchos. 7. Lo contrario de un premio. 8. Una pena. 9. Lo justo penal “entero”. 10. Proporciones (justas penas). 11. Fin retributivo de la pena. 12. Los demás fines. 13. Garantismo abolicionista. 14. ¿Qué es? 15. Obedece a un movimiento universal. 16. Escuela solidarista argentina. 17. Esquema: (A) Proposición estimativa: “ilegitimado”; (B) consecuencia práctica normativa: “hay que abolirlo”; (C) ¿Cómo? 18. El cuestionamiento de la distinción bien-mal se mantiene, pero invertidos los términos. 19. *Rechinan sus dientes*. 20. El Plan de lucha. 21. Táctica. 22. Bibliografía. 23. De la (falsa) compasión a la inmoralidad lisa y llana. 24. Algunas técnicas. 25. Dogmas que ha instalado en el derecho argentino. 26. Resultado. 27. ¿La Justicia penal es incompatible con la Misericordia? 28. El resentimiento. 29. A qué se oponen los resentidos de la “falsa compasión”. 30. La nueva religión. 31. Respuesta a Juancarlitos. 32. La respuesta del padre Lattanzio.

Escribe el cardenal Ratzinger que
“el hombre que entiende la libertad
como puro arbitrio, el simple hacer
lo que quiere e ir donde se le antoja,
vive en la mentira”. ¿Y por qué será
que vive en la mentira?
—Contesta: “pues por su propia
naturaleza forma parte de una
reciprocidad, su libertad es una
libertad que debe compartir con los
otros; su misma esencia lleva consigo
disciplina y normas; identificarse
íntimamente con ellas, eso sería
libertad”
(Jesús de Nazareth).

*Autor de los libros *El Garantismo abolicionista* (Marcia IPons, 2013), e *Inseguridad y Garantismo abolicionista - Bases para la reconstrucción de la ciencia penal* (Cathedra, Buenos Aires, 2017).

Santa María de la Alameda, España, 5 de mayo de 2020.

Correo electrónico: hectorhumbertohernandez@gmail.com

1. UN DILEMA

Al plantearse si la destrucción de la justicia penal es un caso de falsa compasión con el prójimo, la respuesta parece evidente: siendo la pena un mal, pues de otro modo no es pena, parece que hacemos un bien evitándole al delincuente el delito.

Pero esto es una cierta especie de sensiblería desigual, porque piensa solo en el presente, en el momento en que viene la reacción de la sociedad contra el delincuente; y desigual también porque no piensa en las víctimas, en la comunidad política, y, en definitiva, tampoco en el delincuente... Digo en el *verdadero bien* del delincuente.

Pero tengo una duda sobre el punto: ¿es una cuestión de compasión sensible, superficial y sensiblera, con el prójimo, o esto mismo implica otro fenómeno psicológico, político y teológico, que va más allá, que entiende la libertad del hombre desligada de toda norma, que combate contra el orden al cual el hombre se debe subordinar?

Con otras palabras, ¿no hay que darle en este asunto su lugar a las expresiones del Papa emérito sobre que la verdadera o más plena libertad “supone disciplina y normas”? Parece que la primera etapa, de “sensiblería progre de los corazones unidos”, llevara a una segunda, una lucha abierta contra todo lo que implique un orden. Entre otras cosas, contra el derecho penal, que como reflexionaba Monseñor Jorge Lona presentando un libro mío en San Luis, “es el dedo de Dios en la sociedad”.

2. EL EJEMPLO DEL PUÑETAZO EN LA MESA

Tratando de que los alumnos vean el sentido justificado de las penas, me gusta dar un ejemplo muy concreto de un caso no probable pero no imposible.

Está reunida a la mesa hogareña una familia, el padre, la madre, el hijo mayor que es un grandote que juega al rugby y tiene 15 años, y otros dos hijos menores que él, uno varón y otra mujer. El mayor se levanta y le aplica un tremendo puñetazo a su madre. Sí, escuchaste bien, a la madre dijimos ... Vuelve tranquilamente a su silla y se sienta como si nada hubiera pasado. Aquella se queda en el lugar, con lesiones, dolor físico y, sobre todo, imagínense... moral. Por hipótesis que rogamos al lector admita, el agresor lo hizo con discernimiento, intención y libertad, sabiendo obviamente que no se debe agredir a los padres, menos a la madre, menos gratuitamente, comprendiendo la maldad del acto y con plena capacidad de “dirigir sus acciones”. Y por lo tanto admítame, querido lector, que el acto no se debió a la pobreza, ni a ningún trauma o enfermedad que le impidiera ser dueño de su acto, ni a ninguna otra que no sea su libre decisión. Perfectamente imputable en sentido psicológico y moral y jurídico.

Pero ¡cuidado!... nosotros no preguntamos por la *causación* social o psicológica de la conducta del chico, salvo el dato nada baladí de que lo supusimos imputable y lo supusimos *causa sui*, ¡que esto significa *libre*! El chico fue causa de su acto, queda dicho. Detengamos la película allí... Lo primero que hay que hacer es *valorar*.

3. ¿ESTÁ BIEN O ESTÁ MAL LO QUE HIZO EL CHICO?

La primera valoración se expresaría quizá con estas palabras: “¡Qué barbaridad! Se ha producido algo peor que el Tsunami de Japón”... Una catástrofe. Algo del fondo del hombre que hace que *lo juzguemos en su totalidad*. No en un aspecto humano *parcial*, como sería para un hombre santo que juega al tenis, el hecho de tener un mal saque o un pésimo revés... Por esto último no se es una mala persona.

Lo hecho por el chico está mal y se trata de un asunto humano total, es decir moral.

4. DECIME COMPLETO DÓNDE OCURRIÓ

No digo al ámbito físico o lugar, que ya dijimos fue en el comedor del hogar, sino *la persona en la que ocurrió el mal*. O las personas en las que “hubo el mal”.

Sucedió, claro está, *en la madre* agredida, un mal *físico* y un mal *moral*, y lo peor es que fue *causado por el hijo* (ella es la víctima por antonomasia, directa, primera). Pero también sufrieron el mal todos los partícipes de la comida, y los tíos cuando se enteraron, y las personas que, si se publicara el hecho en los medios, también lo supieron. Enterarse de lo malo causa tristeza.

Pero si bien ni locos podemos llamar al hijo “víctima”, es cierto sin embargo que *en su persona el daño ha sido mayor*. Un mal *suprafísico*. Porque en definitiva, en lo más profundo que define a cada ser humano, la madre *no hizo* ningún mal; *moralmente está sana* (“buena”). En cambio el hijo sí, *cometió* un mal moral. Captando estas realidades que se dan en “el escenario del alma”, decía Sócrates el Grande que *es preferible sufrir una injusticia antes que cometerla*.

Se ha cometido una notable *falta*, se ha violado *una norma* que se debía cumplir. Respetar a la madre. No se dio a la madre *lo suyo* de ella que le era debido, el respeto. Al no darle a la madre lo suyo hubo un acto de *injusticia*, un entuerto. No se dio *a cada uno lo suyo*.

Si algún lector no admite que lo cometido es una *falta*, y *grave*, no podemos seguir dialogando. Resulta imposible ponerse de acuerdo sobre

las bases del derecho penal entre quien niega que hubo aquí falta (o delito) y su gravedad, y quien la afirma. O dialogar con quien niega la libertad del hombre... El chico actuó con el mínimo de libertad necesario para que lo critiquemos en su actuar.

5. ¿HAY QUE HACER ALGO O NO?

Hecha la valoración (“estuvo requetemal el chico”), cabe preguntarse si hay que hacer algo o no hay que hacer nada. Anticipo que *a esto se responde con los buenos fines de la pena*.

Como no se nos escapa que el ejemplo no es de un caso plenamente político-jurídico donde se da plenamente lo justo, demos ahora uno de acto producido afuera de la casa. Imaginemos que un señor va con su esposa o con su novia paseando por la vereda. Y aparece alguien que, sin decir agua va, con absoluto dominio de sí le pega una trompada a la mujer, le destroza la cara y le quita su billetera. Detengamos la película y volvamos a hacer las preguntas. *¿Hay que hacer algo o no hay que hacer nada?*

6. “LO SUYO” DE MUCHOS

Dijimos que en la falta se afecta al *suyo* de alguien, pues la madre víctima sufre un menoscabo en algo de su “propiedad” en sentido moral (y también económico en los delitos patrimoniales). Algo que le pertenece, que es de su *dominium* o de su *señorío*. Ese es el sentido del remanido “lo suyo” de la tradición romana. Y dijimos que la comunidad es también de algún modo víctima...

Además, si no se hace nada por parte de quien deba hacerlo, *sucede que la víctima vuelve de algún modo a ser víctima*. Sufre un nuevo daño y de algún modo se “revictimiza”.

La falta afecta a toda la comunidad, familiar y política. Afecta a los inocentes. Deja una mala enseñanza. Acostumbra a obrar mal y se empieza a pensar incorrectamente sobre qué es lo que está bien o lo que está mal. Los hermanitos del agresor quizá tramen una venganza. El autor puede consolidarse en su mal actuar... En adelante no habrá normas que valgan en la casa... Cunde el desasosiego y la inseguridad.

Parece que “no se puede dejar la cosa como está”. Y siendo un acto de justicia, se debe hacer *obligatoriamente* porque si no, la cosa quedaría como “desigual”, como si hubiese una *carencia*. Es como si con el puñetazo se hubiera producido una cierta desigualación y hubiera que igualar lo que está desigualado.

7. LO CONTRARIO DE UN PREMIO

Parece que eso que se debe hacer *no puede consistir* ni en mirar para otro lado; ni ponerle música al chico porque le gusta; ni sacarle un tema interesante de conversación; ni pagarle un viaje a Europa; ni darle algo que le agrade, lo que sería un *premio*.

Lo que debe hacer es *lo contrario de darle un premio*. Debe ser algo que de algún modo le desagrade ... algo que sea en algún sentido un *mal*.

8. UNA PENA

Hay que aplicarle una cosa que no fue inventada ni por los norteamericanos ni por los japoneses ni en el siglo XIII ni en la Revolución Industrial ni fue cosa de los burgueses... es algo viejo, casi natural, casi “estructural” en el hombre. *Ante el mal causado, hay que aplicar un mal. Este es el primer principio natural del derecho penal.*

¿Cómo se llama esto?

– Una *pena*. Al que siguió su voluntad contra el orden, se trata ante todo de aplicarle algo contra su voluntad para restablecer, en lo que se pueda, el orden violado.

9. LO JUSTO PENAL “ENTERO”

Proyectando el ejemplo familiar a la comunidad política, donde hablamos propiamente de derecho penal, aparece una complejidad de elementos. La autoridad debe, por ley, reconocer o determinar los delitos y las penas; organizar los órganos del Estado y su competencia para proceder; investigar; probar dando las garantías a todos; prevenir los delitos... ejecutar las sentencias.

10. PROPORCIONES (JUSTAS PENAS)

Tiene sentido aplicar penas por los delitos, pero, claro está, no cualquier pena. Se puede errar por más (fusilar al hijo que aplicó el puñetazo) o por menos (hacerle firmar un cuadernito); o errarle castigando a otro hijo; o hacerlo 20 años después, etc.

11. FIN RETRIBUTIVO DE LA PENA

Si me han seguido hasta aquí, si estaba mal lo que hizo el chico (o los asaltantes del ejemplo), si “algo había que hacer” en justicia, y si esto era

aplicar una pena proporcionada, ustedes no tienen escapatoria y me han admitido el fin retributivo de la pena. Al acto delictivo se le retribuye, se le devuelve, de algún modo se lo “igualar”, con una justa pena. *Es lo justo*.

Quien mejor ha estudiado el tema de los fines buenos de la pena en el mundo quizá sea el jurista y iusfilósofo cordobés argentino Camilo Tale; y en su trabajo ha ido desmenuzando hasta 11 fines... Doctrina mixta solidarista sobre los fines de la pena. Bondades perfectivas de los hombres que tienen las justas penas. Las penas son, dice Tomás de Aquino, “promotoras de bien” (!!!)...

Al aplicarse la *justa* pena, se produce un reconocimiento de la dignidad de las víctimas (“se restituye la honra”, dice Santo Tomás) y de cierta seguridad de las mismas que puedan serlo en el futuro y al aplicarse se alejan de la posibilidad de sufrir el delito; y todo eso se proyecta de algún modo, dada la natural sociopoliticidad del hombre, como un buen contagio, a toda la sociedad. Se restaura el orden de la justicia en el alma de la gente y se mitiga el sentimiento general del alma.

12. LOS DEMÁS FINES

Dado el fin retributivo que Ud. acaba de admitirme, *¿no es cierto que esto sirve para que el que cometió el delito no vuelva a delinquir? (fin preventivo negativo especial de nuevos delitos en quien lo cometió: *escarmiento* del malhechor); * ¿no es cierto que sirve como advertencia a toda la comunidad? (*disuasión* de terceros a quienes se les ocurra delinquir: fin preventivo general negativo); *muchas veces, por ejemplo cuando está privado de libertad el que delinquir, ¿no evita que cometa los delitos que desde la cárcel no puede cometer? (*innocuidización*; que también puede darse cuando funcionarios quedan inhibidos de realizar ciertas conductas delictuosas: un juez inhabilitado no puede cometer los delitos que comete el juez: fin preventivo, negativo, especial);* ¿no es cierto que sirve de enseñanza doctrinal de lo que no se debe hacer? (fin *instructivo-cognitivo*); * puede servir también para la *enmienda*, no ya solo exterior, sino interior del culpable; ¿no enseñó Santo Tomás que a fuerza de evitar pecar para ahorrarse la pena los ciudadanos pueden volverse virtuosos? (fin *pedagógico* total); * es razonable, además, que al aplicarse las penas se corte una fuente de venganzas particulares; * además, si el castigado se arrepiente de su delito, de algún modo lo cancela, lo borra (*expiación* – “liberación de la culpa”, decía Pío XII); * el castigo del delito suele producir cierta tranquilidad y consiguiente paz social (seguimos a Camilo Tale, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, primera parte del libro de AAVV *Fines de la Pena. Abolicionismo. Impunidad*, director el que suscribe, H.H., que editó Cathedra Jurídica, Buenos Aires; cfr. mi síntesis en *Inseguridad y Garantismo abolicionista*, misma editorial).

Estos fines están casi todos ellos reconocidos en el *Catecismo de la Iglesia Católica*, N° 2266, y responden a la Tradición católica.

13. GARANTISMO ABOLICIONISTA

Pero la experiencia social nos advierte que “hay algo” muy extendido, que opera contra el sentido común, contra la recta concepción de la justicia penal y las viejas convicciones y prácticas de los tribunales, algo que definimos como Garantismo abolicionista o Garantoabolicionismo. Una forma de abolicionismo que se oculta tras las garantías o “los derechos humanos”. Como nadie en el mundo jurídico niega doctrinalmente las llamadas “garantías jurídicas”, el uso de la palabra “garantismo” para indicar dicha posición es un engaño, porque ocultan lo otro, que es lo principal. La Abolición. *No hay que hablar, entonces, de “garantismo”, sino de Garantoabolicionismo.*

14. ¿QUÉ ES?

Es ante todo una *cierta pulsión* o actitud (I) más o menos afectiva o instintiva contra el Estado o en general contra el orden, y en consecuencia contra la aplicación de penas. En esta dimensión puede efectivamente aparecer algo parecido a “compasión”, a condolerse de la situación de los delincuentes, de intentar comprenderlos, así sea falsa compasión. Esa actitud se manifiesta en una *cierta mentalidad* (II), que conforme a aquel rechazo va formando ideas sobre el asunto del Estado y de las penas. Lo que a su vez confluye en torno a un *movimiento* (III), esto es un conjunto de personas que actúan en pos del objetivo común de destruir el sistema penal. Que para alcanzar sus objetivos necesita presentar ciertas *doctrinas* (IV).

15. OBEDECE A UN MOVIMIENTO UNIVERSAL

El Garantismo Abolicionista no es original del Río de la Plata, sino que obedece –aparte esa sensiblería “compasiva” progresoides extendida por el universo mundo– a tendencias que se registran en EE.UU. y Europa y se remontan en definitiva a los neomarxismos y al marxismo, siéndole inseparable cierta inquina consubstancial contra el Estado (en la inquina contra el Estado coinciden en definitiva socialismos y liberalismos y, desde ya, el actual globalismo del Nuevo Orden Mundial de Soros, de Rockefeller, de Kissinger, de Soros, de Bill Gates y los neoconstitucionalismos cipayos).

Pero tenemos la originalidad argentina de que sus integrantes han alcanzado los más altos puestos en la magistratura y que ha adquirido cierto predominio en la cultura jurídica, a la vez que, conocida su acción, han producido una reacción popular generalizada en su contra a nivel de los medios, pero no todavía en la Universidad.

Ha predominado en Argentina durante el poder de los gobiernos Kirchner y Verbitsky (que continúan). Y la mención de Eugenio Raúl Zaffaroni como autor tipo de dicho Movimiento no se debe a que sea (en su segunda etapa doctrinal, abolicionista) ni un genio político todopoderoso ni un doctrinario de fuste y coherente y serio sino a otras tres razones: 1) es quien más alto poder ha alcanzado, judicial y universitario; 2) es quien más ha radicalizado sus posiciones de clara militancia política apelando a cualquier recurso para derogar el sistema penal; 3) es quien ha sincerado y publicitado un *Plan de lucha para demoler el sistema*.

16. ESCUELA SOLIDARISTA ARGENTINA

Lo que podríamos llamar cierta “Escuela solidarista argentina del derecho penal” ha producido algunos análisis, tanto críticos como constructivos sobre el asunto, a partir sobre todo de la reivindicación de los plurales fines legítimos de la pena¹.

Esta corriente se puede denominar “tomista”, y para su enunciación más completa habría que apelar a muchas otras obras, por ejemplo de fundamento, e incluso de otras orientaciones, que mantienen el sentido común². Porque esta corriente tiene a su favor, precisamente, el sentido común del argentino, cuando habla con su vecino; fortalecido cuando se desató la inseguridad como el efecto típico del Garantoabolicionismo, y se le puso nombre y apellido a la causa. Añadamos que hace algunos años a ninguno de los autores de Derecho Penal, sea de la idea que fueren, sean liberales, masónicos, socialistas, socialdemócratas o lo que fuere, se le ocurría negar el principio del derecho natural penal, que dice *dar al*

¹De ahí los libros * *En defensa del Derecho Penal*, Siro de Martini, Coordinador, autores Anzoátegui, De Martini, Franco, Hernández, Laje Anaya, Morelli, Scala, Strubbia, Tale (Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2008); * *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* (Director Héctor H. Hernández, coautor, autores Tale, Dip, Bonastre, De Martini (Cathedra, Buenos Aires, 2010). Ahí está el mejor trabajo que se haya escrito sobre los Fines de la pena a cargo de Camilo Tale); * *El Garantismo abolicionista*, Héctor H. Hernández (Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2013); * *Inseguridad y Garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la Justicia penal*, Héctor H. Hernández (Cathedra, Buenos Aires, 2017).

²A medida que avanzamos saliendo del tema polémico es más difícil la nómina y aumentan las injusticias de un elenco de citas. Citemos para terminar solamente a *Justicia y Misericordia*, Siro de Martini, Educa, Buenos Aires; o a De Martini-Codesido, *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, o trabajos de dogmática jurídica como los de * Alfredo L. Repetto (*El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*).

delincuente su pena. Ni negar que iniciar a un chico en la homosexualidad constituye el delito de perversión de menores.

17. ESQUEMA: (A) PROPOSICIÓN ESTIMATIVA: “ILEGITIMADO”;
(B) CONSECUENCIA PRÁCTICA NORMATIVA:
“HAY QUE ABOLIRLO”; (C) ¿CÓMO?

El punto central del G.A. entre nosotros es que “el sistema penal está des-legitimado”, que por ser irracional es incompatible con la Constitución Nacional y con los derechos humanos y que por lo tanto implica *un dolor y una pena y un dolor y un holocausto inútil* (abusan de los términos tétricos para denostar al sistema penal). Pero como las declaraciones internacionales de Derechos Humanos admiten hasta ahora los castigos, se ven obligados a concebirlos como una construcción en evolución constante que, desde luego, ellos son los “sacerdotes” que los interpretan (textual de Zaffaroni en el libro *Encuentro con las penas perdidas*. “Nosotros somos los sacerdotes en esta cuestión”). De ahí la consecuencia lógica de postular su abolición. Ya se verá cómo.

18. EL CUESTIONAMIENTO DE LA DISTINCIÓN BIEN-MAL SE MANTIENE, PERO INVERTIDOS LOS TÉRMINOS

Si el sistema de penas es un sacrificio inútil, es lógica la afirmación de que el principal delincuente en la historia es y ha sido su productor, el Estado. Y todos los partidarios o funcionarios o servidores del Estado y del sistema penal, que ellos llaman “Estado de policía”, son de suyo el malo de la película; son delincuentes. El principal criminal en la historia es y ha sido el Estado, sobre todo mediante el sistema penal (esto aquel autor lo ha dicho expresamente).

Y frente al maldito “Estado de policía”, erigen la bandera “buena” de “el Estado de derecho”. Y *dale con los derechos humanos como bandera...*

El garantismo abolicionista quiere “hacer aceptables las desviaciones sociales”, frente a lo cual los que sostienen el orden natural son en realidad los verdaderos criminales, y los inmorales de toda laya pasan a ser los buenos de la historia.

Ay de los que al mal llaman bien y al bien mal (Isaías, 5, 20).

Con la “lógica” perversa que denunciaba Isaías, estos hombres que aparentemente sienten *compasión* por los delincuentes y quieren abolir el sistema, hacen excepción de su abolicionismo con las fuerzas del “Estado de policía” y con los bebitos no nacidos. A ellos, “ni Justicia”; con ellos, nada de abolicionismo; para ellos, “gatillo fácil”.

Así vemos que en la Argentina, *contra todas las garantías de derechos humanos vocingleadas, se mueren en las cárceles de a centenares y sin condena y a veces sin ni siquiera decretada prisión preventiva, militares que han combatido al comunismo*. Y, contra todo derecho, se lanza la batalla contra el niño no nacido. En la experiencia judicial y doctrinal palpamos como un “odio al inocente” (se ve cuando se carga la romana en los que hacen justicia por mano propia defendiéndose) y un favorecimiento del criminal. Ya lo decía Amerio... Y lo cuenta Schooyans...

19. RECHINAN SUS DIENTES

Esta lógica perversa es expresada por la Sagrada Escritura. *El malvado, al verlo, se irritará; rechinará los dientes hasta consumirse (Salmo 111)*.

En la vida judicial y en las facultades de derecho y en la academia argentina se comprueba lo que desde Europa decía hace un tiempo Romano Amerio: “Tal ausencia de culpabilidad del reo se traduce entonces en un menosprecio hacia la víctima e incluso en la preferencia otorgada al reo sobre el inocente”.

20. EL PLAN DE LUCHA

Se ve que el Movimiento Garantoabolicionista tiene una estrategia y una táctica para destruir el sistema, y esto está claramente confesado en un libro ya citado.

La estrategia consiste en quedarse en el sistema para hacerlo implosionar. Utilizar los cargos y privilegios y sueldos y exenciones impositivas y ventajas del sistema para utilizar “juridismos” que en realidad dan vuelta todo el derecho penal. Se trata de evitar que suceda como con los viejos “progresistas”, que hacían marchas contra el sistema pero cuando sus hijos querían seguir Derecho terminaban estudiando por los libros de los penalistas defensores del sentido común. Y favoreciendo al sistema penal. El que aplica penas a los delincuentes.

21. TÁCTICA

A partir de allí, cualquier política o doctrina o argucia para no aplicar las penas es bienvenida, teorizada desde “la agencia académica” (sic) donde se inventan los más estrepitosos disparates sin control de realidad, que se ejecutan desde la “agencia judicial” (como llaman a la Justicia), donde tratan de abolirlo como se pueda, total o parcialmente, tratando de que no los echen, lo que arruinaría el plan; en todo caso dando dos pasos adelante pero retrocediendo uno.

En su “sincerismo” desvergonzado y que avergüenza a los argentinos y a los juristas, el citado líder ha propiciado, para cesar con la aplicación de penas, que la policía coimee para no efectivizar las órdenes de captura, “como hacen en Brasil” (sic); hacer las reformas abolicionistas en las leyes de reglamentación de la ejecución de sentencia, y no en los códigos penales, “para que ningún periodista cretino se dé cuenta” (sic); extremar el uso de las nulidades para llevar los juicios a la prescripción con el juicio oral; si no se mejoran las cárceles liberar a los presos; ridiculizar toda propuesta de construir prisiones, etc.; cambiar el lenguaje, síntoma de lo cual lo más significativo es no usar la palabra “delito”, que denota ya un juicio moral, por “conflicto”. Reemplazar las penas por medidas que no son penas. Y ha confesado que, como juez, buscaba cualquier coartada “para que el delincuente zafe”.

22. BIBLIOGRAFÍA

Es decisivo su libro (del mentor Zaffaroni) *En busca de las penas perdidas*, que al publicarse recibió durísima crítica jurídica, incluso por sus propios conmlitones; por ejemplo Donna, Griselda Tessio, Carlos Nino y Carlos Elbert³. Las críticas se acallaron pronto porque el autor pasó a ser “el pensamiento correcto que no se puede impugnar”. Pero entró en desprestigio generalizado al tomarse conciencia de que la aplicación del Garantoabolicionismo desató la inseguridad, incluso abundando los reproches a la inconducta moral (aspecto este último en que nunca he querido entrar e incluso penal, del autor tipo (que ha sostenido que el aborto es un genocidio, y ha propiciado el genocidio...)).

La enmarañada doctrina de aquel dicho libro se hace inteligible en la presentación dialogada de él, en Santa Fe, publicada a su vez como *Encuentro con las penas perdidas*, donde en la intimidad de la militancia, el líder se explaya en un volumen muy poco conocido que quizá por eso no se reedite, en donde aparece el ya citado “Plan de lucha”⁴.

³Críticas durísimas de Donna, Edgardo Alberto, “Derechos humanos, dogmática penal y criminología”, *La Ley*, 1991-C, Sec. Doctrina, p. 670; *Elbert, Carlos Alberto, recensión a *En busca de las penas perdidas* de E.R.Z., en *Doctrina Penal*, año 12, Depalma, Buenos Aires, 1989, 760-771; Tessio, Griselda, en *En Busca de las penas perdidas*, libro que se cita en la próxima nota, 22 y ss.; Parma, Graciela, en el mismo libro, 26 y ss.; Nino, Carlos, *Un debate sobre la pena: Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni*, Fichas para el trabajo universitario, INECIP, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 1999, 50 apretadas páginas (*Un debate...*) Contiene un debate sostenido en la publicación *No hay derecho*, N° 4 a 7, Buenos Aires, 1988-1995 (4). –Se advertirá que ninguno de estos autores pertenece al solidarismo penal.

⁴AAVV dirigidos por Carlos Elbert (abolicionista), editor, Griselda Tessio y Noemí Berros, coordinación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa

Esta presentación que hacemos se ve confirmada por estas palabras escritas por el informado periodista Agustín Morales Solá en *La Nación* de Buenos Aires en 2019, en que cuenta que un colega le preguntó a aquél por qué escribía libros sobre derecho penal si no creía en el Código Penal. A lo que Zaffaroni respondió: 'Porque quiero destruirlo desde adentro, crear una escuela de jueces y fiscales que lo interpretarán de tal manera que no quedará nada de él''.

23. DE LA (FALSA) COMPASIÓN A LA INMORALIDAD LISA Y LLANA

La inmoralidad que denuncio se revela cuando el Garantoabolicionismo proclama expresamente el magisterio de Michel Foucault, inmoral sistemático que decía luchar por mejorar las cárceles pero confesó que a lo que se oponía era a la existencia misma de cárceles; que combatía la distinción entre delincuentes y culpables, pero *porque combatía la distinción entre bien y mal*. Entre otro de sus disparates que todo lo cuestionaban, se buscaba que los agentes estatales “no sepan qué hacer”; –cosa lograda por el Garantismo abolicionista en Argentina. En su supuesta “defensa” de los locos, decía que la locura era un invento de la sociedad y él y su movimiento abandonaba a aquéllos a su suerte vagando hasta su pronta muerte por las calles de París. Encomiaba al poder por sobre la verdad, y toda cuestión doctrinaria se reducía a la dialéctica del poder.

24. ALGUNAS TÉCNICAS

Entre otras, el Garantoabolicionismo recomienda *cambiar el lenguaje*, para ridiculizar el sistema penal y “deslegitimarlo”. Ya hablamos del reemplazo de “delito” por “conflicto”. Otra, para quedarse en el sistema ocupando cátedras y magistraturas de la asignatura Derecho Penal, *redefinir el Derecho Penal*, que en vez de ser el derecho que se ocupa de la aplicación de las penas es, por el contrario, el que busca que no se apliquen; diciendo que es el que busca contener el poder punitivo del Estado, que es siempre ilegítimo (hay “*potentia puniendi*”, pero no hay nunca “*ius puniendi*”, disparatan). De ahí la distinción: “no combatimos el derecho penal, sino el sistema penal”.

Fe de la Vera Cruz, sin fecha, circa 1993, cuyo principal personaje centralmente reportado es Zaffaroni.

25. DOGMAS QUE HA INSTALADO EN EL DERECHO ARGENTINO

De entre los criterios antijurídicos que han conseguido instalar contra el sentido común y contra la ley misma positiva, y que nadie se atreve a rebatir en público, mencionaremos solo el del *rechazo de la prisión preventiva*, admisible solo por razones procesales (por ejemplo que el imputado no se fugue o que no arme pruebas falsas, que en definitiva son peligros menores), pero nunca por *razones de fondo*, por ejemplo evitar que el tipo siga matando (peligros ciertamente mayores). Y esto, repito, *incluso contra la ley jurídica positiva que es y tal cual es*. Otro disparate que han instalado –y a la gente de la calle le parece increíble pero los universitarios se lo tragan literalmente– es la ya citada *substitución de las penas por no penas*.

26. RESULTADO

Como entiendo haberlo probado en *Inseguridad y Garantismo abolicionista*, el resultado ha sido la inseguridad tremenda que asuela a mi Patria.

Pareciera que hay un tránsito lógico que va desde la (falsa) compasión para con el delincuente, al abierto ataque contra la Sociedad política, pasando por la mediación de los llamados “derechos humanos”. (No se olvide que el Garantismo abolicionista contrapone los derechos humanos al sistema penal). En otro orden de cosas, hay una analogía con ciertos movimientos tercermundoides en la Iglesia, que so pretexto de caridad y misericordia y justicia social terminaban en el marxismo guerrillero, como lo denunció Carlos Alberto Sacheri Mártir en *La Iglesia Clandestina*.

27. ¿LA JUSTICIA PENAL ES INCOMPATIBLE CON LA MISERICORDIA?

Para rechazar tal tesis que enfrenta la segunda a la primera y que cunde tanto en la Iglesia, queremos solamente hacer dos citas, de los juristas Bettiol y De Martini.

Dice el italiano:

“Un Derecho Penal que no respete las exigencias de la justicia no puede ser un Derecho Penal cristiano. [...] Nada más anticristiano que esa actitud corrosiva respecto de las fundamentales exigencias de justicia del Derecho Penal, que en nombre de una *caridad* o de una *misericordia* invocada fuera de lugar, querría dar las bases racionales para anclar el Derecho Penal en el lábil terreno del sentimiento.

Caridad y misericordia deben manifestarse en el respeto a la ley y de la justicia, nunca sustituirla para minar las bases del fundamento racional de la pena" (*El problema penal*).

Y dice el argentino que

"la misericordia no puede ir nunca contra las exigencias de la justicia. Puede ir más allá de la justicia, puede superarla, puede llegar a ser su plenitud. Pero no puede negarla. Ni transgredirla" (*Misericordia y Justicia*).

28. EL RESENTIMIENTO

Estas corrientes destructivistas no ofrecen una salida positiva al hombre. En seguida se les nota que van más contra algo que en favor del bien humano. Ha dicho Víktor Frankl que "la protesta se convierte muchas veces en 'antitest', porque va contra algo y no a favor de algo: no sabe ofrecer una alternativa constructiva" (*El hombre doliente*). Y enseña que hay una *patología de los falsos derechos*: La enfermedad de la querulancia, "inclinación morbosa a sentirse víctima de las injusticias de los otros y a reclamar por todos los medios y obstinadamente unos derechos imaginarios" (*ibídem*).

29. A QUÉ SE OPONEN LOS RESENTIDOS DE LA "FALSA COMPASIÓN"

Enseñaba Max Scheler que esta falsa compasión (no, no dice así, lo estoy cambiando y llevando agua para el molino de este libro, pero viene justo, él dice "la filantropía moderna"):

"Esta filantropía moderna es expresión de un rechazo reprimido, de una reacción frente a Dios. Es el síntoma de un odio reprimido contra Dios. El elemento primero de la filantropía universal moderna está constituido por sentimientos de rencor respecto de la idea del Señor supremo, por la incapacidad de soportar el ojo omnividente, por impulsos de revueltas contra Dios..." (*El Resentimiento*).

30. LA NUEVA RELIGIÓN

Para decirlo con Louis Salleron:

"...Yo compruebo que en Francia hay una idea que es tenida por la verdad política y que se impone siempre en definitiva como legítimi-

dad, es decir, como regla superior del derecho nacional que el poder político impone a su vez a todos los ciudadanos mediante el aparato de sus instituciones [y esto a través de nombres que cambian, como “democracia”, “derechos humanos”, “constitución”, “república”, etc.]. En síntesis [...] la legitimidad social radica entera en esta proposición única: Todo poder viene del hombre [...]. En el sentido preciso de que no viene de Dios. He aquí la religión, el objeto de fe (“La Religión política”, en revista *Gladius*).

No es compasión. Ni siquiera falsa. O, quizá haya que decir que la falsa compasión lleva al odio y a la destrucción. A una visión de la libertad del hombre que lo concibe dios del hombre y destruye al hombre.

31. RESPUESTA A JUANCARLITOS

Si postulan coimear a la policía para que no se apliquen las penas, ¿cómo no van a pretexto una epidemia para liberar delincuentes? Si postulan engañar a la gente y al periodismo poniendo las derogaciones de los castigos en leyes secundarias, ¿cómo no se van a aprovechar de una enfermedad para lanzar criminales a la calle, que a los tres días vuelven a las andadas? Si son enemigos del Estado y llaman a una coalición de todos, criminales incluidos (textual) contra el Estado, ¿cómo no aprovechar la mano de obra que sacan con las liberaciones para presionar a jueces que los metieron presos, a guardiacárceles que no los dejan escapar, y amedrentar y seguir violando y robando a las víctimas aterrorizadas?

32. LA RESPUESTA DEL PADRE LATTANZIO

Escribiendo mi libro “No matarás...” *“El fallo FAL y el Exterminio*, le comentaba al P. Marcelo las mentiras que se cometieron en esa sentencia criminal, con toda su habitual naturalidad me dijo: “Pero, si están matando inocentes, ¿qué les hace una mentira más o una mentira menos, o una falta a la ética del juez? Estos tipos van por todo. Y así como el todo es mayor que las partes, si hay que cambiar el sentido del bien y del mal en la gente y el Estado y el sistema penal son malísimos, ¿qué les hace pretexto con el coronavirus o con una papera o con que hay mala comida? El asunto es destruir el Estado. El asunto es destruir el sistema penal.

ANEXO

Con la lucidez de su oficio y la clarividencia que da el dolor de madre que perdió su hijo, la filósofa Diana Kohen Agrest viene dando en la tecla del problema de la inseguridad argentina al atribuirlo principalmente al Garantoabolicionismo.

Ha adoptado, así, una nomenclatura que venimos usando y es necesario explicar.

La palabra designa una mentalidad, una doctrina y un movimiento con hegemonía en el sistema penal, que se distingue estas por cuatro notas con las que simplificamos la caracterización que hemos hecho en nuestro último libro.

- 1) Por de pronto se presenta bajo la bandera de las garantías. Algo que de suyo aparece valioso, pero como no hay en el mundo jurídico argentino y occidental quien las niegue, no sirve para distinguirse de nadie. Se fabrica así un ogro inexistente que está al acecho y que conspira contra la paz del mundo. Véase sobre esto la literatura del profesor y juez Zaffaroni, que describe el sistema penal como un monstruo loco y gigantesco que constituye la principal amenaza para la existencia del mundo, y contra él se convoca a la lucha. ¿Por qué medio? Por el que se manifiesta en la siguiente nota.
- 2) En segundo lugar busca, en forma más o menos explícita o implícita un ideal que descrea de alcanzar totalmente, pero que entretanto destruye mucho. A partir de sostener la ilegitimidad del sistema penal y del Estado mismo y la macromaldad afirmada del mismo, se convoca a una especie de cruzada por la reducción de los castigos, y si es posible su abolición. Dado que la cosa así es impresentable, se declaman medidas sustitutivas de aquéllos, tan risibles que confirman que lo que se quiere es “cancelar el poder punitivo del Estado” (textual). Por ejemplo, que los delincuentes prometan no seguir con su raid criminal. O la institución de la *probation*, por la cual se suspende y archiva el proceso si se cumplen ciertas conductas, pero que se instaló en el país sin presupuesto y por ende sin medio alguno de control de los requisitos. O se proclama el juicio oral como el último grito de la moda, que para funcionar exige mandar la mayoría de causas al archivo por prescripción. O arreglarlas mediante el juicio abreviado que es todo lo contrario del debido proceso y del proceso oral. Obviamente que se eufemiza la supresión de los castigos por la expresión “supresión de la violencia en curso” y la invocación de los derechos humanos. Ha de saberse que, para esta posición, aplicar penas es contrario a los derechos humanos y es inconstitucional. ¡Como se oye, escrito por el citado magistrado judicial supremo de la República!
La hegemonía de esta mentalidad y movimiento hace que sea generalizado en los profesores de derecho penal, que se reconocen gustosos como enemigos tenaces del sentido común, la repetida monserga de que “el derecho penal está en crisis”. Cuando son ellos, los precisamente llamados “críticos”, los que están en crisis.
- 3) Otra característica es que sus integrantes son en su mayoría docentes universitarios y magistrados, con lo que su éxito abolicionista sería una especie de destrucción del sistema por implosión. Hace unos años se trazó, por el profesor citado, un verdadero “plan de lucha” para esa demolición. Puede leerse en el libro *Encuentro con las penas perdidas*, editado en Santa Fe y dado su sincerismo no reeditado y difícil de conseguir. Los seguidores del

Garantismo abolicionista son entonces especie de infiltrados en el sistema para destruirlo. Que usan los dineros del Estado, las prebendas del Estado, los privilegios de no pagar impuesto a las ganancias, los choferes y secretarios y papeles y provisiones y teléfonos del Estado para, posicionados en un puesto de servicio que la pobre gente confía ejercerán para reprimir el delito o para enseñar derecho penal, dirigir la demolición. Así como suena.

- 4) Una cuarta característica es que les importan muy poco las garantías reales y establecen contra el “estado de policía”, integrado por las fuerzas armadas y de seguridad (al que increíblemente asocian en la desgracia a los inocentes no nacidos), un antigarantismo manodurista de la peor especie.

LA VIOLACIÓN DE LA JUSTICIA (APUNTES GENÉRICOS)

*Sixto Mihura**

Si hubiera algunas cosas que llamaran todavía la atención de la dormida conciencia occidental, una de ellas sería, seguramente, el modo y la velocidad con que se ha impuesto, en todo el ámbito de lo público, la ideología de género. Ello me obliga, por si queda alguien despierto, a decir alguna cosa acerca de lo que ha ocurrido en la parte de “lo público” que conozco, o que conozco mejor. Me refiero, concretamente, a lo que sucedió y sucede en el ámbito del Poder Judicial.

Veamos un poco.

De un tiempo a esta parte, se han empezado a juzgar los hechos de presunta “violencia de género” con una medida distinta a la de los demás delitos. Me refiero, como ha pasado ya con otros delitos, por caso los llamados de “lesa humanidad”, a la restricción –cuando no a la lisa y llana supresión– de ciertas garantías que hacen al derecho de defensa, cada vez que se menciona la agravante de “género”.

La sola mención de “género” –valga la paradoja, tan genérica que nadie sabe bien a qué se refiere–, parece que funciona, al igual que con tantas otras palabras, como una suerte de talismán, a partir del cual ya nadie tiene dudas de que el imputado ha sido autor del delito por el que se lo acusa.

Los defensores del constitucionalismo, del principio de legalidad, del derecho penal de acto, de la igualdad ante la ley –y de otros conceptos que hasta hace un tiempo funcionaban como talismanes en sentido contrario–, pocos años atrás habrían puesto el grito en el cielo si hubieran visto aplicar los criterios que ahora aplican a la cuestión de “género”. Los mismos que ahora –en el mejor de los casos– “hacen la vista gorda” frente a flagrantes violaciones de lo que otrora defendían como inexpugnables garantías del reo, y sin que se les mueva un pelo, sostienen directamente que, en este tipo de delitos, pueden y deben –siguiendo los lineamientos de convenciones, tratados, directivas, o vaya uno a saber qué–, aplicarse estándares probatorios de mayor amplitud, cuando no que resulta sufi-

*Abogado, con especialización en Derecho Penal, Secretario de Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional en la ciudad de Buenos Aires/Argentina.

ciente con los dichos de la víctima. Otro tanto ocurre con el acceso de los imputados a diversos beneficios, como el de la *probation*, restringida para estos supuestos a partir del malhadado fallo “Góngora”¹, de la C.S.J.N.

Por supuesto que, como adelanté, lo de género tiene un alcance genérico tan indeterminado, que cualquier situación en que una mujer denuncia violencia contra ella por parte del varón, es inmediatamente catalogada como “violencia de género”. Y a partir de allí, comienza a funcionar esta aceptada maquinaria que hay que alimentar con estos nuevos “enemigos”, para quienes no van a regir las mismas garantías que las reconocidas al común de los mortales. Aunque se mantenga todo, nominalmente, bajo una farisaica apariencia de legalidad.

Y eso que está claro para todo el mundo –y así se reconoce implícitamente, haciéndose acá también “la vista gorda”–, que el concepto de “violencia de género” no está definido en el Código Penal. Se dice entonces –eso dicen– que debe ir a buscarse su definición en otras normas del ordenamiento nacional e internacional para completar el tipo penal, ya que este no aparece como autosuficiente.

Ahora, resulta que al recurrir a esa normativa para intentar definir el contenido de los supuestos que constituirían “violencia de género”, nos encontramos también allí con la misma amplitud de conceptos que poco o nada aporta a la determinación del supuesto de hecho que, en cada caso concreto, se atribuye al imputado.

Se acude, así, en el afán por circunscribir la amplitud del tipo penal –amplitud que, como digo, se reconoce implícitamente–, a diversas normas. Veamos algunas de ellas, tanto del orden internacional como del orden interno.

Se menciona entre las primeras, por ejemplo, la Convención de Belém do Pará, que señala que debe entenderse por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Decir que violencia contra la mujer (y, por tanto, de género) es “cualquier acción o conducta, basada en su género” como presupuesto de lo que a partir de allí se causa, me exime de mayores comentarios. Ello va contra varias de las más elementales reglas de la definición que se aprenden en las primeras lecciones de cualquier curso de lógica: por citar algunas, que la definición debe ser más clara que lo definido, y que no debe ser circular, esto es, que lo definido no debe estar en la definición. Pero, claro, a cuento de qué vamos a pedir un poco de lógica en materia ideológica.

En el orden interno, se busca su definición, por ejemplo, en la ley de protección integral a las mujeres N° 26.485, según la cual se entiende por violencia contra las mujeres “toda conducta, acción u omisión que, de

¹Fallos: 336:392 (<http://sjconsulta.csjn.gov.ar>).

manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”; y el decreto reglamentario 1011/2010, en que se establece que se entiende por relación desigual de poder, “la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Algún incauto podría considerar que aparecen acá algunos conceptos que delimitarían un tanto la amplitud de lo que se entiende por violencia contra la mujer: sería aquella basada en “una relación desigual de poder”, que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres.

Hay que decir que violencia del varón contra la mujer hubo siempre, del mismo modo que siempre hubo violencia del varón contra el varón, de la mujer contra la mujer, y de la mujer contra el varón. Ciertamente: no hubo nunca violencia del varón-que-se-hace-mujer contra la mujer-que-se-hace-varón, ni viceversa, porque no hubo culturas en las que esto ocurriera como ocurre hoy, en esta sociedad “adulta” (y “adúltera”) –y ya quisiera yo que me explicaran los expertos qué solución proponen para el caso de “un-varón-que-se-autopercibe (para mi alivio, el corrector no reconoce la palabra)-mujer”, que ejerce violencia contra “una-mujer-que-se-autopercibe-varón”–.

Quiero decir, simplemente: violencia hubo siempre, aunque no tan violenta como en los días que corren. Parece que cuando hemos llegado ya a la madurez de la sociedad democrática, igualitaria, desestructurada y des-es-te-re-o-ti-pa-da (vaya palabrejas que obligan a utilizar), es precisamente cuando toda clase de violencia arrecia en todos los ámbitos.

Sostener que este tipo nuevo de violencia (que nadie niega y está a la vista), se debe a “prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres”, y que fueron esas prácticas las que han llevado al nivel de violencia actual, es algo que debe, por lo menos, ser probado. Me inclino a pensar que ha sido exactamente al revés. Que ha sido justamente el haber abandonado aquellas costumbres y conductas “estereotipadas” (la aplicabilidad del término corre por cuenta de quienes lo han impuesto, porque yo las llamaría, sin más, costumbres y conductas “naturales”), lo que ha llevado, en primer lugar, a la disolución de todos los lazos (nacionales, barriales, familiares, amicales, y un largo etcétera); y a partir de allí, a la falta de la más elemental defensa frente a cualquier tipo de situación violenta.

Volviendo a lo nuestro, nadie puede negar que, en la práctica judicial, cualquier acto que atente contra la mujer es considerado, sin más, como violencia de género, y ello es suficiente para que, definida así la cuestión, nadie –salvo honrosísimas y excepcionalísimas excepciones– se atreva a aplicar los mismos parámetros que se aplican a la generalidad de los delitos. Ya no va a ser necesario, ni aún posible, intentar probar si acaso la presunta víctima no se encuentra en algún estado de desequilibrio psíquico, o si miente, o si ya ha tenido experiencias similares, ni mucho menos, indagar en su vida previa y posterior. Porque alegarán extrañísimas reglas, de comisiones de expertas, de convenciones internacionales, de compromisos asumidos por el Estado argentino, según las cuales, en este tipo de casos, para combatir la impunidad de los agresores, se prohíben explícitamente pruebas que se sustenten en la conducta de la víctima para inferir consentimiento, tales como la falta de resistencia, la historia sexual, o la retractación durante el proceso.

Claro, en su lógica ideológica, tienen razón: si todo es violencia de género, no hay necesidad de probarlo. Porque tampoco hay forma de determinar qué es eso que estamos nombrando. De modo que, frente a la sola sospecha de que estamos frente a violencia de género, tenemos que concluir que estamos frente a violencia de género.

Pero lo que no vale es decir que hemos definido de qué se trata el asunto. Porque no es así, parezca lo que parezca. No vale, y yo creo que lo saben, y ellos saben que lo saben. Pero no importa, porque no se trata de lógica, sino de ideología. Y el problema, como diría uno de los personajes de *Crimen y Castigo*, “no es que mientan; la mentira siempre se puede perdonar, pues lleva a la verdad. Aquí lo lamentable está en que mienten y además reverencian la propia mentira”².

Se trata, claramente, de argumentos circulares, tautológicos, según los cuales, a grandes rasgos, para delimitar el concepto de “violencia de género” debemos recurrir a normas de carácter extrapenal. Y cuando vamos a esas normas a buscar delimitar el concepto, se nos dice, por ejemplo, que es violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause...”. No hacía falta, para eso, recurrir a esa normativa. Ya lo dice el propio Código Penal, pero lo dice, como vimos, sin definirlo.

La simple lectura de esa normativa, mirada con ojos imparciales y no ideológicos, permiten advertir que es poco lo que delimitan el contenido de la prohibición. Es poco lo que aportan para no considerar que estamos frente a un tipo abierto que no cumple con los requisitos de *lex scripta, stricta y certa* del principio de legalidad, al que a veces sería bueno que volvieran la mirada –aunque más no fuera para mantener un mínimo de coherencia– cuando se suscitan cuestiones de esta índole.

²Dostoievsky, Fiodor, *Crimen y Castigo*, Ed. Gredos, Madrid, 2015, 134.

En ese sentido, resulta ilustrativo advertir que en ningún momento se le hace saber al imputado, ni al recibirle declaración indagatoria, ni al requerirse la elevación a juicio, ni en la oportunidad de los alegatos, ni en la condena, en cuál de los supuestos que presuntamente delimitarían la excesiva amplitud del tipo penal, habría estado incurso su acción. De modo que pueda defenderse, nada menos. Porque ciertamente –y no creo que nadie en su sano juicio y con un mínimo de honradez pueda cuestionarlo–, puede ocurrir que se produzca un determinado delito en perjuicio de una mujer por parte de un hombre, sin que esto tenga nada que ver con un contexto de “violencia de género” o de “una relación desigual de poder”, sea cual sea la amplitud que se otorgue a tales giros lingüísticos. Y, por eso mismo, es que deberían definirlo, y no lo hacen.

En definitiva, todas estas argucias no son sino modos (cada vez menos elegantes) de encubrir las verdaderas motivaciones de quienes así razonan: en algunos, una visión ideológica que odia, en abstracto, una presunta sociedad “patriarcal y machista” –cuyas características no quieren, ni pueden, establecer acabadamente– de la que estaríamos saliendo hacia el paraíso de la liberación femenina; en el fondo, no toleran compararse con la sociedad “patriarcal y machista” a la que hacen culpable de los males que padecen, porque no se animan a mirarse a sí mismos y a la sociedad actual para ver si no está allí, acaso, el origen de esos males. Como dijera Chesterton, “los hombres inventan nuevos ideales porque no se atreven con los antiguos. Miran con entusiasmo hacia adelante porque tienen miedo de mirar hacia atrás”³.

Y otros, los más, por peores razones si cabe: por la comodidad de ir con la corriente, una corriente cada vez más caudalosa y poderosa, como la de un río impetuoso cuando se acerca al abismo (y que, a la larga o a la corta, terminará por arrastrarlo todo). Y todos ellos, fundados y justificados en una presunta responsabilidad del Estado argentino frente a la

³Chesterton, G.K., *Lo que está mal en el mundo*, en Obras Completas, Janés Editor, Barcelona, 1952, T. I., 699. De paso, se me ocurre que, para el moderno ideólogo, no hay sociedad más “patriarcal y machista” que la sociedad guerrera de la Antigüedad. Veamos, al respecto, la opinión de un verdadero especialista en la materia. Me refiero a Werner Jaeger, quien en su célebre *Paideia Griega* dice cosas como estas: “La *areté* propia de la mujer es la hermosura. Sus virtudes son el sentido de la pureza y la destreza en el gobierno de la casa. La posición social de la mujer no ha tenido nunca después, entre los griegos, un lugar tan alto como en el período de la caballería homérica. La cortesía con que tratan los señores a las mujeres de su condición es producto de una cultura antigua y de una alta educación social. En una estirpe orgullosa de caballeros, la mujer puede ser la madre de una generación ilustre. Es la mantenedora y custodia de las más altas costumbres y tradiciones ... Esta íntima y profunda civilización (pintada en La Odisea) es producto del influjo educador de la mujer en una sociedad rudamente masculina, violenta y guerrera” (*op. cit.*, Fondo de Cultura Económica, México, Primera Edición Española, 1942, T. I, 41 y ss.). Y sí, tiene razón Chesterton, otra vez, porque ¿cómo se va a animar el moderno ideólogo, y a osar cualquiera de nosotros, a compararse con una sociedad semejante?

“comunidad internacional”, sobre lo cual volveré al finalizar estas líneas. Dejo asentado, nomás, que tal recurso no deja de ser un subterfugio de la verdadera razón: un temor (terror sería la palabra adecuada) servil a la “opinión pública”, y que por arte de magia los libera de su propia conciencia y responsabilidad individual.

Hay un ejemplo curioso, que no divertido (no por lo menos para quienes se sientan en el banquillo): muchas veces, en el marco de una relación entre un hombre y una mujer, la mujer denuncia al “macho” por violencia de género, y luego se retracta, reconociendo que lo hizo por despecho, por venganza, por interés, o por lo que fuere. Y miren ustedes cómo razonan nuestros juristas: la retractación es indicio de que el abuso o la violencia de género han existido, y si se retracta es, precisamente, porque se encuentra sometida a una relación desigual de poder. Con lo cual es fácil de ver la situación en que se encuentra el imputado: no tiene escapatoria.

Porque, una de dos: o la retractación, o la no retractación, pueden ser indicio de que los hechos ocurrieron. No ambas a la vez. Las premisas: “siempre que hay retractación es un indicio de que la violencia de género existió”, tiene oposición de contrariedad con la premisa “siempre que no hay retractación es un indicio de que la violencia de género existió”. Ambas premisas, en relación de contrariedad entre sí, tienen la particularidad de que no pueden ser verdaderas al mismo tiempo. Y acá se pretende precisamente eso: que las dos sean verdaderas. En cualquier caso, el imputado pierde. Me recuerda aquello de “cara gano yo, ceca pierdes tú”.

Por mi parte, y desde el sentido común más elemental, considero que la retractación es menor indicio de la existencia de los hechos, que la no retractación, esto es, la mantención de una misma versión a lo largo del tiempo. Podría alegarse –y se alega– que la retractación, en este caso, debe valorarse en el contexto, como puede ser un presunto estado de desprotección de la mujer, o su dependencia económica respecto del marido (cuestiones que, de más está decirlo, tampoco necesitan ser probadas), o lo que se les ocurra.

Ahora, ninguna duda cabe de que, en cualquier situación imaginable, puede o no haber retractación. Y yo me inclino por pensar que, sea cual sea el contexto, una retractación no es indicio de que los hechos ocurrieron de acuerdo con la primera versión o, en todo caso, que es menor indicio de que los hechos ocurrieron que en el supuesto de que no medie retractación.

Lo contrario implica que, cuando una mujer vive en esas condiciones, no puede mentir. Y si miente, o para ser más indulgentes, si dice alguna cosa que no responde enteramente a la verdad (porque, establecido que estamos frente a un caso de violencia de género, ni se considera la posibilidad de que la mujer pueda mentir), le es imposible después volver sobre sus pasos y rectificar, y hasta retractarse de lo que dijo. Más aún, es

imposible demostrar, partiendo de esas premisas, que alguien ha mentido. Porque si se mantiene en sus dichos, no ha mentido. Y si se retracta, no ha mentido tampoco. ¿Qué camino le queda entonces al imputado, para afirmar su versión frente a un razonamiento semejante? ¿Y qué le queda a la mujer, si mintió, para deshacer el entuerto y, de paso, rehacer sus endebles lazos familiares? No, el Estado se encargará de que ello no ocurra, porque el Estado, siguiendo los lineamientos de sapientísimos organismos internacionales, sabe mejor que la mujer lo que a ella misma –y a su familia, y a su marido y a sus hijos– le conviene.

Hay una última cuestión que quiero abordar, para finalizar. Me refiero a la presunta responsabilidad asumida por el Estado argentino frente a los organismos internacionales, por la cual se comprometió a una especial persecución de determinados delitos. Es en razón de ello que justifican la aplicación de parámetros distintos, ya en la valoración de la prueba, ya en las garantías mínimas que deben reconocerse al imputado, según cuál sea el delito que se investiga.

Como ha sabido explicar Silva Sánchez⁴, a partir del planteamiento de Jakobs sobre la existencia de un “Derecho Penal del Enemigo”, se empiezan a diseñar distintas categorías de personas sometidas al proceso penal, que implican la reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, y aún, casos de negación lisa y llana del *status personae*. Si en este caso estamos frente al primer supuesto, esto es, de reducción del *status civitatis*, estamos de todos modos, diría Silva Sánchez, frente a un Derecho penal de enemigos en el más estricto sentido de la palabra, a partir del cual se prescinde de determinadas herramientas procesales, o se utilizan distintos parámetros para la valoración de la prueba.

Guardémonos de este nuevo modo de practicar la “justicia”, porque no sabemos quién será el próximo “enemigo” de turno. Ya se encargará de definirlo algún comité de expertos ante el cual el Estado argentino hociará, no ciertamente por grandeza, sino por debilidad.

Y qué decir en un caso, como el nuestro, en que la sociedad vive como si Dios no existiera. Porque, volviendo a Dostoievsky, “si Dios no existe, todo está permitido”. Y *todo*, es *todo*.

Pero siempre habrá un puñado de hombres (y mujeres, claro), que viviendo con el convencimiento de que Dios existe, y por ende, de que existe un “orden natural” y una “justicia natural” que no pueden ser violados, intentarán, desde el lugar que les toque, hacer frente a la correntada que digo.

Sabiendo que no fueron las costumbres de sus antepasados; ni el trato que dispensaba la “sociedad patriarcal” a sus mujeres; ni las costumbres

⁴Silva Sánchez, Jesús-María, *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.urg.es/recpc/09recpc09-01.pdf>).

familiares arraigadas en convicciones firmes; ni sus creencias inveteradas, transmitidas de generación en generación; ni el convencimiento de que el varón es cabeza de la mujer, y que, precisamente por ello, debe amarla y respetarla, como pide San Pablo; ni ninguna de las razones que invocan los artífices de esta nueva ideología, la que ha llevado al actual estado de cosas.

Al contrario, sabiendo que ha sido precisamente el abandono de todo ello el origen del brutal desamparo actual de la mujer (y del hombre, y de los ancianos, y de los jóvenes, y de los niños –nacidos y por nacer–); de la disolución de toda sociedad, en particular, de la sociedad conyugal; del desprecio de la mujer en su insustituible misión de madre y esposa; del egoísmo de hombres y mujeres lanzados a saciar sin límite sus apetitos, sin consideración alguna ni a sus antepasados ni a sus coetáneos ni, mucho menos, a las generaciones venideras.

En fin, sabiendo que aspiran, en la vorágine de una sociedad desquiciada, a conservar donde puedan y como puedan, ese orden familiar y doméstico, donde el varón y la mujer, asociados en la común y excelsa empresa de engendrar y educar a la prole, se complementan en una unión única e irremplazable. Y a conservar un ápice de sentido común y cordura que haga posible la vida misma.

Y ese puñado de “locos” que, por elementales razones de piedad, veneran las generaciones pasadas, donde el “patriarca” (o, aunque más no fuera, aquel “buen padre de familia”, que decía hasta hace poco el Código Civil), para serlo, contaba con la colaboración de la mujer, quien a la vez que tenía un papel preponderante en la formación de “una estirpe orgullosa de caballeros” (Jaeger), era respetada, admirada, y amada. Y, por todo ello, protegida –no por anónimos organismos internacionales sino por la mucho más simple, concreta, natural y efectiva institución familiar (y por las leyes: *o tempora, o mores*); ese puñado de “locos” –digo– seguirá, Dios queriendo, aferrado a sus convicciones y creencias, como única manera de resistir la embestida de los “cuerdos”.

Y la violación de la justicia.

Dios los guarde.

AÚN SOBRE LA PRETENDIDA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO CHILENO

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO: Introducción. 1. ¿Qué habrá habido en su origen? 2. Lo que aparece en el fondo del tema. 3. Una extensión carente de justificación racional. 4. La presunción de legalidad frente a la Constitución. 5. ¿Constituye un privilegio procesal? 6. ¿Una antinomia? Presunción de legalidad e invalidación. 7. ¿Tiene fundamento constitucional?

INTRODUCCIÓN

Cualquier estudiante de Derecho que haya aprobado su curso de derecho constitucional se sorprenderá que no obstante que la propia Constitución afirma de modo tan rotundo que “Chile es una república democrática” (artículo 4º), que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados” (artículo 19 N° 2, inciso 1º frase segunda) y que “La Constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley” (artículo 19 N° 2, inciso 1º frase primera), alguna ley (v. gr. 19.880/29.5.2003, artículo 3º inciso final) y la jurisprudencia contralora (de manera constante, frecuente y reiterada (desde 1957/D 1.589, y D 82.374/1966) sostienen y reafirman un privilegio propio del absolutismo romano imperial y redivivo en el estatismo reinante desde la década de los años 30 y 40 del siglo pasado en nuestro país, como es el que los actos administrativos gozan de una “presunción de legalidad”).

Si se atiene uno a la Constitución –ya casi 40 años vigente– no se entiende que puedan afirmarse juntamente que Chile es una república y,

*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).

además, democrática y al mismo tiempo que el Estado goce de un “privilegio” como el referido¹.

Ya en 2010 publicábamos un trabajo sobre este resabio de monarquías absolutas (*Gaceta Jurídica* 366/7-14) y volvíamos sobre ello en el 2013, a raíz de los diez años de vigencia de la mencionada Ley N° 19.880, haciendo ver su carencia de fundamento no solo constitucional sino racional e incluso que no se trata ni siquiera de una “presunción” propiamente tal. A ambos estudios remitimos para que el lector comprenda en su mayor amplitud el tema².

Atendido el tiempo transcurrido y su persistente afirmación, llegando incluso el tema al Tribunal Constitucional, planteada la inaplicabilidad –por inconstitucional– de la aludida disposición del artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880³, creemos útil ahondar más en ello.

1. ¿QUÉ HABRÁ HABIDO EN SU ORIGEN?

Habiendo estudiado en trabajos anteriores lo que es esta presunción, advirtiendo que carece de fundamento racional, y de fundamento constitucional, haciendo ver que ni siquiera se trata de una “presunción” analizaremos, ahora, algo que no hemos visto con anterioridad, a saber, ¿qué habrá habido al afirmar este pretendido “privilegio”, más allá del estatismo que campeaba por aquellos años de las décadas de los años 40 y 50 del siglo pasado? ¿Habrá sido la intención hacer más difícil la impugnación de los

¹Además de varios otros privilegios que hemos estudiado y pretendido desmontar por su inconstitucionalidad en otras ocasiones como el referido a la fatídica frase no poco común en otra época no tan lejana, en *La fórmula “y en su contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho*, en *Gaceta Jurídica* 27/1979, 2-14; o el *Solve et repete*, en *Ius Publicum* 16/2001, 79-100, también en *Revista Argentina de Derecho Tributario*/Buenos Aires, 16/2005, 165-184, que desarrolla mi voto en contra en el fallo del Tribunal Constitucional (rol 185), de 28.2.1994, recaído en el trámite legislativo de control previo de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente (posteriormente 19.300 de 9.3.1994; o *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53. Sin perjuicio de privilegios procesales, que exceden nuestro propósito en este tema; para ello *vid.* A. Romero Seguel, *Los privilegios probatorios de la Administración Pública*, en “La prueba en la litigación pública” (coord. J. Arancibia M.-A. Romero S.). *Librotecnia*. Santiago de Chile. 2016, 83-114. Cabe recordar que después de varios años aún pende en el Congreso Nacional un proyecto de ley que elimina privilegios procesales del Fisco).

²*Vid.* Otra vez sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. ¿Tiene un fundamento racional? ¿Es verdaderamente una presunción?, en “Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las Leyes N°s. 19.880 y 19.886 (coord. G. Bocksang-J. L. Lara). Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2013, 233-256.

³Rol 5.600, sentencia de 7.1.2020, caso Jardín Pumpin, de Valparaíso, en que llegó a haber 5 votos por acoger (entre ellos el voto de un ministro que es un prestigioso profesor de derecho administrativo) y 5 votos por rechazar, por lo cual al haber empate de votos la ley del tribunal determina que se rechaza la inaplicabilidad.

actos administrativos por parte de los particulares ante los tribunales de justicia, que por aquel tiempo aún sostenía su incompetencia para conocer de la nulidad de dichos actos?⁴.

Debe recordarse que esta pretensión de presumir conforme a Derecho los actos administrativos que han sido tomados razón, y con aplicación solo dentro de la Administración, nace por creación contralora, Dictamen 1589/1957, para obviar la aplicación del artículo 108, incisos 2º y 3º del DFL 256, de 29.7.1953, Estatuto Administrativo vigente por aquella época, es decir con una clara intención desburocratizadora, con el fin de no hacer obligatoria la “representación” de los funcionarios públicos de la orden que en virtud de ese decreto tomado razón se le imponía, si la estimaba ilegal, tal como lo establecía dicha disposición, con el objeto de evitar la responsabilidad del funcionario que cumplía órdenes ilegales sin haberla representado por escrito y seguido el procedimiento que esa norma establecía.

Pues bien, no se requiere mucho conocimiento para advertir de inmediato que tal pretensión contralora *vulneraba directamente* una disposición legal/estatutaria, como la referida, porque carecía –y aún carece, obviamente– de competencia para dejar sin efecto, esto es, derogar, una norma legal, desde que un Dictamen no es sino un “acto administrativo”, acto jurídico de inferior jerarquía que carece de toda fuerza jurídica para derogar un texto de ley. Debo señalar que no he encontrado ninguna crítica, ni en aquel tiempo ni en época posterior, a dicha decisión contralora notoriamente contraria a Derecho.

Con tal planteamiento la Contraloría iba mucho más allá de su función constitucional de velar por la legalidad de los actos administrativos, puesto que simplemente se transformaba en legislador, ya que a pretexto de “velar” por la juridicidad del actuar de la Administración, no solo “crea” normas obligatorias a través de actos administrativos, como son los dictámenes, para los organismos que la integran, sino incluso para los ciudadanos, particulares, como ocurriera una década después con el D 82.374, de 1966, sin competencia para ello, desde que su labor es solo de “interpretar” las leyes que son aplicables “por” y “a” dicha Administración, pero en caso alguno ni derogarlas ni crearlas⁵.

Llama la atención este predicamento de Contraloría porque ya en aquella época carecía de fundamento normativo en la Constitución de

⁴Vid. nuestros *La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1/1974, N°s 3/4, 349-359, y *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista de Derecho Público* 21/22 (1977), 233-249.

⁵Sobre esta costumbre contralora *extralegem* aún en aplicación por estos mismos días, yo diría hoy exacerbada, vid. nuestro reciente *La confianza legítima y el derecho administrativo chileno: de cómo se “legisla” por vía de dictámenes y sentencias judiciales con total desprecio de la Constitución*, en *Ius Publicum* 44/2020, 115-140.

1925, vigente en aquel tiempo, la cual contenía al inicio de su texto, artículo 4º, una disposición que, idéntica al artículo 160 de la de 1833, es hoy el inciso 2º del actual artículo 7º y primera parte de su inciso 3º de la vigente de 1980.

Tan carente de sustento normativo como si se pretendiera por un Auto Acordado de la Corte Suprema⁶ que las sentencias judiciales se presumen conformes a Derecho, sabiendo que ni siquiera ello es predicable de las sentencias ejecutoriadas, las que si bien son inimpugnables ello es en razón de que en algún punto ha de ponerse fin a los litigios, pero no por ser conformes a Derecho, y ni siquiera se pueda afirmar hoy por ser una “verdad jurídica”. Y tampoco con fundamento racional desde que es fruto de una perspectiva política, estatista y de tiranía, según aquello que “lo que place el príncipe es ley” (*quod princeps placuit habet vigorem*)⁷.

2. LO QUE APARECE EN EL FONDO DEL TEMA

De allí que sea necesario ir más allá en el análisis de esta “presunción de legalidad”. ¿Habrá habido solo la idea de plantear el poder desnudo de la Administración, una mera *potestas*?

Si se revisa el D 1589/1957 no aparecería pista alguna como para ver otra intención que la desburocratización que hemos señalado, pero ya en el D 82.374/1966 y años posteriores, sí es posible encontrar algo que puede indicar con más precisión la intención ahora que se le da a tal presunción de legalidad. En efecto, en el D 8.099/1973⁸ se encuentra una frase que da razón hacia dónde apunta este artificio, y es que bajo su manto permite la “ejecución” de los actos administrativos que han sido tomado razón, “sin desmedro que dichos actos puedan ser invalidados”. Vale decir, tomado razón un acto administrativo por el órgano contralor⁹

⁶Autos Acordados que tienen la naturaleza de actos administrativos de efectos jurídicos generales (al modo de un reglamento), al igual que un dictamen contralor, que es un acto administrativo de efectos singulares, o también de efectos generales según el caso (como v. gr. un dictamen de “reconsideración” de su jurisprudencia).

⁷Estatismo imperial romano redivivo en los absolutismos monárquicos de la Europa del tercer cuarto del siglo XVI, en que comienzan a afirmarse algunas naciones como Estados nacionales, bajo la eclosión de la idea de razón de Estado de Machiavello, y que en Francia comenzaría a desarrollar Bodino, con sus *Seis Libros de la República* (1575) y Hobbes años más tarde en Inglaterra con su *Leviatán* (1651), como una forma de hacer frente a la incontestable hegemonía hispánica, su siglo de oro, imperio en donde no se ponía el sol, pero en donde no primaba el estatismo, en que los territorios no fueron “colonias” al modo inglés, holandés o francés en África, y en que los naturales no eran esclavos sino vasallos, constituidos en “república de indios”.

⁸Gobierno socialista marxista, 4.11.1970-11.9.1973.

⁹No era cierto –ni tampoco lo es hoy– que la Contraloría toma razón “de un acto administrativo”, sino simplemente toma razón de un “decreto o resolución”, el cual una vez

se permite su ejecución por la Administración. Dos décadas posteriores este mismo planteamiento y con entera claridad se presenta, v. gr. en el D 26.637/1997, al expresarse que la toma de razón “imprime al acto una presunción de legalidad que determina que debe acatarse por las autoridades o particulares a quienes afecte...”. Sin seguir ahondando en la jurisprudencia, que continúa hasta hoy en el mismo sentido, aparece claro que al menos en aquel tiempo esta presunción de legalidad iba dirigida ya desde 1966-70 a que el hecho de la toma de razón de un decreto o resolución, y concluida la etapa de publicidad, obligaba a su cumplimiento y podía la Administración llevarla a efecto, o sea a ejecutarlo por sí misma, o como dirá en 2003 la Ley N° 19.880 (artículo 3° inciso final), en terminología extranjerizante, “autoriza su ejecución de oficio”¹⁰.

3. UNA EXTENSIÓN CARENTE DE JUSTIFICACIÓN RACIONAL

Siguiendo el análisis ha de observarse que si bien pudo tener alguna justificación de buen orden administrativo, aunque enteramente contrario a Derecho, lo determinado por la Contraloría en 1957, por su D 1598, no existía ninguna razón jurídica válida para extender esa presunción a los particulares, o sea que estos debían entender que los actos administrativos eran conformes a Derecho por el hecho de haber sido tomado razón por la Contraloría.

Lo curioso e insostenible es que tal presunción se ha hecho extensiva a los actos administrativos exentos de dicho trámite preventivo de juridicidad, los cuales, por lo tanto, no han sido examinados por la Contraloría en su conformidad a Derecho en el procedimiento de su elaboración, y, por ende, aquella no tiene fundamento alguno, esto es, carece de toda justificación, ni en lo hechos, ni racional ni jurídica. Y, sin embargo, se sigue sosteniendo, bajo la sola *potestas* contralora.

Pero lo peor es que la Ley N° 19.880/2003, artículos 3° inciso final y 51 (que habla de la “ejecutoriedad” del acto administrativo, Párrafo 3° Ejecución, Capítulo III. Publicidad y ejecutividad de los actos administrativos)¹¹,

tomado razón y terminado su procedimiento de elaboración, o sea notificado a su destinatario o publicado si es de efectos generales, adquiere la calidad jurídica de “acto administrativo”; de lo que propiamente toma razón el órgano contralor es de un “proyecto de acto” que cumple ante dicho órgano la cuarta etapa de su procedimiento de elaboración.

¹⁰Vid. la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, 30/1992, artículo 57.1.

¹¹No entramos aquí a observar la “promiscuidad” en el uso de los términos que emplea la ley, tomando por lo mismo como si fueran sinónimos la ejecutoriedad, la ejecutividad y la ejecución de los actos administrativos. Para evitar los equívocos que surgen con tal falsa sinonimia, hemos utilizado el término “aplicación” del acto administrativo para referir a su ejecución concreta en los hechos, es decir a la “autotutela ejecutiva”, como lo hemos desarrollado en *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53.

y también la jurisprudencia contralora, no hacen distinción a este respecto entre unos y otros actos administrativos, por lo cual se seguiría que también para los exentos se aplicaría esta presunción de legalidad, entendiéndolo así también los tribunales ordinarios de justicia e incluso el tribunal constitucional¹². Al respecto, llama la atención el que la Ley N° 19.880, en su artículo 1°, inciso 2°, establece expresamente que la toma de razón se regirá por lo dispuesto en la “ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República”, de lo que se seguiría la lógica conclusión de que los actos exentos de la toma de razón no están cubiertos por la referida presunción de legalidad, desde que tal ley no la ha establecido en ninguna de sus disposiciones.

Al llegar a este punto, podríamos preguntarnos –aunque parezca paradójico– si este análisis no sería vano, ya que la tal manida presunción no tiene ninguna aplicación práctica por cuanto, afortunadamente, el ordenamiento chileno prescinde de esta construcción artificial para potenciar la *potestas* de la Administración, desde que la autotutela ejecutiva de ella solo está permitida *en los casos específicos expresamente establecidos por la ley* y, además, siempre sujeta en su ejercicio a la potestad jurisdiccional (artículo 73/76 de la Constitución), la cual se atiene únicamente a los hechos del proceso y, en este aspecto de la mentada presunción de legalidad, a la Constitución (artículo 19 N° 2, igualdad ante la ley, prohibición de diferencias arbitrarias y exclusión de todo grupo o clase privilegiados).

4. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD FRENTE A LA CONSTITUCIÓN

En otra ocasión hemos estudiado la Ley N° 19.880 y especialmente si guarda conformidad con la Constitución e incluso con la Ley N° 18.575, de la cual es tributaria, dado su carácter de ley orgánica constitucional, de bases de la Administración del Estado¹³, y como señalábamos al comienzo de estas notas, llama la atención el hablar esta ley (artículo 3° inciso final) de “ejecución de oficio” de los actos administrativos si se tiene presente su confrontación directa con el propio régimen constitucional y legal orgánico constitucional, además del propio ordenamiento legal ordinario, como creemos haber demostrado no hace mucho¹⁴. Y esa confrontación se da porque es un *privilegio* que pugna con la declaración rotunda del

¹²No podemos entrar aquí en este punto de las jurisdicciones aludidas.

¹³*Vid.* nuestro *La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos ¿al eluya o misere-re?*, en “La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos”, *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, 2003. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, después en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 323-348.

¹⁴*Vid.* nuestro *La aplicación del acto administrativo*, citado en nota 11 precedente.

artículo 19 N° 2 de la Constitución, que “prohíbe la existencia de persona o grupo privilegiado” (*idem*, inciso 1°, frase segunda), que afirma sin discusión la “igualdad ante la ley” (*idem*, inciso 1° frase primera) y, además la “prohibición” tanto para la ley como para cualquiera autoridad “de hacer diferencias arbitrarias” (*idem* inciso 2°). Y teniendo en cuenta que el artículo 7° inciso 2° precisa de modo clarísimo que ningún órgano público tiene más poderes jurídicos que aquellos que “expresamente le hayan sido conferidos por la Constitución o las leyes”, las que deben “expresar de modo específico” la potestad conferida y no de manera genérica, como ocurre en este caso. Jamás debe olvidarse que los poderes jurídicos de que están dotados las autoridades públicas son tasadas, delimitadas, acotadas, explícitas, otorgadas de modo expreso y formales, siguiendo lo que desde 1833 dispone el actual artículo 7° referido. Y que, además, pugna con los artículos 2° y 3° de la Ley N° 18.575, que impone a todo órgano de la Administración su estricta sujeción a Derecho y a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, que allí enumera¹⁵.

5. ¿CONSTITUYE UN PRIVILEGIO PROCESAL?

Esta presunción que estamos analizando con detalle, ¿habrá tenido por finalidad obtener un “privilegio procesal”, en cuanto “alteraría la carga de la prueba” ante el juez que va a conocer de la impugnación del acto administrativo que afecta a su destinatario?

Así se suele leer en los autores, repitiendo lo que se dice en otros ordenamientos y no en el propio, y que incluso aparece en más de un fallo del Tribunal Constitucional al efectuar citas¹⁶.

Sin embargo, ello no resulta exacto, si se atiende a las acciones procesales concretas que se ejercen para impugnar la juridicidad de un acto administrativo. En efecto, si se ejerce, *v. gr.*, la “acción de protección” no hay alteración de la carga de la prueba para el afectado por dicho acto porque al actor tocará, necesariamente, probar que tiene un “derecho fundamental” cuyo ejercicio lo hace de modo “legítimo” (o sea conforme a Derecho), y que ha sido “afectado” sea en grado de “amenaza”, “perturbación” o “privación”, por un “órgano de la Administración del Estado”, a través de un “acto” (u “omisión”) “contrario a Derecho”, sea ilegal y/o arbitrario. Lo que ha de probar el actor, respecto de la Administración y

¹⁵Artículo 2° que no es sino repetición de los artículos 6° y 7° de la Constitución y artículo 3° que explicita como principios las “bases de la institucionalidad” que se imponen a todo órgano de la Administración en su misión de promover el bien común, satisfaciendo las necesidades públicas.

¹⁶*Vid. v. gr.*, rol 5.600-18 Tribunal Constitucional, fallo de 7.2.2020, consid. 15 o 18.

su acto, es que dicho agravio que sufre es obra de ella y que su acto es ilegal o arbitrario, pero no hay alteración alguna de la carga de la prueba desde que si el actor le imputa un hecho, obviamente, ha de probarlo y si lo califica de antijurídico, también es obvio que ha de probarlo. Pero esto no dice relación con una pretendida presunción de legalidad que cubriría al acto reclamado; es más, su autor, en el informe que le es exigido por el tribunal, deberá forzosamente “probar” que dicho acto es conforme a Derecho, y que cumple con cada uno de los presupuestos, supuesto y elementos que lo hacen válido en el ordenamiento vigente. Hay que insistir que para el juez no tiene ninguna validez jurídica tal presunción, aunque lo establezca una ley ordinaria (que, por lo demás, es patente su inconstitucionalidad en este aspecto y, también, en varios más¹⁷), ya que él está sujeto, en la acción de protección, primordialmente, a la Constitución, y a las leyes que sean conformes a esta, como lo obligan de manera perentoria y clara los artículos 6º y 7º. Lo mismo ocurre si se ejerce la acción constitucional de “nulidad de derecho público”, y cualquiera de las numerosas acciones legales de nulidad que se pueden ejercer para impugnar actos administrativos, cualquiera que sea su denominación, si reclamación, apelación, etc.¹⁸.

Por otra parte, la Administración ni siquiera necesita acudir a esta pretendida presunción de legalidad para ejecutar sus actos porque puede hacerlo siempre pero en la medida que su actuación sea de acuerdo con lo que ha establecido el ordenamiento, es decir adecuando su actuar a la Constitución. Y así, si se trata de exigir a un destinatario el cumplimiento de un determinado acto administrativo, habrá de estarse a si este le ha impuesto una prestación de dar, hacer o no hacer (según lo hemos desarrollado en trabajo citado en nota 11 precedente).

6. ¿UNA ANTINOMIA? PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD E INVALIDACIÓN

Otro punto que hay que abordar y que no deja de ser muy importante para demostrar la ausencia de fundamento racional que tiene el afirmar la presunción de legalidad de los actos administrativos, es que si, por mera hipótesis, se la admitiera no cabría sostenerse –como se hace habitualmente incluso por dictámenes contralores y fallos judiciales– que un acto administrativo pudiera ser dejado sin efecto por la misma autoridad que lo emitió alegando que con posterioridad se dio cuenta que es ilegal, que se

¹⁷Vid. Aleluya o miserere, cit. en nota 13 precedente.

¹⁸Vid. G. Delgado Bravo, Algunas consideraciones acerca de la presunción de legalidad de los actos administrativos en contencioso administrativo de nulidad y responsabilidad patrimonial, en *Ius Publicum* 42/2018, 129.147, espec. 139-143, con bibliografía.

equivocó, que cometió un error. En otros términos, alegando que cometió una infracción a Derecho, por sí y ante sí, lo deja sin efecto, y con efecto retroactivo, y olvidándose (pasando más bien de largo, sin importarle), que el acto que invalida ha producido efectos jurídicos en su destinatario, sea un acto de beneficio, o incluso un acto sanción¹⁹.

Si por el simple hecho de dictarse un acto administrativo (sea que haya sido con toma de razón o exento) se afirma que goza del manto de conformidad a Derecho, no aparece procedente que la misma autoridad (y tampoco su superior jerárquico, si lo tuviere) diga lo contrario, por sí y ante sí, y simplemente lo “invalida”, por su simple afirmación de ser, según su propia decisión, contrario a Derecho. Eso atenta en contra del más elemental sentido de justicia, y de justicia natural, además de violar no solo normas constitucionales sino principios elementales de derecho, de antigüedad infinisecular. Por desgracia, la Contraloría en su momento cuando aparece esta presunción y también en época posterior parece olvidar que el acto administrativo produce efectos jurídicos, pues para eso se dicta, y esos efectos son derechos que se incorporan al patrimonio del destinatario (artículo 19 N° 24 inciso 1°, esos derechos son “bienes incorpóreos”, en el lenguaje constitucional) y, por tanto, son adquiridos por él, cierto que en la medida de estar de buena fe, esto es no haber sido parte en la comisión del error del autor del acto en cuestión. Pero ello es competencia del juez, es materia de “reserva judicial” y no del propio autor del acto en ejercicio de autotutela declarativa (e incluso ejecutiva si pretende llevarlo a cumplimiento).

Nos parece sorprendente que el propio organismo contralor ya en 1973 haya dictaminado que esta presunción de legalidad de los actos administrativos tomados razón por él –que él mismo había creado por vía jurisprudencial– es “sin desmedro que puedan ser invalidados” por la misma autoridad que lo emitió si ocurre que se da cuenta que lo dictó en contrariedad a Derecho. Pero ¿no se ha afirmado, acaso, que por la

¹⁹Sobre “invalidación” en nuestro derecho administrativo *vid.* nuestros Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno, en *RDJ*, t. 85/1988, Primera Parte, Sección Derecho, 157-167; Invalidación de los actos administrativos, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16/1989, 475-485; Sobre la autotutela de la Administración, la jurisprudencia judicial, en *La Semana Jurídica* N° 38/30.7-58.2001, 5; La intangibilidad de los permisos de construir. ¿Es posible dejarlos sin efecto por vía administrativa?, en *Ius Publicum* 19/2007, 127-131; Invalidación de los actos administrativos y certeza jurídica-estabilidad en Chile. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, en *Administración y Derecho* (coord. E. Soto Kloss). Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho-La Ley-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 283-297; y tener presente nuestros La noción de acto administrativo en el derecho chileno. Una visión sustancial, en *Revista de Derecho Público* 60/1996, 85-97, también en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012, 281-291, y Derecho público y derechos adquiridos, requiem para una inepica doctrinaria, en *RDJ* t. 81/1984, Primera Parte, Sección derecho, 87-96.

toma razón contralora tiene una presunción de ser conforme a Derecho? Quiere decir, entonces, que “la toma de razón no es un elemento que atestigüe que es conforme a Derecho el decreto o resolución sujeto a este trámite procedimental de juridicidad”, si la misma Contraloría afirma que a pesar de ello el propio autor del acto puede y debe dejarlo sin efecto (D 8099/1973, repetido entre muchos, v. gr., 26.637/1997, 34.186/2004, 38.395/2011, etc.). Qué mayor argumento –dado por la propia Contraloría, creadora de esta presunción de legalidad– para demostrar que este artificio carece de toda fundamentación racional.

¿Qué sentido puede tener afirmar una tal presunción como principio (artículo 3º, inciso final Ley Nº 19.880) si al mismo tiempo se afirma que la misma autoridad administrativa que ha emitido un acto la puede destruir, por sí y ante sí, alegando con posterioridad que dicho acto es contrario a Derecho? Habrá de convenirse que carece ello de sentido, no solo por lo dicho sino además porque desde que produjo efectos jurídicos ese acto, la autoridad que lo emitió “queda desasida” como para volver sobre sus propios actos, porque ha producido efectos en un destinatario, que son protegidos por la propia Constitución. No puede olvidarse que rigen aquí principios de Derecho tan insoslayables como el *venire contra factum proprium non valet*, *nemo allegans propriam turpitudinem*, *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriae, quam patere fecisti*, y el básico de la *bona fide*. Y que se resume en algo tan elemental en un régimen de derecho como es el respeto de los derechos adquiridos, que nuestra Constitución consagra de modo expreso, como veíamos (artículo 19 Nº 24, inciso 1º, “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales”, y los efectos jurídicos de los actos administrativos son precisamente “bienes incorporeales”).

7. ¿TIENE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL?

El Tribunal Constitucional en el Rol 5.600, sentencia del 7.1.2020, considerando 17, sostiene que esta presunción tiene su fundamento en la misma Constitución, tal vez para darle mayor solidez al artículo 3º, inciso final, de la Ley Nº 19.880, cuya inconstitucionalidad se alega por parte del actor en dicha causa. Esa fundamentación la justifica en el artículo 6º de la Constitución, que establece el principio fundamental de la “supremacía constitucional”, puesto que se dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.....” (inciso 1º). En tal virtud, el fallo referido concluye que dado que deben sujetarse a dichas normas, los actos que dictan son conformes a Derecho. No dudo en afirmar que me daría vergüenza intelectual firmar tal proposición, porque además de constituir una petición de principios, es de una ingenuidad impropia de la más alta magistratura constitucional de

la República. La disposición constitucional es un “imperativo” que cumplir por todo órgano del Estado, sea administrativo, legislativo o judicial o contralor, cuando actúe, pero en caso alguno significa que porque así lo estipule el constituyente, todo lo que hagan esos órganos es conforme a Derecho; resulta insólita tal afirmación, desde que ello importaría que son enteramente inútiles todos los organismos de control jurídico como son la Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y hasta el mismo Tribunal Constitucional...

Tanto más insólita resulta tal afirmación que parece olvidar que el artículo 7º, que sigue al 6º, inmediatamente, dispone que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (inciso 1º), a lo que agrega su inciso 3º el famoso “cierre del sistema”: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo...”. Lo que indica con meridiana claridad que los actos de los órganos del Estado son conformes a Derecho solo, única y exclusivamente, en la medida que sean conformes con la Constitución, o sea cumplan con los requisitos esenciales para su validez jurídica, como son los que establece el inciso 1º recién transcrito, y ello lo declarará no el mismo autor del acto (lo que sería una muestra de orgullo imperial inaceptable en una república), sino el juez en un debido proceso, con audiencia del afectado que lo impugna por ser contrario a Derecho.

De allí que estas normas fundamentales no dan asilo alguno a la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos, como es el caso que analizamos.

* * *

Para terminar, qué mejor tomar el título que el profesor Aróstica Maldonado dio allá por 1991 a un trabajo suyo, hoy clásico, al tratar del tema, y preguntarnos “¿Qué queda de la presunción de legalidad?”²⁰. La respuesta que habrá que darse es bien escueta: nada.

²⁰En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 88/1991, Primera Parte, Sección Derecho, 1-7.

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y COVID-19: ANÁLISIS Y CRÍTICA

José Luis Lara A. y Florencia Portales P.***

SUMARIO: I. Introducción. II. La Administración del Estado frente al Covid-19. III. Crisis, estados de excepción y actuación jurídica unilateral de la Administración del Estado (acto y procedimiento). IV. Crisis sanitaria y actuación bilateral de la Administración (convenios y contratos). V. El control de la Administración en tiempos de pandemia. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN TIEMPOS DE CATÁSTROFE

Tradicionalmente, el objeto de estudio de nuestra disciplina se centra en circunstancias de normalidad constitucional, esto es, bajo la sujeción plena e irrestricta de los órganos de la Administración del Estado a Derecho, o al denominado Principio de Juridicidad¹. Dicho principio, constituye el eje estructurante tanto de la existencia como del actuar de los órganos integrantes de los cuadros de la Administración del Estado (Artículos 6 y 7 de la Constitución Política). Ello, básicamente y como es sabido, importa que la ley (o la Constitución como ley suprema) confieren potestades a los órganos administrativos, para satisfacer necesidades públicas en las más diversas esferas del quehacer de la sociedad con miras a la consecución del bien común. La prístina estructura de existencia y operación de los órganos administrativos se ve trastocada –aparente mas no sustancialmente como apreciaremos– frente a circunstancias extraordinarias o de crisis, sean producidas por la acción antrópica o de la naturaleza.

*Abogado UC. Doctor en Derecho y Magíster en Ciencias Jurídicas UC. Profesor de Derecho Administrativo UC y de Contratación Administrativa en el Magíster LLM UC. Socio del área Derecho Público del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU (PPU).

**Abogada UC. Profesora del Diplomado en Contratación Administrativa y Compras Públicas, Ayudante de Derecho Administrativo UC. Asociada senior área Derecho Público del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU (PPU).

¹Vid. Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, especialmente su tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

Es precisamente en este contexto de crisis o de catástrofe tan lastimosamente frecuente entre nosotros, es que resulta más imperativo el estudio del actuar de la Administración del Estado. Para ello, presentamos esta investigación, parte de un trabajo mayor, que pretende pronunciarse respecto de las situaciones originadas, en el ámbito del actuar jurídico formal de la Administración del Estado, como consecuencia de la Declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe con motivo de la crisis sanitaria generada en nuestro país y a nivel global con ocasión del Virus SARS - COVID-19 surgido en China a fines de 2019 y que hoy afecta seriamente a nuestro país y al mundo. Con tal propósito, expondremos brevemente los efectos de la Declaración Constitucional de Estado de Excepción de Catástrofe para luego analizar las medidas administrativas adoptadas por la autoridad, tanto a nivel unilateral como bilateral y sus impactos desde la perspectiva del control.

1.2. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

Históricamente, y como las personas, los países sufren crisis, contratiempos, y viven momentos particulares que harán requerir que las autoridades cuenten y ejerzan las potestades que el ordenamiento jurídico les ha conferido para hacer frente a dichas situaciones.

Desde el mundo antiguo, hasta bien entrado el siglo XX, el Estado reaccionaba enérgicamente para afrontar las diversas amenazas al orden público, la vida de sus ciudadanos, o a la salud pública, sin ocuparse mayormente de los derechos individuales. *Desde mediados de siglo comienza, en cambio, a mirarse la regulación de los denominados “estados de excepción”, no solo como una atribución al gobierno, de potestades extraordinarias en situaciones extraordinarias, sino también un riguroso freno a los excesos del poder, en resguardo de las personas*².

Al hablarse de “estados de excepción”, se hace referencia a *un derecho de excepción destinado a regir en situaciones de anormalidad, ya sea política, económica o social, nacional o internacional, y cuyo efecto incide principalmente, en ampliar las facultades de la autoridad política y administrativa para restringir, limitar o suspender los derechos individuales o sociales*³.

En tiempos de normalidad, el ordenamiento jurídico establece derechos y deberes que, en definitiva, limitan el comportamiento de las personas con la intención de propender a una sana convivencia. Es decir, se establecen determinados “bienes jurídicos”, como lo pueden ser el orden público, la moral y las buenas costumbres, que requieren ser respetados

²Ríos Álvarez, Lautaro. “Los Estados de Excepción Constitucional en Chile”, *Ius et Praxis*, V. 8, n. 1. Talca, 2002.

³*Op. cit.*

y protegidos. Con mayor razón, en circunstancias excepcionales, como en caso de guerra externa; guerra interna o conmoción interior; casos graves de alternación al orden público; daño o peligro para la seguridad nacional y calamidad pública, la Administración requerirá de facultades extraordinarias, a través de las cuales podrá restringir los derechos fundamentales de las personas, de manera transitoria, y siempre con la intención de volver a la normalidad⁴.

En la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, la “Constitución”), los estados de excepción constitucional se encuentran regulados entre los artículos 39 a 45, complementados por la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción.

El artículo 39 de la Constitución establece: *El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas solo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.*

Es así como nuestra carta fundamental reconoce que la limitación de los derechos esenciales e inherentes a toda persona humana solo procede en circunstancias extraordinarias, y de forma sumamente excepcional. En definitiva, se impone una limitación al Estado, pues podrá ver robustecidas sus potestades solo en caso de que se cumplan supuestos de hecho determinados.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante tener en consideración que, de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución, los tribunales de justicia no tendrán facultades para calificar los fundamentos ni las circunstancias de los hechos invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción⁵. En cualquier caso, existe la limitación a la autoridad con respecto de aquellas medidas particulares que sean adoptadas, es decir, respecto de las determinaciones por parte de la autoridad que afecten los derechos de una persona en específico, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que correspondan.

Los estados de excepción constitucional no pueden ser más, ni ser otros, desde que la Constitución los circunscribe expresamente, que aquellos establecidos en el artículo 40 y siguientes, y bajo ninguna circunstancia se pueden afectar otros derechos fundamentales distintos a los que en los artículos mencionados se señalan que podrán restringirse.

⁴Pfeffer Urquiaga, Emilio. “Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional”, *Ius et Praxis*, V. 8, n. 1. Talca, 2002.

⁵Salvo en el caso de declaración por parte del Presidente de la República de estado de asamblea o de sitio, pues las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional para pronunciarse sobre ellas, pueden ser revisadas por los tribunales de justicia.

Los estados de excepción constitucional son, exclusivamente, el Estado de Asamblea, que procede en caso de guerra exterior, el Estado de Sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción. Así:

- a. *Estado de Asamblea*: Procede en caso de guerra exterior, el cual mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.

Bajo el estado de Asamblea se pueden suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo, el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

- b. *Estado de Sitio*: Procede en caso de guerra interna o grave conmoción interior, y se establece solo por un plazo de 15 días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga.

Bajo el Estado de Sitio se pueden suspender o restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el derecho de reunión.

- c. *Estado de Emergencia*: Procede en situaciones de grave alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional. No podrá excederse por más de 15 días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. En caso de que se quiera hacer prórrogas sucesivas a los 15 días ya prorrogados, se requiere el acuerdo del Congreso Nacional.

Bajo el Estado de Emergencia se pueden restringir las libertades de locomoción y de reunión.

- d. *Estado de Catástrofe*: Procede en caso de calamidad pública, lo debe declarar el Presidente de la República, determinando la zona afectada por dicha calamidad (artículo 41 de la Constitución). El Presidente deberá solo informar al Congreso Nacional de las medidas a tomar.

El estado de catástrofe se puede decretar por un plazo máximo de 90 días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda solicitar nuevamente su prórroga o una nueva declaración si subsisten las circunstancias que lo motivan⁶.

Una vez que el Presidente de la República informa al Congreso las medidas a tomar, este último tendrá la facultad de dejar sin efecto la declaración una vez transcurridos 180 días contados desde la declaración de estado de catástrofe, si las razones que lo hubieren motivado hubieren cesado de forma absoluta. Con todo, el Presidente de la

⁶Artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.145 de los Estados de Excepción.

República solo podrá declarar estado de catástrofe por un período superior a un año con el acuerdo del Congreso Nacional. El Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisición de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad de la zona afectada. De acuerdo con el artículo 45 de la Constitución, las requisiciones de bienes que se practiquen, y toda aquella limitación al derecho de propiedad que se imponga y cause daño, darán a lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley.

II. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ANTE EL COVID-19

II.1. MINISTERIO DE SALUD Y DECLARACIÓN DE ALERTA SANITARIA

El 30 de enero de 2020 el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró públicamente que el brote de COVID-19 constituye una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), según lo dispuesto en el artículo 12⁷ del Reglamento Sanitario

⁷El artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional dispone lo siguiente: *Determinación de una emergencia de salud pública de importancia internacional*

1. El Director General determinará, sobre la base de la información que reciba, y en particular la que reciba del Estado Parte en cuyo territorio se esté produciendo un evento, si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en el presente Reglamento.

2. Si el Director General considera, sobre la base de la evaluación que se lleve a cabo en virtud del presente Reglamento, que se está produciendo una emergencia de salud pública de importancia internacional, mantendrá consultas con el Estado Parte en cuyo territorio se haya manifestado el evento acerca de su determinación preliminar. Si el Director General y el Estado Parte están de acuerdo sobre esta determinación, el Director General, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 49, solicitará la opinión del comité que se establezca en aplicación del artículo 48 (en adelante el «Comité de Emergencias») sobre las recomendaciones temporales apropiadas.

3. Si después de las consultas mantenidas según lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo el Director General y el Estado Parte en cuyo territorio se haya manifestado el evento no llegan a un consenso en un plazo de 48 horas sobre si dicho evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional, se tomará una determinación de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 49.

4. Para determinar si un evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional, el Director General considerará:

- a) la información proporcionada por el Estado Parte;
- b) el instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2;
- c) la opinión del Comité de Emergencias;

Internacional⁸, aprobado por Chile en virtud del Decreto Supremo N° 230 de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores⁹.

En el contexto anterior, resulta indispensable que las autoridades de salud y los servicios públicos relacionados, dentro del marco de su competencia y en la forma que lo prescribe la ley, puedan realizar las acciones de salud pública que sean necesarias con la intención de prevenir y controlar en forma efectiva las posibles consecuencias sanitarias derivadas del brote COVID-19.

Por su parte y en el ámbito interno, el artículo 36 del Código Sanitario dispone que: *Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.*

De ahí, con fecha 8 de febrero de 2020 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto N° 4 (en adelante, el “Decreto N° 4”), emitido por el Ministerio de Salud, bajo la fórmula, *por orden del Presidente de la República*, en virtud del cual se declaró *Alerta Sanitaria* en todo el territorio de la República, para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del “Nuevo Coronavirus 2019” o COVID-19.

Debido a la declaración de Alerta Sanitaria en virtud del aludido artículo 36 del Código Sanitario, se le confirieron una serie de potestades extraordinarias a la Subsecretaría de Salud Pública, Sistema de Redes Asistenciales, Instituto de Salud Pública, Fondo Nacional de Salud, Central Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud, y Superintendencia de Salud, según fuera necesario conforme a las medidas señaladas taxativamente en los artículos 2 al 8 del referido Decreto N° 4.

Las prerrogativas otorgadas permiten a los servicios públicos señalados actuar oportunamente en cuanto a la provisión de recursos y a la adopción de medidas extraordinarias que fueren necesarias. Entre otras facultades,

d) los principios científicos, así como las pruebas científicas disponibles y otras informaciones pertinentes; y una evaluación del riesgo para la salud humana, del riesgo de propagación internacional de la enfermedad y del riesgo de trabas para el tráfico internacional.

5. Si el Director General, después de mantener consultas con el Estado Parte en cuyo territorio ha ocurrido el evento de salud pública de importancia internacional, considera que una emergencia de salud pública de importancia internacional ha concluido, adoptará una decisión de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 49.

⁸Véase nota siguiente.

⁹Las disposiciones del Reglamento Sanitario Internacional forman parte de las obligaciones que ha suscrito y ratificado el Estado de Chile en el ámbito internacional, pues en la 58ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud, llevada a cabo en Ginebra con fecha 23 de mayo de 2005, se adoptó el Reglamento Sanitario Internacional de La Salud.

se les facilita la contratación de personal adicional para la red de salud, así como la compra acelerada de insumos médicos.

Por su parte, el artículo 9 del Decreto N° 4 obliga a los servicios públicos en general y a los demás organismos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, y a otras entidades públicas o privadas, a colaborar con los servicios públicos relacionados con la salud. Esto para que puedan efectivamente cumplir con las facultades extraordinarias dispuestas de manera coordinada.

Finalmente, se establece por el artículo 10 del Decreto N° 4 que *este tendrá una vigencia de un año, sin perjuicio de la facultad de poner término anticipado si las condiciones sanitarias así lo permiten o de prorrogarlo en caso de que estas no mejoren.*

III. CRISIS, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y ACTUACIÓN JURÍDICA UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN (ACTO Y PROCEDIMIENTO)

Resulta pacífico en nuestro medio que la Administración del Estado debe satisfacer las necesidades públicas de manera permanente y continua. Pues bien, como consecuencia de la crisis generada por el Covid-19, el Presidente de la República a través del Decreto Supremo N° 104, publicado el 18 de marzo de 2020, decretó el Estado de Catástrofe, el cual comenzó a regir el 20 de marzo de 2020, medida que rige para todo el territorio nacional y que tiene como objetivo hacer frente a la crisis sanitaria. A raíz de la declaración del estado de excepción mencionado, se han declarado toques de queda, prohibiciones de traslados entre ciudades y limitaciones al desplazamiento, entre otras medidas.

Sin embargo, esta circunstancia excepcional no constituye un pretexto para suspender o entorpecer el cumplimiento de la función pública por parte de la autoridad, sino que, todo lo contrario, es precisamente en estas circunstancias que surge con mayor intensidad la necesidad y deber, por lo demás, de ejercer sus competencias por parte de los órganos públicos. Podría interpretarse que la declaración del estado de catástrofe pretende precisamente asegurar el normal abastecimiento de la población, tanto de alimentos como insumos médicos, y evitar, en la medida de lo posible, los contagios.

Sin perjuicio de la imperativa necesidad de los órganos administrativos de ejercer sus competencias, de seguro, ello deberá mirarse con extrema atención respecto de determinadas actuaciones en el ámbito unilateral que, desde la perspectiva legislativa y jurisprudencial puedan terminar afectando la oportunidad de la misma, conforme lo veremos enseguida.

III.1. CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

Como es sabido, una de las razones para la impulsión de la Ley N° 19.880 de bases sobre procedimientos administrativos (en adelante, la Ley N° 19.880), fue precisamente dar remedio al incumplimiento de plazos por parte de la Administración del Estado. De hecho, el proyecto original se ingresó como una Ley de Plazo y de Silencio, para luego, durante la tramitación legislativa, incorporar un conjunto de disposiciones que a la postre terminaron configurando una ley sobre procedimiento administrativo.

En tal sentido, si bien el artículo 23 de la Ley N° 19.880 contempla expresamente el deber de los órganos de la Administración del Estado de dar cumplimiento a los plazos, a reglón seguido, el artículo 27 de la aludida norma contempla el caso *fortuito* y la *fuerza mayor* como causales habilitantes para exceder el plazo máximo previsto de 6 meses de duración del *iter* procedimental. A ello, se suma el tratamiento que el mismo legislador dispensa respecto de la “teórica” solución a la problemática de la inobservancia de los plazos, esto es, consagrar efectos (positivos o estimatorios y negativos o desestimatorios) frente al incumplimiento de estos, por la vía del reconocimiento del silencio por parte de la Administración (especialmente artículos 64 y 65 de la misma ley); lo cierto es que la institución del silencio no ha prosperado, y cuando lo ha sido, ha operado el negativo al ser reconocido como la regla general y, por cierto, sin fundamentación alguna. A mayor abundamiento, la jurisprudencia administrativa de Contraloría General ha dispuesto, en innumerables oportunidades, que los plazos no son fatales para la administración, sin perjuicio del principio conclusivo y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios.

Frente a dicho panorama, no cabe ninguna duda, que la situación de pandemia y de cuarentena total que ha afectado a gran parte del territorio nacional durante varios meses, será seguramente invocada por la Administración como una circunstancia exoneratoria para dar cumplimiento a los plazos en materia de procedimientos¹⁰, ya sea autorizatorios, de beneficio, certificatorios, etc. Y quién sabe si tal vez sea invocada como causal para resultar oponible frente al decaimiento de procedimientos administrativos sancionatorios que pueda pretender aplicar la judicatura ordinaria.

III.2. SUSPENSIÓN DE PLAZOS

¹⁰En este sentido expresa la Resolución N° 8, emitida por la Contraloría General de la República con fecha 8 de abril de 2020, la que señala que 1°. *Las diligencias que deban desarrollarse durante la etapa indagatoria de sumarios administrativos que se encuentren en tramitación o que se instruyan durante la vigencia de la presente resolución, se realizarán por medios electrónicos y/o digitales (...).* 3°. *El inculcado dentro del término para evacuar sus descargos y antes de la presentación de estos, podrá solicitar fundadamente la suspensión del procedimiento sumarial. (...).*

Distinta será, de seguro, la situación de los plazos que afecten a los particulares interesados que interactúen con la Administración del Estado, ya sea en el ámbito de los procedimientos de beneficio o de sanción¹¹.

De beneficio, tratándose de asignaciones de fondos concursables, subsidios y becas, en que la Administración del Estado, podrá apremiar a privados para la entrega de documentación bajo el apercibimiento de tener por desistida la solicitud o bien, mantendrá incursos procedimientos concursales o lisa y llanamente los declarará desiertos o revocará, sobre la base de razones de mérito, conveniencia u oportunidad, como por ejemplo ha sucedido este año con el concurso para el otorgamiento de becas para la realización de estudios de magíster en el extranjero a causa de la crisis sanitaria; lo mismo podría suceder respecto de fondos concursables en materia de asignación de recursos en las artes y la cultura¹².

Por otra parte, cabe determinar qué sucederá con aquellos actos de beneficio que estaban sujetos a la realización de determinadas obras dentro de un cierto plazo por parte del titular del beneficio, como sucede con el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas¹³ y sus obras de captación; o la empresa concesionaria sanitaria tratándose de las obras de infraestructura asociadas a su plan de desarrollo o las construcciones

¹¹De acuerdo con lo dispuesto por el Dictamen N° 3.610 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la República, y debido a la contingencia ocasionada por el Covid-19, se ha estimado necesario suspender el plazo de 18 meses regulado en el artículo 73 bis del decreto supremo N° 212, de 1992, que permite inscribir un nuevo vehículo en el Registro Nacional de Vehículos de Pasajeros, y que se computa desde que se ha cancelado un vehículo por su antigüedad o se ha solicitado su cancelación.

¹²Adicionalmente, se ha establecido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, una *Modificación simplificada de convenios*, debido a la pandemia ocasionada por el Covid-19. <https://www.cultura.gob.cl/institucional/ministerio-de-las-culturas-las-artes-y-el-patrimonio-establecio-medida-excepcional-para-casos-que-amerite-la-modificacion-de-convenios-debido-a-la-pandemia-del-covid-19/>

¹³En virtud de la Resolución Exenta N° 492, del Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, emitida con fecha 27 de marzo de 2020 se suspenden *para los administrados, desde el 18 de marzo y hasta el 18 de mayo de 2020, ambas fechas inclusive, los plazos pendientes de vencimiento en el período señalado, asociados a la generalidad de los procedimientos administrativos establecidos en el Libro Segundo del Código de Aguas, incluidos los plazos para la interposición de los recursos de reconsideración establecidos en el artículo 136 del aludido cuerpo legal, que se siguen ante este Servicio*. Posteriormente, en virtud de la Resolución Exenta N° 957, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, con fecha 20 de mayo de 2020, se prorroga desde el 19 de mayo de 2020 al 2 de junio de 2020, la Resolución DGA (exenta) N° 492, de 27 de marzo de 2020, únicamente, respecto de los trámites que deban realizarse en las 32 comunas de la provincia de Santiago, más las comunas aledañas de Puente Alto, Buín, San Bernardo, Padre Hurtado, Lampa y Colina, todas de la Región Metropolitana, como asimismo las comunas de Iquique y Alto Hospicio, en la Región de Tarapacá.

vinculadas al otorgamiento de un permiso de operación de un casino de juegos¹⁴, por citar algunos ejemplos.

III.3. EL DECAIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE FISCALIZACIÓN

En cuanto al ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios y el decaimiento del mismo que importa –sin correlato legislativo– una construcción jurisprudencial en orden a que, transcurrido un determinado plazo razonable de una fiscalización administrativa sin la aplicación de una sanción, la potestad sancionatoria decae (se extingue), habrá que ver qué actitud asumirá la jurisprudencia jurisdiccional para efectos de ponderar o no la crisis sanitaria en la determinación del plazo razonable.

Por otro lado, en cualquier caso, se debe tener presente lo señalado por el inciso 3, del artículo 8 de la Ley N° 21.226 que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile, el cual hace referencia a la prórroga de relevantes plazos como los de prescripción y caducidad, respecto de acciones específicas: *Asimismo, no aplicará lo dispuesto en el inciso primero de este artículo para el ejercicio de las acciones laborales y de competencia de los juzgados de policía local, en cuyo caso se entenderán prorrogados los plazos de prescripción y caducidad respectivos, hasta cincuenta días hábiles contados desde la fecha de cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso.*

¹⁴En circunstancias excepcionales anteriores, la Superintendencia de Casinos de Juego (en adelante, la “SCJ”) ha autorizado prórrogas para concluir las obras de casinos. En particular, luego del terremoto de 2010, se autorizó a Casino Gran Ovalle S.A. (Casino Austria) una prórroga de 12 meses para concluir las obras de su casino de juego. La información se encuentra disponible en el siguiente *link* de la SCJ. Adicionalmente, en virtud de la Resolución Exenta N° 19, emitida por la Superintendencia de Casinos de Juego con fecha 26 de enero de 2011, “se concedió una prórroga de plazos solicitada (...) tanto para inicio de operaciones del casino de juegos como para el desarrollo de obras e instalaciones complementarias del proyecto integral autorizado en comuna de Coyhaique. En virtud de prórrogas concedidas, plazo de 32 meses contemplado para inicio operación del casino de juego se extenderá hasta 44 meses y el plazo de 32 meses contemplado para ejecución de demás obras e instalaciones del proyecto integral se extenderá hasta 48 meses, ambos contados desde septiembre de 2008.

IV. CRISIS SANITARIA Y ACTUACIÓN BILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN (CONVENIOS Y CONTRATOS)

Normalmente, las necesidades públicas concretas se satisfacen por los órganos públicos, sea por sí o con el concurso de otro órgano (Convenio) o de un privado (Contrato Administrativo), mediante habitualmente la entrega de bienes determinados o la prestación de un servicio (atención hospitalaria, por ejemplo). Un contrato administrativo corresponde a aquel acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular, u otro órgano de aquella, que persigue satisfacer una necesidad pública precisa con miras al bien común sujetándose prevalentemente a las reglas del derecho público. Por lo tanto, el objeto del contrato administrativo es la satisfacción directa e inmediata de una necesidad colectiva o interés general¹⁵.

Por el hecho de perseguir la satisfacción de un fin público, y como se ha señalado anteriormente, la autoridad debe propender a la continuidad de la ejecución y cumplimiento del contrato administrativo. En consecuencia, esto implica que en circunstancias normales, y con mayor razón en situaciones excepcionales, exista una asimetría en las posiciones de la autoridad y el privado co-contratante de la Administración, lo que se traduce en la potestad para modificar unilateralmente el contrato (poder de sustitución de la contraparte, facultad de poner término anticipado y unilateral al contrato, poder de dirección, entre otros,), lo que no puede afectar el equilibrio económico y/o la ecuación financiera del mismo y, de originar una mayor onerosidad para el privado, originará la correlativa obligación para la administración concedente de reestablecer el equilibrio financiero del mismo, en tanto el privado se erige en un verdadero colaborador de la Administración; todos ellos fundados en el interés público y en la continuidad del ejercicio de la función pública.

Por lo anterior, pasaremos revista a algunas situaciones particulares que se pueden suscitar en relación con actos jurídicos bilaterales con motivo de la crisis sanitaria:

IV.1. LA SITUACIÓN DE LOS CONVENIOS: ¿INTENSIFICACIÓN DE LA COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA?

Doctrinariamente, la contratación administrativa distingue entre actos bilaterales celebrados con privados (contratos administrativos propiamente tales) de aquellos suscritos entre órganos integrantes de la Administración del Estado (Convenios administrativos o interadministrativos). Estos últimos,

¹⁵En tal sentido, se ha sostenido que importa un retorno a la idea básica del contrato, esto es, “intercambio justo de prestaciones”, en Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, segunda edición, Abeledo Perrot, edición de 2010, 501.

con el fin de favorecer coordinadamente la satisfacción de necesidades públicas por parte de los órganos integrantes de la Administración del Estado. Dichos convenios, asilados en la ya aludida coordinación prevista en la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de la Administración del Estado importan acuerdos entre órganos públicos que, como ha sostenido la Contraloría General de la República, no pueden significar la transferencia de potestades públicas, pues ello es resorte de la ley.

Así, hemos visto cómo se han celebrado una serie de Convenios entre órganos de la administración, ya sea en el ámbito de las prestaciones en favor de los sectores más vulnerables de la población como especialmente en la esfera de la fiscalización del cumplimiento de medidas sanitarias impuestas por la autoridad. Es así como se celebró un Convenio entre el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y Carabineros de Chile *que tiene como por objeto la distribución de canastas diarias de alimentos y equipamiento básico para higiene a personas que se encuentran en situación de calle*¹⁶, y se ha prometido el traspaso de recursos públicos a municipios y ministerio de Salud, para la compra de insumos, equipamiento y pago de honorarios de funcionarios de salud¹⁷.

Sin embargo, muchos de los Convenios celebrados con anterioridad se han visto afectados por la pandemia mundial causada por el Covid-19, pues este ha constituido una situación de caso fortuito, no pudiendo cumplirse con los Convenios en los términos pactados. En este sentido, la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 10.066, emitido con fecha 17 de junio de 2020 ha establecido lo siguiente: (...) *el Covid-19 ha obligado a las autoridades a adoptar una serie de medidas sanitarias para evitar su propagación, dentro de las cuales se encuentra la de suspensión de clases y el cierre de los establecimientos educacionales en los que se ejecuta el mencionado programa*¹⁸, *por lo que ese servicio se ha visto obligado a suspender temporalmente la ejecución del mismo, por no ser factible su cumplimiento en los términos pactados en los respectivos convenios. (...). Por otra parte, en el dictamen N° 8.507, de 2020, se concluyó que lo antes expresado es sin perjuicio de la facultad de la autoridad de modificar los contratos o de poner término anticipado a los mismos, fundada en el interés público, en las condiciones previstas en la legislación, en las bases*

¹⁶Noticia disponible en la página oficial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en el siguiente link: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/ruta-protecte-calle-covid-19-operara-130-dias-en-nuble>.

¹⁷Noticias disponibles en <https://www.diarioconcepcion.cl/politica/2020/04/14/destinanas-de-5-mil-millones-a-municipios-para-el-combate-del-covid-19.html> <https://www.latercera.com/nacional/noticia/covid-19-ediles-advierten-demora-en-transferencias-de-fondos-comprometidos-por-minsal-para-reforzar-atencion-primaria/NLKL3FD3MFE5XLENUJ7XAPRM4M/>

¹⁸El dictamen hace referencia a la ejecución del Programa 4 a 7 del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género –SERNAMEG–, y en particular, suspende los contratos a honorarios de los profesionales contratados para dicho proyecto.

o en los contratos respectivos, si las circunstancias de hecho lo hacen necesario (...).

Por su parte, existe una postura clara por parte del organismo contralor en relación a reconocer las facultades exorbitantes de los organismos públicos en relación al cumplimiento de los contratos, en el sentido de permitir a los jefes de servicio evaluar la posibilidad de poner término anticipado a los contratos o Convenios celebrados con terceros¹⁹.

IV.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU EFICACIA. EL HECHO DEL PRÍNCIPE Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y FUERZA MAYOR, Y SU APLICACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Como es sabido, la Administración del Estado tiene un conjunto de potestades que la sitúan en un plano de preeminencia frente al privado co-contratante de la misma. A diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado, en donde los contratantes y las prestaciones que se deben tienden a ser equivalentes, en el Derecho Administrativo, cuando la Administración contrata, lo hace para satisfacer un interés general, por lo que la correcta ejecución del contrato no solo resulta crucial para el co-contratante privado sino, primordial para la Administración del Estado.

A su vez, ese interés general justifica la mutabilidad de los acuerdos con la Administración, es decir, se podrá modificar unilateralmente el contrato, por parte del organismo público que se trate, si durante su ejecución se dan hechos que la justifiquen, compensando debidamente al contratante²⁰. Adicionalmente, la modificación no puede ser arbitraria,

¹⁹En este sentido se expresa el organismo Contralor en el dictamen N° 9.405, emitido con fecha 26 de mayo de 2020, en el que se señala (...) *En ese contexto, concluye dicho pronunciamiento, no se advierte impedimento en que ante la situación de emergencia por el brote del Covid-19, los organismo públicos adopten medidas extraordinarias de gestión relacionadas con el cumplimiento de los contratos de servicios permanentes que se encuentre vigentes y para que proceda, en lo inmediato, a los pagos respectivos, todo ello sin perjuicio de la facultad de los jefes de servicio de evaluar poner término anticipado a los contratos fundados en el interés público, en los términos previstos en la legislación, las bases o lo contratos, si las circunstancias de hecho lo hacen necesario. Como puede advertirse, los dictámenes antes reseñados han reconocido, en consideración a las excepcionales condiciones generadas por la pandemia ya citada –y las medidas adoptadas con ocasión de ellas–, la facultad de los jefes superiores de los servicios para tomar decisiones de gestión, también extraordinarias, incluidas aquellas relativas a los convenios celebrados con terceros, correspondiendo a ellos ponderar todas y cada una de las particularidades que rodean las situaciones afectadas por el ya referido caso fortuito (...).*

²⁰Mensaje de la Ley de Compras Públicas, N° 19.886 *La Administración cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras éste satisface su interés particular, la Administración satisface el interés general. Las results de un contrato en su ejecución son de suma importancia para la Administración, razón por la que la mutabilidad del contrato deriva de un conjunto de potestades de las cuales es titular la Administración y dinamizan la contratación. La Administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato, tiene poder, también, para modificar el contrato si durante*

sino que debe responder a un cambio en las necesidades públicas. A esta facultad, la doctrina le ha denominado *Ius Variandi*.

Con respecto al *Ius Variandi*, la Contraloría General de la República ha señalado: (...) *atendido que se encuentran comprometidos recursos públicos, la solución planteada en orden a cambiar las cauciones por otras consistentes en certificados de fianza resulta pertinente, aunque ello no se encuentre contemplado en las bases o los convenios originales, pues se ha configurado una situación de excepción que lo justifica. En consecuencia, procedería modificar los contratos sobre adquisición de equipos y equipamiento para el citado hospital de Calama (...)*²¹.

A. El Hecho del Príncipe y Fuerza Mayor

*Se trata de medidas administrativas o legislativas, adoptadas al margen del contrato, que suponen una repercusión indirecta en el ámbito de las relaciones contractuales y que hace en exceso onerosa la prestación del contrato (...). Los requisitos para que opere el hecho del príncipe son: La existencia de una medida general, imperativa y obligatoria de índole económica; Que esta medida sea impuesta por la Administración en cuanto poder público, y no como parte del contrato. Es decir, que proceda de un acto de autoridad. La existencia de un daño cierto y especial. No debe existir incumplimiento doloso ni culposo del contratante*²².

Distinto es el Hecho del Príncipe de la fuerza mayor, pues esta última opera en aquellas circunstancias que un hecho independiente de la voluntad de las partes, imprevisible e irresistible, hace completamente imposible el cumplimiento del contrato. Por su parte, el Hecho del Príncipe no impide la ejecución del contrato, sino que lo hace excesivamente oneroso a raíz del acto de autoridad lícito, ejecutado por la Administración.

B. Teoría de la Imprevisión y Fuerza Mayor

A diferencia de lo señalado en el acápite anterior, la Teoría de la Imprevisión procede en aquellos casos en que existe un desequilibrio económico financiero importante, debido a causas ajenas a la actuación de cualquier orden por las partes contratantes. *La doctrina está de acuerdo en reconocer*

su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante, y tiene la atribución de interpretar los contratos sin perjuicios de las competencias que tienen los tribunales al respecto.

²¹Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24866, emitido con fecha 8 de abril de 2014.

²²Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada, Thomson Reuters, pág. 253.

en la imprevisión los siguientes requisitos: Existencia de alea económico, que es independiente de las alteraciones directas (ius variandi) o indirectas (factum principis); Modificación de las prestaciones contractuales necesarias, lo que supone que el hecho imprevisible afecte directamente las pretensiones contractuales. La imprevisibilidad, lo que supone que los hechos han subvertido la economía del contrato no se hubieran previsto al momento de la suscripción o participación en la licitación, así como que su acaecimiento fuera completamente imprevisible para las partes. Que sea un hecho ajeno a las partes, lo que implica excluir naturalmente todo comportamiento culposo de las mismas (...)”²³.

La Teoría de la Imprevisión puede aplicarse solo respecto de aquellos actos o contratos celebrados con la Administración para la provisión de servicios, es decir, de aquellos acuerdos de los que emanan obligaciones de *tracto* sucesivo. El cambio en las circunstancias económicas, ajena a la voluntad de las partes, hace excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de ellas. A diferencia de lo que ocurre en los casos en que procede la fuerza mayor, la obligación sí se puede cumplir, pero significa un perjuicio importante e imprevisto para una de las partes.

Por otro lado, cabe tener presente que, si bien la doctrina nacional ha estudiado y analizado la Teoría de la Imprevisión, en materia civil, la mencionada teoría normalmente no es acogida por los tribunales de justicia, es en este contexto que la Corte Suprema ha establecido (...) *esta situación, se enmarca en lo que en doctrina se denomina “Teoría de la Imprevisión” o “doctrina de la imprevisión” o “excesiva onerosidad sobrevenida” (...) el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado las de modificar las convenciones (...) el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o la costumbre, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse*²⁴.

Por su parte, la postura de la Contraloría General de la República por regla general tiende a su rechazo, pero de manera excepcional, la ha acogido:

Además, atendida la naturaleza bilateral y de tracto sucesivo que revisten los contratos como el de la especie, resultaría procedente la referida terminación anticipada, conforme a las normas y principios generales del derecho común, tratándose, por ejemplo, de la configuración de

²³Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Segunda Edición Corregida. Santiago, 2015, pág. 440.

²⁴Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso; rol 2651-08.

*los supuestos que permiten aplicar la teoría de la imprevisión o la condición resolutoria tácita*²⁵.

En otra oportunidad la entidad fiscalizadora ha dictaminado (...) *La teoría de la imprevisión, a que alude el interesado, no se encuentra contemplada en las normas legales y reglamentarias que rigen el contrato en estudio ni tampoco el pliego de condiciones del mismo, motivo por el cual no corresponde, por vía administrativa, emitir un pronunciamiento respecto de la aplicación de la misma en este caso, lo que, desde luego, es sin perjuicio de lo que puedan resolver al respecto los Tribunales de Justicia*²⁶.

A pesar de la aceptación excepcional que puede tener la Contraloría General de la República de la Teoría de la Imprevisión, en caso de suscitarse una controversia entre un particular y la administración en el marco de un contrato administrativo, serán los tribunales de justicia quienes en definitiva determinarán el caso, los que, como se ha establecido anteriormente, han rechazado la aplicación de dicha teoría.

V. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

V.1 . EL ROL DE LOS SISTEMAS DE CONTROL (ADMINISTRATIVO/POLÍTICO/CGR/JURISPRUDENCIAL) RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

La existencia de un Estado de Excepción Constitucional no es sinónimo de inmunidad o ausencia de control. Por el contrario, podrá implicar postergar los controles preventivos o *a priori* pero ello no supone exceptuar de ello a la Administración, más aún, cuando es en estos momentos donde se incrementa el riesgo administrativo.

En efecto, la Declaración de Catástrofe no exime al superior de ejercer su debido control jerárquico respecto del proceder del subordinado, en las más diversas esferas del quehacer administrativo, ya sea en la prestación de atenciones médicas, resguardo del orden público, acción fiscalizadora de medidas de cuarentenas o restricción de otros derechos por parte de la autoridad. De ahí, su inobservancia comprometerá no solo la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, sino que también la del correspondiente servicio público por la vía de la acción de Responsabilidad del Estado (artículos 6 y 7 de la Constitución).

²⁵Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 12473, emitido con fecha 4 de abril de 2002.

²⁶Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 36724, emitido con fecha 6 de agosto de 2008.

En cuanto al control administrativo heterónomo ejercido por la Contraloría General de la República este si bien se puede afectar en su oportunidad mas no respecto de su intensidad dados los controles correctivos por la vía de dictámenes²⁷, las fiscalizaciones, auditorías y juicios de cuentas. Ello, dado que existen ciertos actos que naturalmente van a toma de razón como acto previo en razón de su monto o de su forma (licitación pública, privada o trato directo), podrán no ir dada la situación de emergencia. En este sentido, se ha dictado la Resolución N° 13, emitida por la Contraloría General de la República, con fecha 4 de junio de 2020, cuyo artículo 1 establece que *Exime excepcional y temporalmente del trámite de toma de razón. Exímanse del trámite de toma de razón, excepcional y temporalmente, los actos administrativos del Instituto de Previsión Social que otorguen desahucios y beneficios previsionales a funcionarios públicos y sus causahabientes adscritos a sistemas previsionales de régimen público, a que se refiere el N° 8 del artículo 11 de la resolución N° 6, de 2019, de este origen, que hayan sido dictados partir del 11 de mayo de la presente anualidad, y la Resolución N° 5, emitida por la Contraloría General de la República, con fecha 16 de marzo de 2020, la cual Establece la modalidad excepcional de tramitación para el control preventivo de legalidad. Establézcase una modalidad excepcional para el ingreso y tramitación en la Contraloría General de los actos administrativos (decretos y resoluciones) que deban cumplir con el control preventivo de legalidad (trámite de toma de razón) y cuyo artículo 2 señala (...) Podrán tramitarse de acuerdo a las normas contenidas en esta resolución los decretos y resoluciones que, en otras circunstancias, hubieran cumplido con el trámite de toma de razón físicamente. No corresponde en consecuencia, aplicar esta normativa a los decretos y resoluciones que actualmente se tramitan a través de la toma de razón electrónica*²⁸.

²⁷En este sentido, se emitió el dictamen N° 9.762 de 10 de junio de 2020, en el cual se declara como improcedente el instructivo emanado por el Servicio Civil, dependiente del Ministerio de Hacienda, para el retorno de funcionarios públicos en medio de la pandemia por coronavirus. Se establece por la Contraloría General de la República que *es del caso declarar que el Oficio N° 429, de 2020, resultó improcedente, ya que no se advierte que la Dirección Nacional del Servicio Civil posea las atribuciones, para emitir instrucciones en las temáticas que aborda, siendo necesario reiterar, acorde con lo manifestado en los dictámenes N° 3.610 y N° 8.506, ambos de 2020, que es el jefe superior del respectivo servicio quien posee las facultades de dirección, administración y organización, por lo que corresponde a esa superioridad, en la actual situación de emergencia, adoptar, mantener, graduar o cesar las medidas extraordinarias de gestión de personal necesarias, considerando la obligación de proteger la salud de sus funcionarios y la población usuaria, sin desatender la continuidad del servicio, observado siempre las directrices que fije la autoridad sanitaria.*

²⁸Además, se debe considerar la Resolución exenta N° 1.393, de 2020, que establece una modalidad excepcional para el ingreso de presentaciones de funcionarios públicos y particulares que soliciten pronunciamientos jurídicos de la Contraloría General; y Resolución exenta N° 1.272, de 2020 que establece una modalidad excepcional para el ingreso de los oficios de servicios públicos que soliciten un pronunciamiento jurídico de la Contraloría

En cuanto al control parlamentario, por cierto, sea por la vía de oficios de fiscalización, interpelación de ministros, comisiones investigadoras o, incluso acusación constitucional²⁹ conforme a las normas de la Carta Fundamental.

Y, ciertamente la vía del control jurisdiccional a través de acciones de protección³⁰, amparos económicos³¹, Nulidad de Derecho Público de ciertos actos o acciones de responsabilidad del Estado por daños causados a víctimas que no estaban en el imperativo jurídico de soportarlo, sin perjuicio de la tendencia de la Corte a no pronunciarse frente a impugnación de decisiones de carácter más bien político de las autoridades. Ello, sin descartar, ciertamente la interposición de acciones penales en contra de autoridades, como es el caso de querrela interpuesta por el alcalde de Recoleta, en contra del presidente Sebastián Piñera, el exministro de Salud, Jaime Mañalich, la subsecretaria de Salud Pública Paula Daza y al subsecretario de Redes Asistenciales, Arturo Zúñiga, por supuesto cuasidelito

General o atiendan un requerimiento de informe, y una medida especial respecto de los actos administrativos exentos sujetos a registro.

²⁹Durante junio de 2020 diputadas y diputados de bancadas opositoras al gobierno comenzaron a trabajar en la recolección de antecedentes necesarios para presentar una eventual acusación en contra del ex Ministro de Salud, don Jaime Mañalich, la cual se fundamentaría en que se siguió una estrategia sanitaria “fracasada” durante su gestión, la cual supuestamente habría provocado un alza constante en la tasa de contagios y de mortalidad del virus, “con que hoy dejan al país como la octava nación con más casos en el mundo”. Noticia revisada con fecha 5 de julio de 2020 en <https://www.latercera.com/latercera-pm/noticia/el-silencioso-avance-de-la-eventual-acusacion-constitucional-a-manalich/VGJOJPVNZJADNMA6M7B3ZIR6VE/>.

³⁰Las sentencias Rol N° 35.280-2020; 35.281-2020; 35.343-2020; 35.355-2020; y 35.356-2020, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se declaran inadmisibles cinco recursos de protección interpuestos por la Asociación Nacional de Empleados, la Asociación Nacional de Funcionarios de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, la Federación de Asociaciones de Salud Pública, la Confederación Democrática de Profesionales de la Salud y Asociación de Abogadas Feministas, en contra de la circular del Ministerio de Hacienda que imparte lineamientos sobre trabajo remoto, servicios mínimos indispensables y turnos por emergencia. Noticia de fecha 21 de abril de 2020, revisada con fecha 6 de julio de 2020, disponible en el siguiente link: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/04/21/corte-de-santiago-declara-inadmisibles-recursos-de-proteccion-por-circular-que-regula-trabajo-de-funcionarios-publicos-por-covid19/>

³¹Sentencia Rol N° 72.117-2020 de la Corte Suprema, emitida con 26 de junio de 2020, aprueba unánimemente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 75-2020, que rechazó recurso de amparo económico deducido por vendedor de gas en contra del Ministerio de Interior y Seguridad Pública debido a las complicaciones para la libre circulación en las calles y carreteras, primero por el estallido social y posteriormente, por la pandemia coronavirus, lo que habría provocado una baja en la demanda de sus productos en un 90%. Noticia de fecha 1 de julio, revisada con fecha 6 de julio de 2020, disponible en el siguiente link: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/07/01/cs-aprobo-sentencia-que-rechazo-amparo-economico-deducido-en-contra-del-ministerio-del-interior-por-insolencia-de-comerciante/>

de homicidio y denegación de auxilio a vecinos de la comuna Recoleta³², la cual fue declarada admisible por el 3° Juzgado de Garantía.

V.2. SANCIONES APLICABLES AL CIUDADANO DE ACUERDO AL CÓDIGO SANITARIO Y CÓDIGO PENAL, POR VULNERACIÓN A LA “SALUD PÚBLICA”

En virtud del Decreto N° 10, emitido por el Ministerio de Salud y publicado con fecha 25 de marzo de 2020, a través del cual se modifica el Decreto N° 4, se establece agregar un nuevo artículo 11, el cual señala: *Dejase constancia que el incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de este decreto (Decreto N° 4) serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, así como en lo dispuesto en el Código Penal cuando corresponda.*

El Libro X del Código Sanitario regula las sanciones a aplicarse en caso de cometer infracciones. En el Título III del Libro X, se encuentra el artículo 174, el cual establece:

La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con una multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales³³. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original.

Las resoluciones que establezcan las infracciones y determinen las multas tendrán mérito ejecutivo y se harán efectivas de acuerdo con el artículo 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Las infracciones antes señaladas podrán ser sancionadas, además, con la clausura de establecimientos, recintos, edificios, casas, locales o lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras o faenas; con la suspensión de la distribución y uso de los productos de que se trate, y con el retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos, cuando proceda.

Lo anterior sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades que establezcan otros cuerpos legales respecto de los hechos.

³²Noticia de 22 de junio de 2020, revisada con fecha 5 de julio de 2020 https://www.cnnchile.com/pais/querella-daniel-jadue-sebastian-pinera-jaime-manalich-cuasidelito-homicidio_20200622/.

³³Todo destacado es nuestro. El valor de la UTM en abril de 2020 es de 50.221 de pesos chilenos. Es decir, una sanción de 1.000 UTM, es equivalente a una multa de 50.221.000 de pesos.

En virtud del artículo anterior, se puede establecer que las resoluciones que emitan los Servicios de Salud son tan vinculantes como los artículos mismos del Código Sanitario, por lo cual podrían entenderse incorporadas a dicho texto. Adicionalmente, el artículo 9 del Código Sanitario, establece que *los Directores de los Servicios de Salud en sus respectivos territorios, deberán velar no solo por el cumplimiento del Código Sanitario y su Reglamento, sino que, además, se deberán velar por el cumplimiento de las resoluciones e instrucciones que lo complementen, y se deberá sancionar a sus infractores.*

Por otra parte, debido al avance de las tecnologías y a las diversas prácticas y profesiones actualmente existentes y relacionadas con la salud de las personas, ha surgido un interés general en anticiparse a peligros que pudiera poner en juego un bien jurídico de carácter colectivo, el cual corresponde a la Salud Pública³⁴. En tal sentido, el Libro Segundo, Título VI párrafo 14 del Código Penal, entre los artículos 313 a 314, se contemplan *determinados crímenes y simples delitos contra la Salud Pública*, los cuales hacen referencia al ejercicio ilegal de profesiones médicas, el expendio de sustancias nocivas, el envenenamiento de aguas y comestibles, entre otros.

Se entiende por Salud Pública a aquella *condición básica de posibilidad para una vida humana digna y para el desarrollo de los ciudadanos a través del ejercicio de los derechos y libertades que le son reconocidos constitucionalmente*³⁵. Dicho concepto no se encuentra definido en el derecho penal, sin embargo, es claro que corresponde al bien jurídico protegido por los delitos establecidos en los artículos 313 y siguientes del Código del ramo. *Aun no existiendo un concepto penal de salud pública, son muchas y variadas las definiciones dadas y puede desprenderse de todas ellas que la salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e independiente*³⁶.

En virtud del bien jurídico anterior, es que el legislador ha contemplado en el artículo 318 del Código Penal que *El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de reglas higiénicas o de salubridad, debidamente*

³⁴Cubillos Morgado, Monsterrat; Guidobono San Martín, Maria Ignacia, "Análisis del artículo 315 del Código Penal Chileno", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2017, pág. 22.

³⁵Doval, Antonio. *Delitos de Fraude Alimentario: Análisis de sus Elementos Esenciales*. Pamplona, Aranzadi, 1996. N° 35, pág. 166.

³⁶Ganzemuller, Carlos; Frigola, Joaquín y Escudero, José Francisco. *Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A. 1997, págs. 68 y 69.

publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

Por lo tanto y, en síntesis, todo aquel que no cumpla con la legislación, las resoluciones o decretos dictados por la autoridad en el marco de las medidas para hacer frente al brote COVID-19, arriesga no solo una pena pecuniaria, la cual en virtud del artículo 174 del Código Sanitario puede alcanzar las 1.000 unidades tributarias mensuales, sino que además arriesgan penas privativas de libertad.

Es bajo este contexto, como el Estado de Chile ha ejercido la acción penal en contra de aquellas personas que, estando contagiados por el virus COVID-19 han vulnerado el bien jurídico protegido por nuestro ordenamiento, la “Salud Pública”.

VI. CONCLUSIÓN

Las crisis y entre ellas, las sanitarias, no pueden importar una excepción al deber primario de los órganos administrativos, esto es, hacer prevalecer –en su existencia y actuación– el sometimiento a Derecho, en resguardo precisamente de los derechos de las personas. Ello, tanto desde la perspectiva de la actuación unilateral como bilateral de la Administración del Estado como lo hemos visto y, adicionalmente, importa mantener y, agudizar los mecanismos de control, especialmente *ex post*, con que la propia Administración, el Congreso, los tribunales de justicia y, especialmente los ciudadanos, pueden y deben escrutar las decisiones administrativas en orden a que estas autoridades no podrán atribuirse *ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Doctrina

Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada, Thomson Reuters, pág. 253.

Cordero Vega, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Segunda Edición Corregida, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, pág. 440.

Cubillos Morgado, Montserrat et al., “Análisis del artículo 315 del Código Penal Chileno”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2017, pág. 22.

Doval, Antonio, *Delitos de Fraude Alimentario: Análisis de sus Elementos Esenciales*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1996, N° 35, pág. 166.

- Ganzemuller, Carlos *et al.*, *Delitos contra la salud pública (II): drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A. 1997, págs. 68 y 69.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional”, *Ius et Praxis*, V. 8, n. 1. Talca, 2002.
- Ríos Álvarez, Lautaro. “Los Estados de Excepción Constitucional en Chile”, *Ius et Praxis*, V. 8, n. 1. Talca, 2002.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, especialmente su tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Segunda edición, Abeledo Perrot, edición de 2010.

B. Normas

- Constitución Política de la República.
- Ley Orgánica Constitucional N° 18.145 de los Estados de Excepción.
- Reglamento Sanitario Internacional.
- Historia Fidedigna de la Ley N° 19.886 de bases sobre contrato administrativo de suministro y prestación de servicios.
- Resolución Exenta N° 492, del Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, emitida con fecha 27 de marzo de 2020.
- Resolución Exenta N° 957, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, con fecha 20 de mayo de 2020.
- Resolución Exenta N° 19, emitida por la Superintendencia de Casinos de Juego con fecha 26 de enero de 2011.
- Resolución N° 13, emitida por la Contraloría General de la República, con fecha 4 de junio de 2020.
- Resolución N° 8, emitida por la Contraloría General de la República con fecha 8 de abril de 2020.
- Resolución N° 5, emitida por la Contraloría General de la República con fecha 16 de marzo de 2020.

C. Jurisprudencia

- Sentencia Rol N° 2651-08, emitida por la Corte Suprema con fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso.
- Sentencia Rol N° 72.117-2020 de la Corte Suprema, emitida con 26 de junio de 2020, sobre recurso de amparo económico interpuesto en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 75-2020, emitida con fecha 10 de junio de 2020, sobre recurso de amparo económico en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35282-2020, emitida con fecha 21 de abril de 2020, sobre recurso de Protección.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35281-2020, emitida con fecha 21 de abril de 2020, sobre recurso de Protección.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35343-2020, emitida con fecha 21 de abril de 2020, sobre recurso de Protección.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35355-2020, emitida con fecha 21 de abril de 2020, sobre recurso de Protección.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35356-2020, emitida con fecha 21 de abril de 2020, sobre recurso de Protección.

D. *Dictámenes*

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24866, emitido con fecha 8 de abril de 2014.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 36724, emitido con fecha 6 de agosto de 2008.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 12473, emitido con fecha 4 de abril de 2002.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 9.762, emitido con fecha 10 de junio de 2020.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 3.610, emitido con fecha 17 de marzo de 2020.

E. *Noticias*

<https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-silencioso-avance-de-la-eventual-acusacion-constitucional-a-manalich/VGJOJPVNZJADNMA6M7B3ZIR6VE/>.

<https://www.cultura.gob.cl/institucional/ministerio-de-las-culturas-las-artes-y-el-patrimonio-establecio-medida-excepcional-para-casos-que-amerite-la-modificacion-de-convenios-debido-a-la-pandemia-del-covid-19/>

https://www.cnnchile.com/pais/querella-daniel-jadue-sebastian-pinera-jaime-manalich-cuasidelito-homicidio_20200622/.

<http://www.scj.gob.cl/noticias/scj-autoriza-prorroga-de-plazos-para-la-entrega-de-los-casinos-de-juego-de-ovalle-y>

<https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/07/01/cs-aprobo-sentencia-que-rechazo-amparo-economico-deducido-en-contra-del-ministerio-del-interior-por-insolvencia-de-comerciante/>

<https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2020/04/21/corte-de-santiago-declara-inadmisibles-recursos-de-proteccion-por-circular-que-regula-trabajo-de-funcionarios-publicos-por-covid19/>

<http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/ruta-protege-calle-covid-19-operara-130-dias-en-nuble>

<https://www.diarioconcepcion.cl/politica/2020/04/14/destinan-mas-de-5-mil-millones-a-municipios-para-el-combate-del-covid-19.html>

<https://www.latercera.com/nacional/noticia/covid-19-ediles-advierten-demora-en-transferencias-de-fondos-comprometidos-por-minsal-para-reforzar-atencion-primaria/NLKL3FD3MFE5XLENUJ7XAPRM4M/>

IN MEMORIAM

FERNANDO MORENO VALENCIA (8.5.1936-10.5.2020)

El pasado 10 de mayo de 2020 falleció, a los 84 años, el destacado filósofo Fernando Moreno Valencia, quien impartió clases en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, así como en otras Universidades chilenas, como Gabriela Mistral y Santo Tomás, por cerca de 40 años.

Don Fernando Moreno Valencia nació en Curicó el 8 de mayo de 1936; hijo mayor del matrimonio conformado por Manuel Adolfo Moreno y María Blanca Valencia, quien falleció a los 39 años. Fernando creció en la casa de su abuela Blanca Rondanelli Fernández, donde pudo presenciar de manera concreta la preocupación social y el respeto y aprecio por la persona humana. Posteriormente ingresó al colegio de los Hermanos de las Escuelas Cristianas De La Salle Blanco Encalada en Talca, donde vivió con sus tíos Aurelio Fernández Barros y Mercedes Rodríguez Letelier.

Terminada la etapa escolar, rindió su Bachillerato y en 1954 es aceptado en la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile. Se retira al año. Durante su estadía en Santiago intentó desempeñarse como empleado bancario, pero el trabajo rutinario tampoco era lo suyo. Entonces, decidió regresar al Fundo San Ramón de su abuela, para dedicarse a leer y formarse a sí mismo intelectualmente.

Por esa época conoce a Manuel Larraín Errázuriz, a la sazón obispo de Talca, quien lo motiva a profundizar en el pensamiento de Jacques Maritain, teoría intelectual que asimiló muy rápidamente y que lo hizo merecedor del apodo de “petit Jacques”.

A los 23 años parte rumbo a Francia (1958-1959), donde asistió como oyente a los cursos en La Sorbonne. Regresa a Chile donde se desempeña como martillero público de animales en la Feria de Agricultores de Talca.

A fines del año 1962 conoce a Margarita Schmidt Cobo, con quien se casa años más tarde y tienen dos hijos. A la edad de 30 años emprende nuevamente viaje a Europa, a la Universidad de Lovaina en Bélgica, donde comienza a estudiar un magíster mixto en Filosofía y Ciencias Políticas y Sociales. Vuelve a Chile para trabajar en el Instituto Latinoamericano de Estudios Sociales (ILADES) primero como subdirector académico y luego como investigador. También se incorpora al Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (ICHEH), donde fue nombrado presidente en 1982.

En el plano internacional mantuvo, desde mediados de la década del 70, una vinculación permanente con diversas instituciones relacionadas con la investigación y difusión del pensamiento filosófico de Jacques Maritain. Así, participó como miembro fundador del Instituto Internacional Jacques Maritain (Roma, Italia), del cual luego se distanciará, y de la *Association Internationale Jacques et Raïssa Maritain* (Toulouse, Francia), que es luego asumida en el *Cercle d'Études Jacques et Raïssa Maritain* (Kolbsheim, Francia).

Es en torno a 1982 que comenzó su colaboración con Joseph Ratzinger. Colaboró también en el CELAM y tuvo una participación destacada como consultor en la elaboración del documento: *Sobre algunos aspectos de la Teología de la Liberación de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe*. Por esos años colaboró también con Juan Pablo II, especialmente en la preparación y desarrollo de la visita pastoral a Chile de comienzos de 1987.

En 1986 comenzó una larga colaboración académica con la Pontificia Universidad de la “Santa Croce”, en Roma, Italia, y en 2000 fue nombrado miembro de la Pontificia Academia Santo Tomás de Aquino.

Desde aproximadamente 1984 hasta 2010, se da su etapa de mayor madurez intelectual, reflejada principalmente en sus libros: *Lo cristiano y la política* (1984); *Teología de la Liberación* (1984); *Actualidad de Jacques Maritain* (1987); *Iglesia Política y Sociedad* (1988); *Utopía, ideología y totalitarismo* (1989); *De la fe a la ideología* (1989); *Libertad y desarrollo* (1990); *Fundamentos de las Ciencias Sociales* (1994); *Educación y Estado* (2007) y *Reflexiones sobre la democracia* (2010).

Al final de su vida académica Fernando Moreno Valencia es reconocido y honrado por reconocidas universidades chilenas, por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Gabriela Mistral, Universidad Santo Tomás y Universidad San Sebastián*.

*Necrología publicada el 18 de mayo 2020 por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

PADRE PEDRO DE LA NOI BALLACEY (28.6.1935-20.5.2020)

A los 86 años, el sacerdote Pedro de la Noi Ballacey falleció durante la mañana del miércoles 20 de mayo, según informara la Vicaría para el Clero de Santiago.

“El padre Pedro”, como se le conocía por los feligreses, vivió sus últimos cinco años en la Casa Sacerdotal Santo Cura de Ars, en la comuna de Providencia, donde fue cuidado y atendido por todo el equipo del hogar, luego de presentar problemas de salud en el último tiempo.

De férrea postura moral y eclesiástica, el presbítero no tenía medias tintas para defender la palabra de Dios y los postulados de la Iglesia, lo que le valió muchas veces ser relegado de cargos de representación al interior de la curia y trasladado a parroquias periféricas para mantenerlo “tranquilo”. Lejos de cumplir ese objetivo, por su carácter decidido y gestor, el padre De la Noi se las ingenió en las iglesias pobres donde estuvo al frente para entablar buenas relaciones con la feligresía consiguiendo fondos para obras benéficas y construyendo campanarios y otras mejoras para sus templos. En una de ellas hasta instaló una radio que transmitía en directo las misas, para quienes como los abuelos, que por el frío del invierno o personas que estaban postradas enfermas, pudiesen escucharla y conectarse con Dios. Ha sido párroco, entre otras destinaciones, de San Rafael y de San Isidro, en la zona centro de Santiago. En el 2018 celebró 60 años de vida sacerdotal.

Llevó a grupos de católicos a Tierra Santa, editó libros y cds, investigó y escribió sobre San José, San Joaquín y Santa Ana (los abuelos de Jesús), sobre la beata Laura Vicuña, y monseñor Manuel Larraín y literatura tan diversa como la vida del matrimonio del difunto general de Carabineros José Alejandro Bernal, ensayos cristianos para niños, adolescentes y adultos; columnas de actualidad y textos filosóficos. Durante años fue Decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica de Chile donde impartió clases a muchos de los sacerdotes de hoy. Entre sus libros merecen destacarse *El Personalismo de Teilhard de Chardin*; *San Agustín y el Personalismo Filosófico*, de 1981; y *La prudencia en la formación moral a la luz de Santo Tomás*, siendo esta su primera publicación. También ha desarrollado diversos manuales, entre los que figuran el *Manual para aprovechar el tiempo de veraneo y excursiones* (1981), *Manual para la formación al matrimonio* (2006); y el libro para niños *A mi Padre San José*. Entre sus escritos figuran: *Vida de la Beata Laura Vicuña: ejemplo para la juventud* y los *Escritos Completos de Monseñor Manuel Larraín*, publicado en 2007*.

El padre Pedro De la Noi fue el noveno hijo del matrimonio de don Alejandro de la Noi y de doña Martha Ballacey. Tuvo su educación escolar en los Hermanos

*En la Sección Bibliografía de este volumen puede verse una reseña de su libro *San José y la Sagrada Familia. Tratado teológico*. Santiago. 2008 (243 pp.), que fuera presentado en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás, un 6.10.2008, en el marco de la Semana de la Familia, organizada por el Instituto Bérit de esta Universidad.

Maristas, para luego entrar al Seminario, donde recibió la ordenación sacerdotal en 1958. Teólogo y filósofo, estudió en Roma y en Alemania y se doctoró en la universidad de Lovaina, Bélgica. Su último trabajo consistió en elaborar un diccionario de términos bíblicos y religiosos, labor que quedara inconclusa.

Como anécdota puede señalarse que al “padre Pedro” no le gustaba la figura del Viejo Pascuero, al cual tildaba de oscurecer el protagonismo del niño Jesús naciendo desprovisto de bienes materiales, versus el consumismo que representa el personaje de rojo, eclipsando el real mensaje de dicha fecha cristiana.

Fue un muy agradable colaborador de la Universidad Santo Tomás en donde se le recuerda con afecto*.

*Extranoticias.cl.

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. QUÉ NOS ACONSEJARÍA HOY SANTO TOMÁS DE AQUINO ANTE EL CAMBIO

*Juzgar con sabiduría, vivir fraternidad,
fe y razón para el conocimiento
y practicar virtudes*

Todo cambio exige una adaptación, especialmente si llega de repente y rompe esquemas. Y qué duda cabe de que estamos afrontando cambios en nuestra vida. Independientemente de que para unos sea más fácil que para otros, siempre nos viene bien compartir experiencias para aprender y aplicar las que más nos ayuden. Eso pretenden, ciertamente, los consejos, que valoramos más cuando provienen de personas de fiar y a quienes estimamos. Pues bien, me gustaría proponer un paralelo entre los consejos que Santo Tomás dio para el estudio y los que podría darnos hoy.

Una vez un compañero le pidió consejo a fray Tomás de Aquino para afrontar con éxito su estudio, que se le presentaba como un gran desafío. El fraile dominico, que sabía mucho de estudiar y de entusiasmar a otros en el conocimiento de las ciencias y, en definitiva, en el acercamiento a la verdad, le dio estos consejos, que hemos adaptado del *original*.

1. Empieza a estudiar por lo que entiendes para pasar luego a lo más difícil.
2. Más que hablar, escucha.
3. No quieras andar averiguando los hechos ajenos.
4. Conserva la paz de tu conciencia.
5. Muéstrate amable con todos.
6. Evita ser trabajólico y perfeccionista.
7. Juzga lo que se dice y no tanto quién lo dice
8. Trata de comprender qué lees y oyes y guárdalo en tu memoria
9. Aclara tus dudas y trata de asimilar lo que aprendes.

Además de que nos hace bien recordarlos, nos orienta para intentar averiguar qué aconsejaría en esta situación de pandemia mundial, de teletrabajo sin salir de casa, de adaptación a un modelo diverso de enseñanza-aprendizaje en la educación. Sugiero los siguientes puntos:

Juzgarlo todo con sabiduría, que “considera las causas altísimas [...] Por eso le compete juzgar y ordenar todas las cosas, (a partir de) las causas primeras” (*Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 2). Al mirar más allá de lo sensible e inmediato, que tarde o temprano pasa, se puede descubrir lo profundo y estable, que en definitiva es el ser y el sentido de todo, que es Dios y su providencia.

Emplear fe y razón en armonía para conocer la realidad. Con nuestra inteligencia podemos saber y profundizar en la ciencia, pero la realidad es más amplia y no se agota ahí, por eso la fe abre un ámbito mayor de conocimiento, que completa lo anterior y se basa en lo que Dios mismo revela de Sí mismo y de su creación. Necesario, pues, que “además de las materias filosóficas-científicas, resultado de la razón, hubiera una doctrina sagrada, resultado de la revelación” (*Ibíd.*, I, q. 1, a. 1).

Vivir la fraternidad con intensidad: al ser seres sociales, cada persona necesita “ser ayudada para conseguir su propio fin. La mejor manera de ayudarse es el amor mutuo entre las personas” (*Suma contra Gentiles*, Libro III, cap. 117).

Esforzarnos con intensidad en practicar las virtudes más necesarias: la *prudencia* para reflexionar y discernir los medios buenos más adecuados para conseguir las metas, la *precaución* basada en un sano y razonable temor ante el peligro, la *paciencia* para sobrellevar con buen ánimo las dificultades propias y ajenas, la *esperanza* basada, primero, en el amor de Dios que nunca falla y que nos sostiene, y, segundo, en el esfuerzo conjunto de toda la humanidad, la *afabilidad* o trato respetuoso y adecuado hacia las personas, el uso razonable del tiempo y los recursos, como parte de la *justicia* con los otros y con uno mismo, *evitar* a toda costa la maledicencia y “*copucha*” hablando mal y murmurando de otros, y denigrando su buena fama, así como toda falta contra la *verdad*, en relación con las noticias y a la propia situación (para no sobreexigirse indebidamente). El recurso a Dios en la *oración* es clave, pues ayuda a relativizar lo pasajero y a valorar lo que realmente vale, sobre todo al afrontar la muerte, ante la que se abre una promesa de inmortalidad (Cfr. Sobre virtudes en la *Suma Teológica*, II-II).

Tomás de Aquino también pasó por crisis y vivió siempre en paz, la que da la conciencia recta y la certeza de que Dios, fin último, junto con las herramientas humanas para crecer, no deja de proporcionarnos su soporte y su cuidado. Sus consejos quedan, pues, a nuestra disposición.

II. LOS TABÚES QUE DESTAPA CORONAVIRUS: MUERTE Y VIDA

Últimamente se escuchan voces que, a raíz del fenómeno mundial del Covid-19, ponen sobre el tapete temas de los que apenas o nada se habla, algunos de ellos considerados como tabú. La muerte es uno de ellos, aunque lo sea extrañamente, porque todos sabemos que cada día mueren personas, algunas incluso cercanas, pero quizás por el ritmo de vida rápido o la “seguridad” que proporcionan los avances de la ciencia, seguimos viviendo como si nunca fuera a tocarnos.

Los límites de la ciencia son manifestación de la vulnerabilidad y debilidad del ser humano, de que no podemos controlarlo todo, porque no somos dioses. A veces nos lo creemos al pensar que nos bastamos a nosotros mismos y que podemos solucionarlo todo, pero la pandemia nos recuerda que no es así.

En efecto, si buscamos una explicación filosófica de esto, es que somos seres contingentes, no necesarios ni absolutos, por eso la filosofía puede ayudarnos a sacar lecciones de la muerte para la vida. No me refiero aquí a la desesperanza existencialista del que cree que estamos condenados a la muerte y nuestra vida es un absurdo sin sentido, como planteaba Sartre; ni tampoco a los que sacan la

conclusión contraria, de “comamos y bebamos, que mañana moriremos”; sino a una filosofía realista, consciente de haber recibido la vida como don y tarea, no para vivirla egoísta o aisladamente sino en una comunidad fundada en el amor, y que no se estrella contra el vacío o la nada de la muerte sino que puede atravesarla como una puerta hacia otro estado. Una filosofía que sabe que nuestra alma racional es inmortal, porque no muere al morir el cuerpo, y que aspira a la felicidad perfecta y absoluta que, aunque solo la atisba en esta vida, no solo da alas a la esperanza trascendente sino también nos impulsa a trabajar con empeño aquí por el bien propio y común. Al respecto de nuestra alma o sustancia intelectual, dice Santo Tomás de Aquino que posee una alta dignidad que la posiciona ante la muerte y la eternidad de una manera muy especial: son “entes para siempre”, en tanto que “las sustancias intelectuales son las que más se aproximan al ser sempiterno por razón de su incorruptibilidad” (*Suma Contra Gentiles*, Libro III, cap. 112).

Y si esta filosofía se deja iluminar por otra vía de conocimiento que es la fe revelada, entonces confía en la promesa del amor de Dios que en Jesucristo ha vencido la muerte y la ve no como término definitivo, sino como un tránsito. Y si existe una vida inmortal que alimentamos de alguna forma aquí con nuestras decisiones, gestos y actos, entonces, esta vida sí tiene un sentido y un significado más allá del mero hacer, acumular o trabajar para vivir. Así lo explica al comentar acerca de nuestras preocupaciones cuando son demasiado terrenas y pueden hacernos olvidar la dirección y aspiración a la inmortalidad a través del paso de la muerte a otra vida: “El Señor no prohibió en el Evangelio el trabajo sino la excesiva preocupación de la mente por las cosas necesarias para la vida: Y lo prueba así: porque si la divina providencia sustenta a las aves y los lirios, que son de naturaleza inferior y no pueden trabajar en aquellas obras con las que los hombres se procuran alimento, mucho más proveerá a los hombres, que son de naturaleza más digna y fueron dotados por Él del poder de procurarse el sustento por sus propios trabajos” (*Ibid*, cap. 135).

Sacar lecciones de la muerte para la vida, a raíz de la vivencia del coronavirus, es descubrir algo que quizás era tabú, pero que es de alto significado para afrontar nuestros desafíos, el de cada uno y el que compartimos como seres humanos: el sentido de la vida y de la muerte.

III. HELEN KELLER, CONTRASTE DE LUZ Y OSCURIDAD

*Siempre hay algún rayo de luz,
visible gracias al respeto,
amor y dedicación de los demás.*

Todos pasamos momentos de oscuridad, de crisis, y hasta de desesperación, pero casi todos tienen un término, antes o después, y eso nos alienta y da esperanzas. Así lo esperamos, de hecho, ante la difícil situación mundial que estamos ahora viviendo. Pero es muy impresionante la situación de las personas que viven en oscuridad real, no un tiempo ni unos meses, sino toda la vida. Me refiero a quienes no pueden ver, por la razón que sea. Y si a esa situación se suma, además, el no poder escuchar, entonces se hace aún más complicado, pues en este caso no puede brotar la esperanza natural al saber que la complicación, tarde o tempra-

no, pasará. Por otro lado, la integración y comunicación con los demás se hacen realmente difíciles y solo se logra con medios alternativos que suplan los cauces naturales. Y, sin embargo, es posible sobrellevar esa situación con esperanza y, aún más, ayudar a otros en la misma situación. Así lo vivió la protagonista del Tema Sello 2020.

Cuando tenía solo 19 meses, Helen Keller perdió la visión y la audición. Esta niña, nacida en Alabama en 1880, creció así medio aislada de quienes la rodeaban y al capricho de su naturaleza. Sus padres no supieron educarla y solo a través de una escuela para niñas ciegas, lograron que su maestra, Anne Sullivan, que había sido también ciega, pero que recuperó la vista, le enseñara no solo modales sino a comunicarse a través del lenguaje de señas. Esto le abrió a Helen un mundo, siguió aprendiendo cada vez más, culminó estudios superiores y, ya adulta, líder en Estados Unidos y en otros países, la defensa de las personas que, como ella, tenían dificultades para comunicar y comunicarse, ser aceptados, por lo que no se sentían respetadas como personas ni incluidas en la sociedad. Murió en 1968.

Realmente su vida se nos presenta, especialmente este año, como un ejemplo de lo que se puede lograr con una voluntad tenaz, abierta al saber, a la verdad, al bien y al amor a los demás y a Dios, y segura del apoyo incondicional de un guía o maestra que caminara delante de ella para así despejar las espinas del camino a recorrer. Pero no es solo ejemplo de superación y de dar lo mejor de sí, también lo es de respeto e inclusión. La oscuridad física en que vivió y creció, pudo iluminarla con esa apertura al conocimiento y al mundo de los demás y de Dios, con los preciosos vínculos que estableció con tantas personas y con el impulso que su vida supuso para tantos. Por eso no extraña que afirmara que “Lo mejor y lo más bonito de esta vida no puede verse ni tocarse, debe sentirse con el corazón”, y “Cuando hacemos lo mejor que podemos, nunca sabemos qué milagro se produce en nuestra vida o en la de otros”.

Su orientación interior hacia una luz más profunda que la que podemos percibir por los sentidos, es lo que le dio fuerza para descubrir que el valor de cada persona, no solo el suyo, radicaba y radica no en su exterior –apariencia o capacidad– o en su actividad, en lo que haga o deje de hacer, sino en su grandeza interior, en su alma espiritual e inmortal, capaz de trascender más allá de lo sensible hasta lo invisible, hasta el corazón, hasta Dios. Esa es la verdadera fuente del respeto y de la dignidad de cada persona, que “significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza” (*Suma Teológica*, Ia, q. 29, a. 3, in c), de ahí que sea “[...] necesario que exista un orden conveniente entre el ser humano y sus semejantes en la vida ordinaria, tanto en sus palabras como en sus obras; es decir, que uno se comporte con los otros del modo debido” (*Ibid.*, II-IIa, q. 114).

Helen Keller aprendió a dar a cada persona un trato adecuado, acogiendo positivamente sus particularidades y diferencias, manifestación de su identidad y de la riqueza de la diversidad. Ella aprendió en primera persona la riqueza del complementarnos y enriquecernos mutuamente entre todos, y porque así vivió, lo pudo defender para todos, en especial para los que, como ella, eran vistos de otra manera.

La oscuridad nunca es absoluta, pues siempre hay algún rayo de luz, aunque necesitemos del amor, respeto y dedicación de los demás para descubrirlo, y, a su vez, hacerlo descubrir a otros. Hoy, para nosotros, sigue siendo actual su in-

vitación: “No existe una manera más hermosa de dar gracias a Dios por tu vista, que brindando una mano de ayuda a aquellos que por carecer de ella viven en la oscuridad”.

IV. ¿RESILIENCIA O FORTALEZA?: RESPUESTA ADAPTADA AL DESAFÍO ACTUAL

*No estamos solos: recordarlo nos dará
fuerzas para seguir luchando con fortaleza*

Dicen que somos animales de costumbres, y es cierto, pero *somos flexibles pues sabemos adaptarnos y responder a las circunstancias según corresponda*, como al alimentarnos y vestirnos de acuerdo con las necesidades personales o al clima, pues nos abrigamos más en invierno que en verano; o tomamos comidas más calóricas en el invierno y otras más livianas en verano; y seguimos dietas para cuando estamos enfermos. E igual que hacemos con más dimensiones materiales, también lo hacemos con otras internas de nuestra personalidad: que debemos disponer para adecuarlas a exigencias o circunstancias. Como ahora, que estamos en medio de una situación que, en mayor o menor medida, nos afecta a todos, y que pide una serie de actitudes especiales para responder a sus exigencias sin quedarnos atrás. Sí, me refiero a la “vieja novedad” de la pandemia.

Por eso, si miramos a nuestro alrededor, descubrimos mensajes de pesimismo, quejas, críticas e incertidumbre mezclados con otros de superación, de ánimo, de seguir adelante en medio de la crisis y de las dificultades que acarrea. Efectivamente, en estos tiempos tan complejos resalta la importancia de vivir interiormente lo que se llama *resiliencia*; pues ante desafíos mayores, el esfuerzo también ha de ser mayor para dar una respuesta proporcionada. Esta actitud o competencia, que engloba varias dimensiones, encuentra una traducción en el lenguaje de la ética clásica, la de Santo Tomás de Aquino, y se denomina *hábito perfectivo o virtud moral de la fortaleza*. La virtud no se improvisa, sino que suele ser el resultado de muchos pequeños esfuerzos en el bien realizados día a día que, gracias a esa dinámica, nos van disponiendo para responder cada vez con mayor facilidad y alegría interior de esa manera, en este caso, con fortaleza.

Describe la *fortaleza* como la doble capacidad de, por un lado, resistir ante las dificultades y peligros y, por otro, de acometer y luchar de forma activa para superarlos afrontándolas con ánimo. En efecto, *implica una firmeza de ánimo para afrontar y rechazar los peligros en los cuales es sumamente difícil mantener la firmeza* (Suma Teológica, II-IIa, q. 124, a. 2). Y de todas las dificultades a afrontar, Santo Tomás señala que la mayor es el peligro de muerte, de ahí la relevancia y actualidad que cobra en estos momentos.

Pero todos sabemos por propia experiencia que *no se puede aguantar para superar las dificultades si no hay un amor o entusiasmo por el fin, meta u objetivo a lograr dando lo mejor de nosotros*. Por eso, solo esa mirada de corazón de un alma grande que aspira a lo más elevado, nos permite sacar fuerzas de flaqueza ante la dificultad. A esta disposición se le llama magnanimidad –*magna anima*–, que, dicho sea de paso, a pesar de que su nombre se nos haga un poco extraño, es una virtud realmente crucial. Sin embargo, la fortaleza se apoya además en otras

virtudes, entre las que destacan la paciencia y la perseverancia. *La paciencia nos permite responder con paz y tranquilidad de ánimo* a esas dificultades, sin rendirnos ni enfadarnos, sino tranquilamente, pues pasarán. Fácil de decir, ¿cierto?, no tanto de vivir. Y junto con la paciencia está, como su hermana gemela, la virtud de *la perseverancia*, que *nos permite continuar haciendo el bien en el tiempo* cuando no conseguimos inmediatamente lo que estamos buscando, es decir, cuando no es de hoy para mañana, sino que debemos luchar hoy, y mañana, y pasado y pasado mañana, y quizás más a largo plazo y por eso hay que aguantar en el bien. Sí: todas estas virtudes alimentan y refuerzan los “músculos” interiores que debemos poner en tensión para vivir la fortaleza.

Sí, podemos ejercitarnos en esa respuesta espiritual, y eso es una buena noticia. Para ello no estamos solos, sino que contamos con apoyos y vínculos humanos, y también trascendentes, que, aunque no los veamos, son reales y actúan: Dios nos permite ir más allá de lo humano, superarnos y llegar hasta las cimas más altas. En estos tiempos de Covid, confinamiento, dificultades económicas y de todo tipo, no dejemos que se pierda la esperanza, no estamos solos y eso nos dará fuerzas para seguir luchando con fortaleza: como familia o como comunidad, pequeña o grande, pues no estamos solos.

V. GRATITUD, ¿Y POR QUÉ NO?

*Ese vaso medio lleno que podemos
y debemos agradecer.*

Se repite mucho estos días, y con razón, que es mejor ver el vaso medio lleno que verlo medio vacío. Lo importante es saber ver que todavía hay algo en el vaso que nos permite beber, saciar la sed o, si ampliamos la metáfora a cualquier situación, contar con algo para seguir adelante de manera positiva. Incluso, aunque sea poca el agua, apunta a que contamos con el material, las fuerzas personales o el apoyo suficiente para superar la situación que estamos viviendo.

Recuerdo haber escuchado acerca de milagros en que, por intercesión de un santo, se multiplicaron el puñado de comida o de mercancía que quedaba para alimentar y alcanzó para dar de comer a mucha gente. Si volvemos a la idea original, es cierto que nunca estamos totalmente solos o desprovistos de algún tipo de herramienta o apoyo para afrontar las dificultades de la vida y conseguir nuestros logros, especialmente al que aspiramos todos: la felicidad. Al poner de manifiesto la importancia de lo que tenemos y de lo que hemos recibido, brota la gratitud como una actitud natural de correspondencia.

No es un tema nuevo sino muy antiguo pero es tan importante que conviene renovarlo de vez en cuando. Me ha llevado a pensar en esto las reflexiones de mis estudiantes sobre sus aprendizajes de este semestre: de lo que han aprendido, de lo que ha supuesto para ellos esta experiencia del COVID-19 y la cuarentena y de las lecciones que han sacado de ello. Especialmente resaltaban el valor de la vida, de las virtudes, del valor de las personas, de la fortaleza interior y también a algunos se les abría una puerta a una esperanza más allá del aquí y ahora concreto y limitado, hacia Dios como la esperanza última y el Bien supremo. Y

como consecuencia, resaltaban el agradecimiento por todo eso que tenemos y de lo que podemos disfrutar cada día, aunque no sea fácil.

De la conciencia de haber recibido algo de manera gratuita, brota, pues, la actitud de agradecimiento. Al respecto dice Santo Tomás que vendría ligado a la justicia como una cierta apertura del corazón y una mirada positiva, que no exige sino que agradece; y al agradecer también se entrega a otros. ¿Y qué agradecer?: las fuerzas para vivir cada día, la entrega de cada persona, el gesto de la sonrisa, sobre todo agradece a Dios que sigue regalándonos la vida a la fuerza y sus ayudas a través de otras personas: todos cuantos colaboran para que podamos vivir en sociedad, pues cada uno tiene una misión que cumplir, cada docente, administrativo, directivo, joven, estudiante, madre, padre, hermano...

En la Suma Teológica, al enumerar las virtudes que implican una especie de devolución natural ante algo recibido, como la religión -por lo recibido por Dios-, la observancia -por lo recibido de los padres-, habla finalmente de la “gratitud que, gracia por gracia, recompensa a nuestros bienhechores” (Suma Teológica, II-IIa, q. 106, a 1). Tal actitud por la que se “recompensa por un beneficio es, sobre todo, fruto del afecto” (a. 3, ad 6). Además, como toda virtud, ha de vivirse de la manera y en el momento adecuado, pues: “los beneficios se han de hacer a su debido tiempo, y llegado el tiempo oportuno no se deben diferir; y esto mismo debe observarse cuando se trata de recompensarlos” (a. 4, ad. 3).

Cuántas puertas abre un “gracias” dicho de corazón, y cuesta tan poco. No en vano el Papa Francisco ha repetido innumerables veces las tres palabras que fundamentan la convivencia humana: “Por favor, gracias y perdón”.

Ese vaso medio lleno es algo que podemos y debemos agradecer, y no darlo por hecho o como si fuera nuestro derecho, porque es un don gratuito. De hecho, podríamos no tenerlo. Demos gracias, sobre todo, al que nos mantiene en la vida, no se cansa de esperarnos para darnos un abrazo de Padre y su amistad divina. Y a cuantos a nuestro lado hacen que nuestra vida sea más llevadera, más bella, más enriquecedora.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Directora Nacional de Formación e Identidad, Universidad Santo Tomás.

REFLEXIONES ÉTICAS

I. EL RETORNO DEL IRRACIONALISMO

El filósofo de las ciencias Karl Popper afirmó que “el relativismo es uno de los mayores delitos que cometen los intelectuales”, pues constituye una “traición de la razón y de la humanidad”. Por relativismo, Popper se refería esencialmente a la idea de que no es posible conocer la verdad porque esta misma sería una cuestión en sí misma relativa o, en términos actuales, subjetiva.

Destruída la noción de que existen verdades a las que podamos aproximarnos –jamás de manera perfecta ni definitiva–, todo lo que queda, advirtió Popper, es la tiranía del pensamiento dogmático derivado de los impulsos y pulsiones más primitivas de la naturaleza humana.

Hay pocas dudas de que estas reflexiones de Popper se encuentran hoy tan vigentes como en la época en que las formuló. En efecto, un irracionalismo cada vez más agresivo arrasa a Occidente de manos de grupos de fanáticos que, embriagados por el pensamiento dogmático que Popper identificó como consustancial a todo totalitarismo, se han lanzado en contra de aquellos valores que sostienen la sociedad abierta. Para estos neoinquisidores resulta imposible, entre otras cosas, la discusión histórica contextualizada, razón por la cual debe eliminarse todo aquello que viole sus estándares de pureza moral.

Este afán purgatorio explica que se remuevan estatuas de Cristóbal Colón en Ohio, nombres de personajes históricos como el del expresidente Wilson en Princeton y que incluso se llegue a exigir la destrucción de estatuas de emperadores romanos por haber avalado la esclavitud, como ha ocurrido recientemente con la estatua del emperador Constantino frente a la catedral de York en Inglaterra. Del mismo modo, se ha demandado la eliminación de textos de pensadores como Aristóteles, Platón o Kant de los cánones universitarios por supuestamente haber establecido las bases de la “supremacía blanca”. Se ha exigido la remoción de cuadros antiguos en museos por su supuesto “machismo”, se ha atacado la música de compositores como Beethoven y Mozart por no pertenecer a minorías, se han censurado películas y series de televisión como “Lo que el viento se llevó” y se han purgado textos de Mark Twain, Michael Ende y Astrid Lindgren, entre muchos otros, por resultar “ofensivos”.

La ciencia, en tanto, se encuentra bajo el asalto de lo que Steven Pinker ha denominado correctamente una “mentalidad de culto” que ha renunciado por completo al uso de evidencia y las leyes de la lógica, “infectando toda la vida académica” con su dogmatismo y charlatanería. Ahora bien, como en tiempos de Popper, el irracionalismo que amenaza la sociedad abierta en la actualidad proviene de corrientes intelectuales cultivadas por pensadores cuyas ideas han conseguido tomarse las facultades de humanidades de las mejores universidades del mundo.

El posmodernismo francés ha sido, probablemente, la doctrina más relevante en el deterioro de la vida académica y de la esfera pública como espacios de diálogo racional. Si, como ha explicado Christopher Butler analizando esta filosofía, no hay nada verdadero y disciplinas como la historia y las ciencias naturales no serían más que narrativas compitiendo por establecer la dominación de un determinado grupo sobre los demás, entonces todo lo que reconocemos como fundamental en nuestra civilización es un mero privilegio reservado a las élites que construyen estos discursos para oprimir a otros.

Nada hay, para esta visión, intrínsecamente valioso o superior en las obras de Shakespeare, por ejemplo, quien solo vendría a confirmar la dominación blanca, masculina y burguesa sobre escritores de minorías cuyas obras no serían celebradas de igual forma precisamente por pertenecer a minorías marginadas. Todo esfuerzo intelectual y social debe dedicarse, por lo tanto, no a buscar la excelencia o la verdad, pues ello sería validar la opresión, sino a deconstruir o eliminar aquellos símbolos, lenguajes, prácticas, instituciones y disciplinas que permiten la dominación.

Es esta degeneración de la academia en activismo lo que ha llevado, como advierte el profesor de Yale Harold Bloom, a demoler no solo la obra de Shakespeare, sino todo el canon literario occidental, el que, como las estatuas y las ciencias, se identifica crecientemente con estructuras de opresión.

La crisis de Occidente es, ante todo, una de tipo epistemológico y su origen se encuentra en el avance del pensamiento dogmático que ha logrado construir hegemonía en las humanidades. Es la pérdida de las humanidades —el alma de cualquier civilización— lo que explica en parte no menor el deterioro del diálogo racional y el auge de un irracionalismo tribal que concibe la vida en sociedad únicamente en términos de opresores y víctimas. Los activistas y charlatanes que han capturado las humanidades han creado una nueva ética revolucionaria abriendo las puertas a la persecución de las voces disidentes y, de ese modo, a lo que el filósofo Roger Scruton calificó como una “nueva era de oscuridad”.

AXEL KAISER*

II. LA DESVIACIÓN AUTORITARIA

Por meses hemos visto a parlamentarios presentando mociones que están en directa contradicción con la Constitución. Peor aún, recientemente ambas cámaras del Congreso han aprobado una legislación sobre una materia para la que no tienen iniciativa legislativa.

El lunes el Presidente anunció que crearía una comisión de expertos para analizar cambios a la regulación del Congreso respecto del examen de constitucionalidad y tramitación de mociones que puedan ser inconstitucionales.

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago el 4.7.2020.

Se puede estar o no de acuerdo con la conveniencia de tal decisión. Se podrá criticar si en lugar de eso el Presidente debería pedir la decisión del TC. Lo que no se puede desconocer, sin embargo, es la necesidad de hacer algo frente al abierto desobedecimiento del mandato constitucional por parte de senadores y diputados.

La Constitución es una jaula incómoda. Define el espacio en que se deben mover los que ejercen el poder y protege así a las personas de la humana inclinación de abusar del mismo. La Constitución es el escudo primordial que protege los derechos individuales, la manera civilizada de regular nuestra convivencia.

Sorprende que la clase política nos hable de lo importante que es cambiar la Constitución, porque de allí surgirán las soluciones a los problemas que Chile debe enfrentar y, al mismo tiempo, los veamos desatendiendo la Constitución y las leyes. ¿Es que la nueva Constitución será perfecta y no habrá problemas de “justicia” que resolver desobedeciéndola? ¿O es esta Constitución la que se puede ignorar, pero la que vendrá sí la obedecerán?

Los parlamentarios de la oposición dicen que con su anuncio el Presidente ha “pasado a llevar el marco institucional vigente”. Para quienes fuimos parte de la Concertación nos da vergüenza esa respuesta, porque los que atropellan la institucionalidad son quienes traicionan a sus votantes violando su juramento de respetar la Constitución y las leyes. Porque ninguno de ellos hizo campaña diciendo “voten por mí, cuando quiera obedeceré la ley”.

El PC va más lejos, opina que lo que ha dicho el Presidente es una “desviación autoritaria”. Incomprensible, aunque no sorprendente en ese partido. Desde luego, el Presidente tiene la facultad de hacerse asesorar por quien estime conveniente. Pero para lo que pedirá asesoría es justamente para diseñar el coto a la “desviación autoritaria” de los parlamentarios. Porque cuando una “autoridad”, como un senador o un diputado, a sabiendas, se salta la Constitución y las leyes, deja de serlo, se convierte en un tirano. Se atribuye poderes que el pueblo no le ha otorgado.

Chile tiene al frente un desafío que no se había visto en 100 años, superar una crisis económica y política gigantesca, donde miles de compatriotas sufren el dolor de la muerte y millones sufrirán la pobreza. Es una irresponsabilidad que el liderazgo político pretenda enfrentarla haciendo alarde de la violación de la Constitución y las leyes. Nuestro país no resiste esa tensión.

Llegó la hora de los líderes de verdad. Aquellos que no sufran desvíos autoritarios contra el pueblo. Los votantes sabremos reconocerlos y agradecerles con nuestro voto.

RICARDO ESCOBAR / JORGE BOFILL*

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago 25.6.2020.

III. ELUSIÓN CONSTITUCIONAL

Un extenso debate en el Derecho Comparado han motivado las denominadas reformas constitucionales “inconstitucionales”. Lo sucedido el miércoles en la Cámara de Diputados, que aprobó una modificación constitucional para retirar parte de los fondos ahorrados para la jubilación, nos trae a Chile esta discusión. No se trata aquí de haber alterado una cláusula pétrea de aquellas que, como existen en algunas constituciones del mundo, no pueden ser modificadas ni por medio de enmiendas. Se trata más bien de la correcta forma de deliberar sobre lo constitucional. En particular, el respeto irrestricto a los procedimientos constitucionales.

El debate producido en la Cámara es elocuente. Se discutió, por ejemplo, sobre el *quorum* con que debía aprobarse la norma, dado que, aunque se la incorpora como norma transitoria, está referida a derechos fundamentales, tales como la propiedad y seguridad social, en cuyo caso requería de dos tercios. Del mismo modo, si al incidir en materia previsional y generar gasto público estaba –en los hechos– inserta dentro de aquellas disposiciones que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Ambos son temas relevantes que seguramente seguirán siendo examinados.

Con todo, queremos destacar un punto adicional: ¿Cuál es el límite de lo genuinamente constitucional? En otras palabras: ¿Es posible que por la vía de la Constitución definamos reglas como las que están siendo discutidas? A nuestro juicio, el Derecho Constitucional no puede aceptar la “elusión constitucional”, esto es, intentar defraudar las formas del Derecho y el contenido consustancial de la Carta Fundamental por la vía de utilizarla como un continente de reglamentaciones que no son, ni por tradición ni por su naturaleza, constitutivas del pacto político.

Nos parece especialmente desaconsejable que, de cara a un proceso constituyente, admitamos que la Constitución pueda entrar a definir materias que, por su especificidad, son típicamente de reserva legal, en estricta armonía con los principios y valores constitucionales. Semejante actuación abre la puerta para que una eventual Convención Constituyente pretenda definir en un futuro texto constitucional todas las regulaciones vinculadas con las demandas sociales; desnaturalizando por completo lo que es propio de toda Carta Magna. Se trata, sin duda, de una señal muy preocupante.

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN
Director Departamento Derecho Público
Universidad de Chile

SEBASTIÁN SOTO VELASCO
Director Departamento de Derecho Público
*P. Universidad Católica**

*Publicado en *El Mercurio* 13.7.2020.

IV. A LOS POLÍTICOS, EN GENERAL

Esta semana, la Sala de la Cámara de Diputados aprobó en general la reforma constitucional que permitiría retirar una parte del ahorro para la vejez durante la emergencia. Pero en realidad, era evidente que lo que se debatía eran las bases del desarrollo económico y democrático chileno.

Y la política no estuvo a la altura e hizo gala del deterioro extremo en el que se encuentra el nivel de la discusión en Chile. El jueves, muchos se preguntaban qué le había pasado a la derecha y cómo era posible este nivel de desorden en el oficialismo. Y es cierto, es incomprensible y demuestra que se requiere un profundo cambio de estrategia y liderazgos.

Pero la pregunta que debemos hacernos es anterior y trasciende a un determinado sector. ¿Qué pasa con la democracia en Chile? ¿En qué momento perdimos el respeto por el Estado de Derecho? ¿En qué momento la política se creyó tan soberbia que estimó que podía tomar decisiones de espalda a la evidencia y haciéndonos pagar los costos a los ciudadanos? ¿Cuándo dejamos de empujar juntos el carro del crecimiento, que es el que brindará mayores oportunidades y justicia social?

La evidencia respecto de la importancia de estas materias para el desarrollo de las naciones es contundente y no deja lugar a dudas. Los ciudadanos ganan en libertad cuando los poderes del Estado no se pasan de la raya y cuando sus decisiones se fundamentan en la razón. Asimismo, cuando un país crece ganan todos, pues disminuye la pobreza y aumentan las oportunidades para la clase media.

Chile es la viva evidencia de aquello. Por eso me cuesta tanto entender que un importante grupo en la izquierda chilena esté dando constantes explicaciones por lo que hizo y no hizo durante esos 30 años a un grupo de jóvenes políticos populistas y maximalistas que hoy se orientan más al caos que al entendimiento en el Congreso. Si traemos a colación los datos, veremos que no hay nada de qué avergonzarse. Es más, hay mucho de que enorgullecerse. De ahí que resulta inexplicable la vergüenza que sienten muchos representantes de la ex-Concertación o su falta de agallas para defender lo obrado, falta de coraje que, en todo caso y por estos días, suma varios adeptos en las filas de la derecha.

¿Quiere decir eso que teníamos la carrera ganada y que no quedan desafíos por abordar? Evidentemente que no, pero suponer que esos desafíos se vencerán arrasando con los pilares anteriores, quiere decir que en 30 años no hemos aprendido nada.

Desde el 18 de octubre, y tal vez desde antes, esos importantes consensos se rompieron. Y hoy, además, se perdió el pudor por guardar si quiera las apariencias al respecto. Tal vez así sea mejor, para que, de una vez por todas nos deje de dar lo mismo lo que pasa en la política y nos involucremos.

Hoy, los controles y contrapesos en los que confiábamos y que por años sirvieron para contener el populismo y la irracionalidad (que puede surgir de lado y lado), en los hechos, no existen, y no existen porque los políticos no están dispuestos a hacerlos respetar. Hoy, al Parlamento le da lo mismo la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en las materias de ley que le corresponden y avanza sin más en proyectos que suponen cometer sacrilegios contra la Constitución. Y cómo

no, si al final del día nadie se atreve a ir al Tribunal Constitucional. Y si no es por esa vía, el Congreso se salta el “problemita de la iniciativa exclusiva” presentando reformas constitucionales que van transformando nuestra Constitución en un árbol de Pascua lleno de materias que no son propias de la Carta Fundamental. Pero bueno, a quién le importa (pensarán), si total después vendrá un grupo de sabios iluminados casi milagrosos que, no obstante elegirse igual que los diputados, redactarán, en este mal clima que los mismos políticos se esmeran por mantener, una eventual virtuosa nueva Constitución. Se sabe.

Para qué hablar del alarmante desprecio de la política por los datos y por las consecuencias de las decisiones que toman. Hoy pareciera ser que no hay encuentro posible entre la recta del conocimiento y la curva de las decisiones políticas. Una verdadera asíntota, lo que es un desastre para el presente y futuro del país.

Y cuidado, porque los países sucumben. No hay inmunidad para que ello no ocurra. Y hoy la pregunta es si la clase política y quienes intervienen en el debate público en su conjunto tienen conciencia de cuán fuerte están empujando el carro para que caigamos al vacío. Es nuestro rol como ciudadanos hacerles presente que eso no es lo que queremos para Chile y de que no nos representan si hacia allá se encaminan.

NATALIA GONZÁLEZ*

V. REDES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La reciente declaración de un grupo de escritores e intelectuales, en la que denunciaban una atmósfera que lesionaría el libre debate en la esfera pública –la firmaban desde Chomsky a Rowling–, llama la atención acerca de un asunto que es también posible verificar en Chile.

Todos, tanto quienes pertenecen a lo que tradicionalmente se llamaba izquierda como quienes se alinean en lo que tradicionalmente se llamaba derecha (tradicionalmente porque hoy, a juzgar por las escenas de anteayer del Congreso y el comportamiento de los líderes políticos, no se sabe qué es una y qué la otra) parecen estar poseídos por un simplismo justiciero y tribal que armado del *smartphone* o la *tablet*, y convenientemente enmascarados con un *nickname*, distribuyen epítetos, etiquetas, motes e insultos a aquel cuyas opiniones los incomodan o carecen del tono definitivo e irrefutable que los usuarios de las redes esperan como confirmación de su propia subjetividad.

Y lo peor es que todo esto parece haber contagiado a muchos de quienes se desempeñan en la esfera pública, quienes, advertidos de lo que les espera o, lo que es peor, seducidos por la popularidad fugaz de los ciento cuarenta caracteres, por cobardía o narcisismo, en vez de dar razones o escudriñarlas, parecen empeñados en ponerse del lado que adivinan correcto (donde lo correcto es lo que incentiva más *likes* o invitaciones más frecuentes a los matinales) y distanciarse de quien,

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 11.7.2020.

en cambio, estaría –por ceguera, egoísmo o estupidez– del otro lado, que sería, por supuesto y por definición, incorrecto.

¿Cómo evitar ese fenómeno que, si se expande sin que nadie se le oponga, podría situar cada vez más lejos de la esfera pública el discernimiento de razones?

Desde luego, y no obstante lo complicado de la situación, hay que evitar a toda costa cualquier proyecto que tenga por objeto controlar el contenido de las redes y oponerse a cualquier iniciativa tendiente a establecer la censura de cualquier índole o por cualquier medio. Sacrificar la libertad de expresión tendría un costo muchísimo más alto que los males que con ese sacrificio, incluso si fuera trivial, se querría evitar.

Las sociedades abiertas reconocen a todos sus miembros adultos la igual capacidad de discernimiento –la misma facultad de detectar la tontería, el error o sospechar dónde está la verdad–, y cualquier forma de control del contenido de los mensajes supondría reconocer a algunas personas mayor capacidad que otras de discernir qué vale la pena en los mensajes y qué, en cambio, no. Algo así lesionaría de manera muy grave un principio sobre el que se erigen las sociedades democráticas. Las sociedades tienen libertad de expresión no como un simple instrumento para el logro de bienes socialmente valiosos, sino como una forma de reconocer la profunda igualdad de los seres humanos y entregar a cada uno la responsabilidad final de aceptar o rechazar lo que lee, escucha o mira.

Por eso no es el control, sino el fortalecimiento de la libertad de expresión y en especial de los medios más reflexivos la única forma de contrarrestar esa verdadera epidemia de insultos y etiquetas que atemoriza a algunos y los hace callar. No es la disminución de la libertad de expresión, sino su ejercicio razonado e intenso el mejor remedio contra ese fenómeno del que, con razón, se quejan Chomsky o Rowling. Hace casi cien años el juez Brandeis dijo que la mejor forma de luchar contra las falacias y las falsedades es más y mejor discurso, no el silencio forzado o miedoso o prudente.

Siempre ha habido maledicencia, prejuicios, etiquetas y ataques realizados desde el anonimato. Alguna vez fueron las paredes, los panfletos o el simple rumor. La diferencia está en que hoy todo eso cuenta con una plataforma al alcance de cualquiera y se usa como un arma invisible y arrojadiza en el debate de las iniciativas que configuran a la comunidad y a las políticas públicas. Pero no hay que controlar todo eso ni por medios coactivos, ni mediante ninguna otra forma de censura. Lo que se requiere es más y mejor discurso y esa es la tarea de los medios más ilustrados, que deben empeñarse en exhibir razones una y otra vez y oponerse, también una y otra vez, a la mera alineación tribal con que a veces amenaza convertirse la esfera pública.

¿Suenan ingenuo creer que de esa forma se pondrá atajo a la suma de ataques y tonterías que circulan en las redes amenazando con envilecer el debate público?

Es probable que sí; pero es sobre esa ingenuidad donde descansan buena parte de los principios y valores sobre los que se erige una sociedad abierta y democrática.

CARLOS PEÑA*

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago 10.7.2020.

VI. CORROMPIENDO A LAS NUEVAS GENERACIONES

Este domingo me encontré por la calle a un grupo de cinco chicas quinceañeras, vestidas normalmente, sin nada extraño, fuera que llevaban sobre sus cabezas una bandera LGTBI. No pude por menos de pensar: ¿qué estamos haciendo con nuestros jóvenes?, ¿qué educación les estamos dando?

El Catecismo de la Iglesia Católica nos dice: “La sexualidad abarca todos los aspectos de la persona humana, en la unidad de su cuerpo y de su alma. Concierno particularmente a la afectividad, a la capacidad de amar y procrear y, de manera más general, a la aptitud para establecer vínculos de comunión con otros” (Nº 2332). La sexualidad humana no se reduce a su expresión genital, sino que se sitúa en los cimientos psíquicos del desarrollo de la vida afectiva y de la relación con el otro, en la doble perspectiva del afecto por el otro y de la procreación. No es que *tengamos* una sexualidad, sino que *somos* seres sexuales. Tiene, por tanto relación con el amor, el matrimonio y la procreación, siendo una riqueza y una característica de la persona. Está modelada por la cultura y la educación que nos transmite unos valores y pautas de comportamiento que vamos interiorizando y haciendo nuestros.

Pero actualmente hay en nuestra Sociedad un rechazo de Dios y de los principios cristianos. Como ya advirtió Pío XI en su Encíclica contra el nazismo, pero que sigue siendo actual: “Es una nefasta característica del tiempo presente querer desgajar no solamente la doctrina moral, sino los mismos fundamentos del derecho y de su aplicación, de la verdadera fe en Dios y de las normas de la revelación divina” (Nº 35). Ello conduce en nuestro tiempo a la denominada “*ideología del género*”, que considera la sexualidad como un elemento absolutamente maleable cuyo significado es fundamentalmente de convención social. Es decir, no existe ni masculino ni femenino, sino que nos encontramos ante un producto cultural que va cambiando continuamente. La diferencia entre varón y mujer no correspondería, fuera de las obvias diferencias morfológicas, a la naturaleza, sino que sería mera construcción cultural según los roles y estereotipos que en cada sociedad se asigna a los sexos. El ser humano nace sexualmente neutro, posteriormente es socializado como hombre o mujer y cada uno puede escoger su orientación sexual. No hay ningún criterio discriminante entre lo lícito y lo ilícito, lo normal y lo anormal, siendo, por tanto, permisibles y moralmente iguales todas las relaciones sexuales voluntarias. La permisividad absoluta, el rechazo de toda moral que no identifique bien con placer es el denominador común de esta corriente. Da igual ser homo que heterosexual, juntarse por una temporada que casarse definitivamente, tener hijos que no tenerlos, aceptarlos que destruirlos antes de que nazcan. Cada uno es dueño absoluto de su vida.

La Semana del Orgullo LGTBI nos indica de qué lado están nuestras autoridades, la mayoría de la clase política y buena parte, ¿por qué no decirlo?, de nuestros profesores y educadores. Ante este panorama hace unos años el Papa Francisco elogiaba a un matrimonio que le había dicho que cuando los hijos volvían de clase les preguntaban qué les habían enseñado, por si tenían que hacer una contracatequesis. Se nos está metiendo una Religión de Estado que intenta destruir las dos instituciones que le hacen frente: la Familia y la Iglesia.

¿Por qué destruir la Familia? Porque es una creación de Dios al servicio del amor y resuelve uno de los grandes problemas del hombre: su necesidad de afecto. La familia es la base de la sociedad y la mejor estructura para asegurar a los seres humanos la estabilidad y el confort afectivo y psicológico necesario para su desarrollo. Pero si logramos destruirla, le quitamos al ser humano uno de sus grandes puntos de apoyo y le hacemos más fácilmente manipulable.

Está claro que detrás de esta ideología están los poderosos del mundo. Todos sabemos que una de las primeras visitas que recibió Sánchez fue Soros, uno de los grandes patrocinadores de esta concepción. Como bien dijo el cardenal Bergoglio hablando del matrimonio homosexual que querían implantar en Argentina: “detrás de esta Ley está el Demonio”, y si nos fijamos qué defiende esta ideología vemos que son los principios de la Moral Católica, pero vueltos del revés. Es decir la Moral del Diablo.

Por ello los tres últimos Papas han condenado claramente la ideología de género. El Papa Francisco, en su Exhortación *Amoris Laetitia* habla de ella nada menos que en seis números.

Cuando pienso en las chicas de las que he hablado al principio no puedo verlas sino como víctimas de una corrupción ocasionada por unas personas de las que en principio tendrían el derecho y hasta el deber de fiarse, pero por el camino de la negación de Dios y de la no existencia de normas morales, están llevando a nuestros adolescentes y jóvenes por la senda que lleva a la infelicidad, como lo prueba el hecho que el suicidio es en ellos la primera causa de mortalidad, incluso por encima de los accidentes.

PEDRO TREVIANO*

VII. LA UNIVERSIDAD EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS

A estas alturas ya no nos cabe duda de que quienes pronosticaron un año complicado se quedaron cortos por mucho.

Conforme pasan los meses y sigue la incertidumbre sanitaria, además de luchar por evitar la muerte, la enfermedad y el colapso de los centros asistenciales, también es necesario cuidar y mantener a flote el trabajo de los chilenos y la capacidad productiva. Estamos inmersos en una gran crisis, y la vida de las personas tiene que ocupar siempre el primer lugar, al mismo tiempo que el país mantenga la actividad de la que depende para subsistir. Se cierne la amenaza del desempleo, la quiebra de negocios pequeños y medianos, incluyendo las serias dificultades de las grandes empresas para seguir operando. Debemos hacer lo posible por mitigar un impacto mayor.

Las universidades no están exentas de esta crisis, más aún si el actual proyecto de ley que propone la suspensión de los aranceles se aprueba. El daño que oca-

*Publicado en *Infocat* 4.7.2020.

sionaría a las instituciones de educación superior podría ser irreparable, porque afectaría su esencia, que es formar a los alumnos con un alto estándar académico. La gran mayoría de las universidades estamos haciendo esfuerzos económicos extraordinarios para apoyar a quienes más lo necesitan a través de variadas medidas, entre ellas becas, conectividad, computadores y apoyo académico, de modo que todos puedan continuar sus estudios. Sin los recursos necesarios, nada de ello es posible.

Esta contingencia obligó a interrumpir las clases presenciales, incluso antes de que se decretaran las cuarentenas comunales, y se prevé que no será posible volver en las mismas condiciones de antes, aun después de que terminen. Sin embargo, la actividad no para; más bien, es más intensa que nunca. Es un comentario generalizado entre alumnos, que han sentido el esfuerzo que les implican las nuevas estrategias pedagógicas. Por su parte, los profesores han debido trabajar duro para adaptar sus cursos y materiales de estudio. Han aprendido rápidamente a usar nuevas plataformas para seguir formando a sus estudiantes a distancia, sin perder la calidad.

Este esfuerzo ha tenido una dificultad especial para los estudiantes de primer año, que, hasta la fecha, no han podido poner un pie en sus campus universitarios. Esta cohorte será recordada como la generación de las crisis. Tuvieron que sortear un proceso de admisión traumático, al que luego se sumó esta crisis epidemiológica histórica y la crisis económica que ha desencadenado. Podemos pensar con optimismo que “lo que no mata fortalece”, pero tendremos que poner un empeño especial en los años que vienen para entregarles la experiencia educacional que se merecen.

Es una señal muy poderosa de la fortaleza de nuestro sistema que las instituciones de educación superior no hayan parado, sino que, por el contrario, se hayan podido adaptar tan rápidamente. Las universidades tienen una fama injusta de lentitud, desconexión y falta de flexibilidad, pero en esta oportunidad se ha visto precisamente lo contrario. El ingenio y el compromiso se han puesto al servicio del gran desafío que enfrentamos.

Aunque la situación varía mucho según las regiones del país, tenemos que adecuarnos a esta nueva realidad, que ha sido posible gracias a internet, a la alta penetración de *smartphones* y computadores, a las plataformas de educación a distancia y a los programas de teletrabajo. También es notable la gran facilidad de adaptación de quienes han nacido en un mundo digital. Sabemos que muchos de los cambios que vivimos hoy llegaron para quedarse.

Duele escuchar a quienes presentan problemas sin ofrecer soluciones reales que permitan seguir adelante. Tenemos que encontrar el modo de avanzar, caso a caso, si es necesario. Tenemos que encontrar las soluciones para que todos nuestros alumnos se puedan incorporar a esta nueva manera de estudiar y continuar con su formación universitaria. Chile no se puede dar el lujo de perder a esta generación.

La historia muestra que las universidades han sido precursoras de los cambios sociales, que han sido puentes entre la experiencia de las generaciones anteriores y la fuerza de las que toman el relevo. Tienen una gran posibilidad de ser motores de innovación, gracias a su capacidad de atraer talento y de ponerlo a trabajar. Es por eso que resulta crítico que las universidades sigan funcionando, que se las apoye en estos momentos difíciles, y que se les exija relevancia y compromiso con la solución de los problemas que la crisis trae consigo.

La mayor herramienta de supervivencia del ser humano siempre ha sido su capacidad de adaptarse, y esta crisis no es diferente. En vez de sentirnos aplastados por las dificultades, es mejor enfrentar lo que nos toca vivir con cierto espíritu de conquista, convencidos de que tenemos la capacidad de influir de manera gravitante para hacer del nuestro un futuro mejor.

JOSÉ ANTONIO GUZMÁN CRUZAT*

*Rector Universidad de los Andes, publicado en *El Mercurio*/Santiago 2.7.2020.

DOCUMENTOS

PAPA FRANCISCO
MENSAJE A LOS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
DE PRENSA CATÓLICA CON MOTIVO DE LA
CONFERENCIA DE MEDIOS CATÓLICOS
(30 de junio al 2 de julio) sobre el tema
“Juntos mientras estamos separados”
30 de junio de 2020

Este año, por primera vez en su historia, la Asociación de Prensa Católica organiza la Conferencia de Medios Católicos de manera virtual, a causa de la situación sanitaria actual. Ante todo, deseo expresar mi cercanía a quienes han sido afectados por el virus y a quienes, incluso a riesgo de sus vidas, han trabajado y siguen trabajando para asistir a nuestros hermanos y hermanas que lo necesitan.

El tema que ustedes han elegido para la Conferencia de este año –*Together While Apart*, Juntos mientras estamos separados– expresa elocuentemente el sentido de unión que, paradójicamente, ha surgido de la experiencia de distanciamiento social impuesta por la pandemia. En mi mensaje del año pasado para la Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, reflexioné sobre cómo la comunicación nos permite ser, como dice San Pablo, “miembros unos de otros” (cfr. Ef 4,25), llamados a vivir en comunión dentro de una red de relaciones en continua expansión. A causa de la pandemia, todos hemos percibido más plenamente esta verdad. De hecho, la experiencia de estos meses pasados nos ha demostrado que la misión de los medios de comunicación es esencial para acercar a las personas, acortar las distancias, proveer la información necesaria y abrir las mentes y los corazones a la verdad.

Fue precisamente esta constatación la que llevó a la creación de los primeros periódicos católicos en sus países, además del constante apoyo que les prestaron los pastores de la Iglesia. Lo vemos en el caso del *Catholic Miscellany de Charleston*, fundado en 1822 por el obispo John England, y que fue seguido de muchos otros periódicos y revistas. Hoy, como entonces, nuestras comunidades cuentan con los periódicos, la radio, la televisión y las redes sociales para compartir, comunicar, informar y unir.

E pluribus unum, el ideal de unidad en medio de la diversidad reflejado en el lema de los Estados Unidos, también debe inspirar el servicio que ustedes ofrecen al bien común. Ello es urgentemente necesario hoy, en una era marcada por conflictos y polarizaciones a los que la propia comunidad católica no es inmune.

Necesitamos medios de comunicación capaces de construir puentes, defender la vida y abatir los muros, visibles e invisibles, que impiden el diálogo sincero y la comunicación verdadera entre personas y comunidades. Necesitamos medios de

comunicación que puedan ayudar a las personas, especialmente a los jóvenes, a distinguir el bien del mal; a desarrollar juicios sólidos basados en una presentación clara e imparcial de los hechos; y a comprender la importancia de trabajar por la justicia, la concordia social y el respeto a nuestra casa común. Necesitamos hombres y mujeres con sólidos valores que protejan la comunicación de todo lo que puede distorsionarla o desviarla hacia otros propósitos.

Les pido, por tanto, que permanezcan unidos y sean signo de unidad también entre ustedes. Los medios de comunicación pueden ser grandes o pequeños, pero en la Iglesia estas no son categorías importantes. En la Iglesia, todos hemos sido bautizados en un único Espíritu y hechos miembros de un solo cuerpo (cfr. 1 Cor 12: 13). Como en todo cuerpo, a menudo son los miembros más pequeños los que, al final, son los más necesarios. Lo mismo sucede en el cuerpo de Cristo. Cada uno de nosotros, dondequiera que nos encontremos, está llamado a contribuir, mediante la profesión de la verdad en el amor, al crecimiento de la Iglesia hasta su plena madurez en Cristo (cfr. Ef 4: 15).

La comunicación, lo sabemos, no es meramente una cuestión de competencia profesional. Un verdadero comunicador se dedica completamente al bien de los demás en todos los niveles, desde la vida de cada persona a la vida de toda la familia humana. No podemos comunicar verdaderamente si no nos involucramos personalmente, si no podemos testimoniar personalmente la verdad del mensaje que transmitimos. Toda comunicación tiene su fuente última en la vida de Dios Uno y Trino, que comparte con nosotros las riquezas de su vida divina y, a su vez, nos pide que, unidos en el servicio a su Verdad, comuniquemos ese tesoro a los demás.

Queridos amigos, invoco cordialmente sobre ustedes y sobre los trabajos de su Conferencia la efusión de los dones del Espíritu Santo de sabiduría, entendimiento y consejo. Solamente la mirada del Espíritu nos permite no cerrar los ojos ante los que sufren y buscar el verdadero bien para todos. Solamente con esa mirada podemos trabajar eficazmente para superar las enfermedades del racismo, la injusticia y la indiferencia, que desfiguran el rostro de nuestra común familia. Que a través de su dedicación y su trabajo diario, puedan ustedes ayudar a los demás a contemplar las situaciones y las personas con los ojos del Espíritu. Que cuando nuestro mundo hable apresuradamente con adjetivos y adverbios, los comunicadores cristianos hablen con sustantivos que reconozcan y presenten la silenciosa reivindicación de la verdad y promuevan la dignidad humana. Que donde el mundo ve conflictos y divisiones, puedan ustedes mirar a los pobres y a quienes sufren, y dar voz a las súplicas de nuestros hermanos y hermanas necesitados de misericordia y comprensión.

La Iglesia celebró ayer la solemnidad de los apóstoles Pedro y Pablo. Que el espíritu de comunión con el obispo de Roma, que ha sido siempre un sello distintivo de la prensa católica de sus países, los mantenga a todos ustedes unidos en la fe y firmes ante las efímeras modas culturales que carecen de la fragancia de la verdad evangélica. Sigamos rezando juntos por la reconciliación y la paz en nuestro mundo. Les aseguro mi apoyo y mis oraciones por ustedes y sus familias. Y les pido, por favor, que me recuerden en sus oraciones.

FRANCISCO

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS PARTICIPANTES EN EL CONGRESO INTERNACIONAL “LA RIQUEZA DE LOS AÑOS”

Sala Regia

Viernes 31 de enero de 2020

Queridos hermanos y hermanas:

Os doy mi cordial bienvenida a vosotros, participantes en el primer Congreso internacional de pastoral de los ancianos –“La Riqueza de los Años”– organizado por el *Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida*; y agradezco al cardenal Farrell sus amables palabras.

La “riqueza de los años” es la riqueza de las personas, de cada persona que tiene a sus espaldas muchos años de vida, experiencia e historia. Es el tesoro precioso que toma forma en el camino de la vida de cada hombre y mujer, sin importar sus orígenes, procedencia, condiciones económicas o sociales. Porque la vida es un regalo, y cuando es larga es un privilegio, para uno mismo y para los demás. Siempre, siempre es así.

En el siglo XXI, la vejez se ha convertido en una de las características de la humanidad. En unas pocas décadas, la pirámide demográfica –que una vez descansaba sobre un gran número de niños y jóvenes y tenía pocos ancianos en la cumbre– se ha invertido. Si hace tiempo los ancianos hubieran podido poblar un pequeño Estado, hoy pueden poblar un continente entero. En este sentido, la ingente presencia de los ancianos es una novedad en todos los entornos sociales y geográficos del mundo. Además, a la vejez corresponden hoy diferentes estaciones de la vida: para muchos es la edad en la que cesa el esfuerzo productivo, las fuerzas disminuyen y aparecen los signos de la enfermedad, de la necesidad de ayuda y del aislamiento social; pero para muchos otros es el comienzo de un largo período de bienestar psicofísico y de liberación de las obligaciones laborales.

En ambas situaciones, ¿cómo vivir estos años? ¿Qué sentido dar a esta fase de la vida, que para muchos puede ser larga? La desorientación social y, en muchos casos, la indiferencia y el rechazo que nuestras sociedades muestran hacia las personas mayores, llaman no solo a la Iglesia, sino a todo el mundo, a una reflexión seria para aprender a captar y apreciar el valor de la vejez. En efecto, mientras que, por un lado, los Estados deben hacer frente a la nueva situación demográfica en el plano económico, por otro, la sociedad civil necesita valores y significados para la tercera y la cuarta edad. Y aquí, sobre todo, se coloca la contribución de la comunidad eclesial.

Por eso he acogido con interés la iniciativa de esta conferencia, que ha centrado la atención en la pastoral de los ancianos e iniciado una reflexión sobre las implicaciones que se derivan de una presencia sustancial de los abuelos en nuestras parroquias y sociedades. Os pido que no se quede en una iniciativa aislada, sino que marque el inicio de un camino de profundización y discernimiento pastoral. Necesitamos cambiar nuestros hábitos pastorales para responder a la presencia de tantas personas mayores en las familias y en las comunidades.

En la Biblia, la longevidad es una bendición. Nos enfrenta a nuestra fragilidad, a nuestra dependencia mutua, a nuestros lazos familiares y comunitarios, y sobre todo a nuestra filiación divina. Concediendo la vejez, Dios Padre nos da tiempo para profundizar nuestro conocimiento de Él, nuestra intimidad con Él, para entrar más y más en su corazón y entregarnos a Él. Este es el momento de prepararnos para entregar nuestro espíritu en sus manos, definitivamente, con la confianza de los niños. Pero también es un tiempo de renovada fecundidad. “En la vejez volverán a dar fruto”, dice el salmista (*Sal* 91,15). En efecto, el plan de salvación de Dios también se lleva a cabo en la pobreza de los cuerpos débiles, estériles e impotentes. Del vientre estéril de Sara y del cuerpo centenario de Abraham nació el Pueblo Elegido (cf. *Rm* 4,18-20). De Isabel y el viejo Zacarías nació Juan Bautista. El anciano, incluso cuando es débil, puede convertirse en un instrumento de la historia de la salvación.

Consciente de este papel irremplazable de los ancianos, la Iglesia se convierte en un lugar donde las generaciones están llamadas a compartir el plan de amor de Dios, en una relación de intercambio mutuo de los dones del Espíritu Santo. Este intercambio intergeneracional nos obliga a cambiar nuestra mirada hacia las personas mayores, a aprender a mirar el futuro junto con ellos.

Cuando pensamos en los ancianos y hablamos de ellos, sobre todo en la dimensión pastoral, debemos aprender a cambiar un poco los tiempos de los verbos. No solo hay un pasado, como si para los ancianos solo hubiera una vida detrás de ellos y un archivo enmohecido. No. El Señor puede y quiere escribir con ellos también nuevas páginas, páginas de santidad, de servicio, de oración... Hoy quisiera decirles que los ancianos *son también el presente y el mañana de la Iglesia*. Sí, ¡son también el futuro de una Iglesia que, junto con los jóvenes, profetiza y sueña! Por eso es tan importante que los ancianos y los jóvenes hablen entre ellos, es muy importante.

La profecía de los ancianos se cumple cuando la luz del Evangelio entra plenamente en sus vidas; cuando, como Simeón y Ana, toman a Jesús en sus brazos y anuncian la *revolución de la ternura*, la Buena Nueva de Aquel que vino al mundo para traer la luz del Padre. Por eso os pido que no os canséis de proclamar el Evangelio a los abuelos y a los ancianos. Id a ellos con una sonrisa en vuestro rostro y el Evangelio en vuestras manos. Salid a las calles de vuestras parroquias y buscad a los ancianos que viven solos. La vejez no es una enfermedad, es un privilegio. La soledad puede ser una enfermedad, pero con caridad, cercanía y consuelo espiritual podemos curarla.

Dios tiene un pueblo numeroso de abuelos en todo el mundo. Hoy en las sociedades secularizadas de muchos países, las generaciones actuales de padres no tienen, en su mayoría, la formación cristiana y la fe viva que los abuelos pueden transmitir a sus nietos. Son el eslabón indispensable para educar a los niños y a los jóvenes en la fe. Debemos acostumbrarnos a incluirlos en nuestros horizontes pastorales y a considerarlos, de forma no episódica, como uno de los componentes vitales de nuestras comunidades. No solo son personas a las que estamos llamados a ayudar y proteger para custodiar sus vidas, sino que pueden ser actores de una pastoral evangelizadora, testigos privilegiados del amor fiel de Dios.

Por esto doy las gracias a todos los que dedicáis vuestras energías pastorales a los abuelos y a los ancianos. Sé muy bien que vuestro compromiso y vuestra reflexión nacen de la amistad concreta con tantos ancianos. Espero que lo que hoy

es la sensibilidad de unos pocos se convierta en el patrimonio de cada comunidad eclesial. No tengáis miedo, tomad iniciativas, ayudad a vuestros obispos y a vuestras diócesis a promover el servicio pastoral a los ancianos y con los ancianos. No os desaniméis, ¡adelante! *El Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida* continuará acompañándoos en este trabajo.

Yo también os acompaño con mi oración y mi bendición. Y vosotros por favor, no os olvidéis de rezar por mí. ¡Gracias!

FRANCISCO

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO
A LOS PARTICIPANTES EN EL SEMINARIO
“NUEVAS FORMAS DE SOLIDARIDAD”
ORGANIZADO POR LA PONTIFICIA ACADEMIA
DE LAS CIENCIAS SOCIALES
Casina Pío IV
Miércoles 5 de febrero de 2020

Señoras y señores, buenas tardes.

Quiero expresarles mi gratitud por este encuentro. Aprovechemos este nuevo inicio del año para construir puentes, puentes que favorezcan el desarrollo de una mirada solidaria desde los bancos, las finanzas, los gobiernos y las decisiones económicas. Necesitamos de muchas voces capaces de pensar, desde una perspectiva poliédrica, las diversas dimensiones de un problema global que afecta a nuestros pueblos y a nuestras democracias.

Quisiera comenzar con un dato de hecho. *El mundo es rico* y, sin embargo, *los pobres aumentan* a nuestro alrededor. Según informes oficiales el ingreso mundial de este año será de casi 12.000 dólares por cápita. Sin embargo, cientos de millones de personas aún están sumidas en la pobreza extrema y carecen de alimentos, vivienda, atención médica, escuelas, electricidad, agua potable y servicios de saneamiento adecuados e indispensables. Se calcula que aproximadamente cinco millones de niños menores de 5 años este año morirán a causa de la pobreza. Otros 260 millones, de niños, carecerán de educación debido a falta de recursos, debido a las guerras y las migraciones. Esto en un mundo rico, porque el mundo es rico.

Esta situación ha propiciado que millones de personas sean víctimas de la trata y de las nuevas formas de esclavitud, como el trabajo forzado, la prostitución y el tráfico de órganos. No cuentan con ningún derecho y garantías; ni siquiera pueden disfrutar de la amistad o de la familia.

Estas realidades no deben ser motivo de desesperación, no, sino de acción. Son realidades que nos mueven a que hagamos algo.

El principal mensaje de esperanza que quiero compartir con ustedes es precisamente este: se trata de problemas solucionables y no de ausencia de recursos. No existe un determinismo que nos condene a la inequidad universal. Permítanme repetirlo: no estamos condenados a la inequidad universal. Esto posibilita una nueva forma de asumir los acontecimientos, que permite encontrar y generar respuestas creativas ante el evitable sufrimiento de tantos inocentes; lo cual implica aceptar que, en no pocas situaciones, nos enfrentamos a falta de voluntad y decisión para cambiar las cosas y principalmente las prioridades. Se nos pide capacidad para dejarnos interpelar, para dejar caer las escamas de los ojos y ver con una nueva luz estas realidades, una luz que nos mueva a la acción.

Un mundo rico y una economía vibrante pueden y deben acabar con la pobreza. Se pueden generar y estimular dinámicas capaces de incluir, alimentar, curar y vestir a los últimos de la sociedad en vez de excluirllos. Debemos elegir qué y a quién priorizar: si propiciamos mecanismos socioeconómicos humanizantes para toda la sociedad o, por el contrario, fomentamos un sistema que termina por justificar determinadas prácticas que lo único que logran es aumentar el nivel de injusticia y de violencia social. El nivel de riqueza y de técnica acumulado por la humanidad, así como la importancia y el valor que han adquirido los derechos humanos, ya no permite excusas. Nos toca ser conscientes de que todos somos responsables. Esto no quiere decir que todos somos culpables, no; todos somos responsables para hacer algo.

Si existe la pobreza extrema en medio de la riqueza –también riqueza extrema– es porque hemos permitido que la brecha se amplíe hasta convertirse en la mayor de la historia. Estos son datos casi oficiales: las 50 personas más ricas del mundo tienen un patrimonio equivalente a 2,2 billones de dólares. Esas cincuenta personas por sí solas podrían financiar la atención médica y la educación de cada niño pobre en el mundo, ya sea a través de impuestos, iniciativas filantrópicas o ambas cosas. Esas cincuenta personas podrían salvar millones de vidas cada año.

A la *globalización de la indiferencia* la he llamado “inacción”. San Juan Pablo II la llamó: *estructuras del pecado*. Tales estructuras encuentran una atmósfera propicia para su expansión cada vez que el *bien común* viene reducido o limitado a determinados sectores o, en el caso que nos convoca, cuando la economía y las finanzas se vuelven un fin en sí mismas. Es la idolatría del dinero, la codicia y la especulación. Y esta realidad sumada ahora al vértigo tecnológico exponencial, que incrementa a pasos jamás vistos la velocidad de las transacciones y la posibilidad de producir ganancias concentradas sin que estén ligadas a los procesos productivos ni a la economía real. La comunicación virtual favorece este tipo de cosas.

Aristóteles celebra la invención de la moneda y su uso, pero condena firmemente la especulación financiera porque en esta “el dinero mismo se convierte en productivo, perdiendo su verdadera finalidad que es la de facilitar el comercio y la producción” (*Política*, I, 10,1258 b).

De manera similar y siguiendo la razón iluminada por la fe, la doctrina social de la Iglesia celebra las formas de gobierno y los bancos –muchas veces creados a su amparo: es interesante ver la historia de los montes de piedad, de los bancos creados para favorecer y colaborar–, cuando cumplen con su finalidad, que es, en definitiva, buscar el bien común, la justicia social, la paz, como asimismo el

desarrollo integral de cada individuo, de cada comunidad humana y de todas las personas. Sin embargo, la Iglesia advierte que estas benéficas instituciones, tanto públicas como privadas, pueden decaer en estructuras de pecado. Estoy utilizando la calificación de san Juan Pablo II.

Las estructuras de pecado hoy incluyen repetidos recortes de impuestos para las personas más ricas, justificados muchas veces en nombre de la inversión y desarrollo; paraísos fiscales para las ganancias privadas y corporativas; y, por supuesto, la posibilidad de corrupción por parte de algunas de las empresas más grandes del mundo, no pocas veces en sintonía con algún sector político gobernante.

Cada año cientos de miles de millones de dólares, que deberían pagarse en impuestos para financiar la atención médica y la educación, se acumulan en cuentas de paraísos fiscales impidiendo así la posibilidad del desarrollo digno y sostenido de todos los actores sociales.

Las personas empobrecidas en países muy endeudados soportan cargas impositivas abrumadoras y recortes en los servicios sociales, a medida que sus gobiernos pagan deudas contraídas insensiblemente e insosteniblemente. De hecho, la deuda pública contraída, en no pocos casos para impulsar y alentar el desarrollo económico y productivo de un país, puede constituirse en un factor que daña y perjudica el tejido social. Cuando termina orientada hacia otra finalidad.

Así como existe una *coirresponsabilidad* en cuanto a este daño provocado a la economía y a la sociedad, también existe una *corresponsabilidad* inspiradora y esperanzadora para crear un clima de fraternidad y de renovada confianza que abrace en conjunto la búsqueda de soluciones innovadoras y humanizantes.

Es bueno recordar que no existe una ley mágica o invisible que nos condene al congelamiento o a la parálisis frente a la injusticia. Y menos aún existe una racionalidad económica que suponga que la persona humana es simplemente una acumuladora de beneficios individuales ajenos a su condición de ser social.

Las exigencias morales de san Juan Pablo II en 1991 resultan asombrosamente actuales hoy: “Es ciertamente justo el principio de que las deudas deben ser pagadas. No es lícito, en cambio, exigir o pretender su pago cuando este vendría a imponer de hecho opciones políticas tales que llevaran al hambre y a la desesperación a poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas contraídas sean pagadas con sacrificios insoportables. En estos casos es necesario –como, por lo demás, está ocurriendo en parte– encontrar modalidades de reducción, dilación o extinción de la deuda, compatibles con el derecho fundamental de los pueblos a la subsistencia y al progreso” (Carta enc. *Centesimus Annus*, 35).

De hecho, los *Objetivos del Desarrollo Sostenible* aprobados por unanimidad por todas las naciones también reconocen este punto –es un punto humano– y exhortan a todas las naciones a “ayudar a los países en desarrollo a lograr la sostenibilidad de la deuda a largo plazo a través de políticas coordinadas destinadas a fomentar el financiamiento de la deuda, el alivio de la deuda y la reestructuración de la deuda, según corresponda, y abordar el problema externo deuda de los países pobres muy endeudados para reducir la angustia de la deuda” (*Objetivo 17.4*).

En esto deben consistir las nuevas formas de solidaridad que hoy nos convocan, que nos convocan aquí, si se piensa en el mundo de los bancos y las finanzas: en la ayuda para el desarrollo de los pueblos postergados y la nivelación entre los países que gozan de un determinado estándar y nivel de desarrollo con aquellos

imposibilitados a garantizar los mínimos necesarios a sus pobladores. Solidaridad y economía para la unión, no para la división con la sana y clara conciencia de la corresponsabilidad.

Prácticamente de aquí es necesario afirmar que la mayor *estructura de pecado*, o la mayor estructura de injusticia, es la misma industria de la guerra, ya que es dinero y tiempo al servicio de la división y de la muerte. El mundo pierde cada año billones de dólares en armamentos y violencia, sumas que terminarían con la pobreza y el analfabetismo si se pudieran redirigir. Verdaderamente, Isaías habló en nombre de Dios para toda la humanidad cuando previó el día del Señor en que “con las espadas forjarán arados y con las lanzas podaderas” (Is 2,4). ¡Sigámoslo!

Hace más de setenta años, la *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* comprometió a todos sus Estados Miembros a cuidar de los pobres en su tierra y hogar, y en todo el mundo; es decir, en la casa común, todo el mundo es la casa común. Los gobiernos reconocieron que la protección social, los ingresos básicos, la atención médica para todos y la educación universal eran inherentes a la dignidad humana fundamental y, por tanto, a los derechos humanos fundamentales.

Estos derechos económicos y un entorno seguro para todos son la medida más básica de la solidaridad humana. Y la buena noticia es que mientras que en 1948 estos objetivos no estaban al alcance inmediato, hoy, con un mundo mucho más desarrollado e interconectado, sí lo están. Se ha progresado en esto.

Ustedes, que tan amablemente se han reunido aquí, son los líderes financieros y especialistas económicos del mundo. Junto con sus colegas, ayudan a establecer las reglas impositivas globales, informar al público global sobre nuestra condición económica y asesorar a los gobiernos del mundo sobre los presupuestos. Conocen de primera mano cuáles son las injusticias de nuestra economía global actual, o las injusticias de cada país.

Trabajemos juntos para terminar con estas injusticias. Cuando los organismos multilaterales de crédito asesoren a las diferentes naciones, resulta importante tener en cuenta los conceptos elevados de la justicia fiscal, los presupuestos públicos responsables en su endeudamiento y, sobre todo, la promoción efectiva y protagónica de los más pobres en el entramado social. Recuérdenles su responsabilidad de proporcionar asistencia para el desarrollo a las naciones empobrecidas y alivio de la deuda para las naciones muy endeudadas. Recuérdenles el imperativo de detener el cambio climático provocado por el hombre, como lo han prometido todas las naciones, para que no destruyamos las bases de nuestra Casa Común.

Una nueva ética supone ser conscientes de la necesidad de que todos se comprometan a trabajar juntos para cerrar las guaridas fiscales, evitar las evasiones y el lavado de dinero que le roban a la sociedad, como también para decir a las naciones la importancia de defender la justicia y el bien común sobre los intereses de las empresas y multinacionales más poderosas –que terminan por asfixiar e impedir la producción local–. El tiempo presente exige y reclama dar el paso de una lógica insular y antagónica como único mecanismo autorizado para la solución a los conflictos, a otra lógica, capaz de promover la interconexión que propicia una cultura del encuentro, donde se renueven las bases sólidas de una nueva arquitectura financiera internacional.

En este contexto donde el desarrollo de algunos sectores sociales y financieros alcanzó niveles nunca antes vistos, qué importante es recordar las palabras del Evangelio de Lucas: “Al que mucho se le da, se le exigirá mucho” (12, 48). Qué inspirador es escuchar a san Ambrosio, quien piensa con el Evangelio: “Tú [rico] no das de lo tuyo al pobre [cuando haces caridad], sino que le estás entregando lo que es suyo. Pues, la propiedad común dada en uso para todos, la estás usando tú solo” (*Naboth* 12, 53). Este es el principio del destino universal de los bienes, la base de la justicia económica y social, como también del bien común.

Me alegro de vuestra presencia hoy aquí. Celebramos la oportunidad de saber-nos copartícipes en la obra del Señor que puede cambiar el curso de la historia en beneficio de la dignidad de cada persona de hoy y de mañana, especialmente de los excluidos y en beneficio del gran bien de la paz. Nos esforzamos juntos con humildad y sabiduría para servir a la justicia internacional e intergeneracional. Tenemos una esperanza ilimitada en la enseñanza de Jesús de que los pobres en espíritu son bendecidos y felices, porque de ellos es el Reino de los cielos (cf. *Mt* 5, 3) que comienza ya aquí y ahora.

¡Muchas gracias! Y, por favor, voy a hacer un pedido, no es un préstamo: No se olviden de rezar por mí, porque este trabajo no es nada fácil el que me toca hacer y yo sobre ustedes invoco todas las bendiciones, sobre ustedes y su trabajo.

FRANCISCO

CARTA DEL PAPA EMÉRITO BENEDICTO XVI CON MOTIVO DE LOS 100 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL PAPA SAN JUAN PABLO II Ciudad del Vaticano 4 de mayo de 2020

El 18 de mayo, se cumplirán 100 años desde que el papa Juan Pablo II nació en la pequeña ciudad polaca de Wadowice.

Polonia, dividida durante más de 100 años por las tres grandes potencias vecinas –Prusia, Rusia y Austria–, había recuperado su independencia al final de la Primera Guerra Mundial. Fue una época llena de esperanza, pero también de dificultades, ya que la presión de las dos grandes potencias, Alemania y Rusia, siguió pesando sobre el Estado que se estaba reorganizando. En esta situación de angustia, pero sobre todo de esperanza, creció el joven Karol Wojtyła, que perdió muy pronto a su madre, a su hermano y, finalmente, a su padre, de quien había aprendido una piedad profunda y cálida. El joven Karol era particularmente apasionado de la literatura y el teatro, y después de estudiar para sus exámenes de secundaria, comenzó a dedicarse más a estas materias.

“Para evitar la deportación, en el otoño de 1940, comenzó a trabajar en una cantera que pertenecía a la fábrica química de Solvay” (cf. Don y Misterio). “En Cracovia, había ingresado en secreto en el Seminario. Mientras trabajaba como

obrero en una fábrica, comenzó a estudiar teología con viejos libros de texto, para poder ser ordenado sacerdote el 1 de noviembre de 1946" (cf. *Ibíd.*). Por supuesto, no solo estudió teología en los libros, sino también a partir de la situación específica que pesaba sobre él y su país. Es una especie de característica de toda su vida y su trabajo. Estudia con libros, pero experimenta y sufre las cuestiones que están detrás del material impreso. Para él, como joven obispo –obispo auxiliar desde 1958, arzobispo de Cracovia desde 1964– el Concilio Vaticano II se convirtió en una escuela para toda su vida y su trabajo. Las grandes preguntas que surgieron especialmente sobre el llamado Esquema 13 –luego Constitución *Gaudium et Spes*– fueron sus preguntas personales. Las respuestas desarrolladas en el Concilio le mostraron el camino a seguir para su trabajo como obispo y luego como Papa.

Cuando el cardenal Wojtyła fue elegido sucesor de San Pedro el 16 de octubre de 1978, la Iglesia estaba en una situación desesperada. Las deliberaciones del Concilio se presentaban al público como una disputa sobre la fe misma, lo que parecía privarla de su certeza indudable e inviolable. Un pastor bávaro, por ejemplo, comentando la situación, decía: "Al final, hemos acogido una fe falsa". Esta sensación de que no había nada seguro, de que todo estaba en cuestión, fue alimentada por la forma en que se implementó la reforma litúrgica. Al final, todo parecía factible en la liturgia.

Pablo VI había cerrado el Concilio con energía y determinación, pero luego, una vez terminado, se vio confrontado con más asuntos, siempre más urgentes, lo que finalmente puso en tela de juicio a la Iglesia misma. Los sociólogos compararon la situación de la Iglesia en ese momento con la de la Unión Soviética bajo Gorbachov, cuando toda la poderosa estructura del Estado finalmente se derrumbó en un intento de reformarla.

Una tarea que superaba las fuerzas humanas esperaba al nuevo Papa. Sin embargo, desde el primer momento, Juan Pablo II despertó un nuevo entusiasmo por Cristo y su Iglesia. Primero lo hizo con el grito del sermón al comienzo de su pontificado: "¡No tengan miedo! ¡Abran, sí, abran de par en par las puertas a Cristo!" Este tono finalmente determinó todo su pontificado y lo convirtió en un renovado liberador de la Iglesia. Esto estaba condicionado por el hecho de que el nuevo Papa provenía de un país donde el Concilio había sido bien recibido: no el cuestionamiento de todo, sino más bien la alegre renovación de todo.

El Papa ha viajado por el mundo en 104 grandes viajes pastorales y proclamó el Evangelio en todas partes como una alegría, cumpliendo así su obligación de defender el bien, de defender a Cristo.

En 14 encíclicas, volvió a exponer completamente la fe de la Iglesia y su doctrina humana. Inevitablemente, al hacerlo, provocó oposición en las iglesias del Occidente llenas de dudas.

Hoy, me parece importante enfatizar sobre todo el verdadero centro desde el cual debe leerse el mensaje de sus diferentes textos. Este centro vino a la atención de todos nosotros en el momento de su muerte. El Papa Juan Pablo II murió en las primeras horas de la nueva fiesta de la Divina Misericordia. Permítanme agregar primero un pequeño comentario personal que revela un aspecto importante del ser y el trabajo del Papa. Desde el principio, Juan Pablo II se sintió profundamente conmovido por el mensaje de Faustina Kowalska, una monja de Cracovia, que destacó la Divina Misericordia como un centro esencial de la fe cristiana y deseaba una celebración con este motivo.

Después de todas las consultas, el Papa había escogido el domingo *in albis*. Sin embargo, antes de tomar la decisión final, le pidió a la Congregación de la Fe su opinión sobre la conveniencia de esta fecha. Dijimos que no porque pensamos que una fecha tan antigua y llena de contenido como la del domingo *in albis* no debería sobrecargarse con nuevas ideas. Ciertamente no fue fácil para el Santo Padre aceptar nuestro no. Pero lo hizo con toda humildad y aceptó el no de nuestro lado por segunda vez. Finalmente, hizo una propuesta dejando el histórico domingo *in albis*, pero incorporando la Divina Misericordia en su mensaje original. En otras ocasiones, de vez en cuando, me impresionó la humildad de este gran Papa, que renunció a las ideas de lo que deseaba porque no recibió la aprobación de los organismos oficiales que, según las reglas clásicas, había de consultar.

Mientras Juan Pablo II vivió sus últimos momentos en este mundo, la Fiesta de la Divina Misericordia acababa de comenzar tras la oración de las primeras vísperas. Esta celebración iluminó la hora de su muerte: la luz de la misericordia de Dios se presenta como un mensaje reconfortante sobre su muerte. En su último libro, *Memoria e Identidad*, publicado en la víspera de su muerte, el Papa resumió una vez más el mensaje de la Divina Misericordia. Señaló que la hermana Faustina murió antes de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, pero que ya había dado la respuesta del Señor a este horror insoportable. Era como si Cristo quisiera decir a través de Faustina: “El mal no obtendrá la victoria final. El misterio pascual confirma que el bien prevalecerá, que la vida triunfará sobre la muerte y que el amor triunfará sobre el odio”.

A lo largo de su vida, el Papa buscó apropiarse subjetivamente del centro objetivo de la fe cristiana, que es la doctrina de la salvación, y ayudar a otros a apropiarse de ella. A través de Cristo resucitado, la misericordia de Dios es para cada individuo. Aunque este centro de la existencia cristiana solo nos lo da la fe, también es importante filosóficamente, porque si la misericordia de Dios no es un hecho, debemos encontrar nuestro camino en un mundo donde el poder último del bien contra el mal es incierto. Después de todo, más allá de este significado histórico objetivo, es esencial que todos sepan que, al final, la misericordia de Dios es más fuerte que nuestra debilidad.

Además, en esta etapa actual, también se puede encontrar la unidad interior entre el mensaje de Juan Pablo II y las intenciones fundamentales del Papa Francisco: Juan Pablo II no es un rigorista moral, como algunos lo intentan dibujar en parte. Con la centralidad de la misericordia divina, nos da la oportunidad de aceptar el requerimiento moral del hombre, aunque nunca podemos cumplirlo por completo. Sin embargo, nuestros esfuerzos morales se hacen a la luz de la divina misericordia, que resulta ser una fuerza curativa para nuestra debilidad.

Cuando murió el Papa Juan Pablo II, la Plaza de San Pedro estaba llena de personas, especialmente jóvenes, que querían encontrarse con su Papa por última vez. No puedo olvidar el momento en que Mons. Sandri anunció el mensaje de la partida del Papa. Sobre todo, el momento en que la gran campana de San Pedro repicó, hizo que este mensaje resultara inolvidable. El día del funeral, había muchas pancartas diciendo “¡Santo súbito!”. Eso fue un grito que, de todos lados, surgió a partir del encuentro con Juan Pablo II. No solo en la plaza, sino también en varios círculos intelectuales, se discutió la idea de darle el título de “Magno” a Juan Pablo II.

La palabra “santo” indica la esfera de Dios y la palabra “magno” la dimensión humana. Según el reglamento de la Iglesia, la santidad puede ser reconocida

por dos criterios: las virtudes heroicas y el milagro. Los dos criterios están estrechamente vinculados. La expresión “virtud heroica” no significa una especie de hazaña olímpica; al contrario, en y a través de una persona se revela algo que no proviene de él, sino que se hace visible la obra de Dios en y a través de él. No es una competencia moral de la persona, sino renunciar a la propia grandeza. El punto es que una persona deja que Dios trabaje en ella, y así el trabajo y el poder de Dios se hacen visibles a través de ella.

Lo mismo se aplica a la prueba del milagro: aquí tampoco se trata de un evento sensacional sino de la revelación de la bondad de Dios que cura de una manera que va más allá de las meras posibilidades humanas. El santo es un hombre abierto a Dios e imbuido de Dios. El que se aleja de sí mismo y nos deja ver y reconocer a Dios es santo. Verificar esto legalmente, en la medida de lo posible, es el significado de los dos procesos de beatificación y canonización. En los casos de Juan Pablo II, ambos procesos se hicieron estrictamente de acuerdo con las reglas aplicables. Por lo tanto, ahora se nos presenta como el padre que nos deja ver la misericordia y la bondad de Dios.

Es más difícil definir correctamente el término “magno”. Durante los casi 2.000 años de historia del papado, el título “Magno” solo prevaleció para dos papas: León I (440-461) y Gregorio I (590-604). La palabra “magno” tiene una connotación política en ambos, en la medida en que algo del misterio de Dios mismo se hace visible a través de la actuación política. A través del diálogo, León Magno logró convencer a Atila, el príncipe de los Hunos, para que perdonara a Roma, la ciudad de los príncipes de los apóstoles Pedro y Pablo. Desarmado, sin poder militar o político, sino por el solo poder de la convicción por su fe, logró convencer al temido tirano para que perdonara a Roma. El espíritu demostró ser más fuerte en la lucha entre espíritu y poder.

Aunque Gregorio I no tuvo un éxito tan espectacular, también logró proteger a Roma contra los lombardos, de nuevo al oponerse el espíritu al poder y alcanzar la victoria del espíritu.

Si comparamos la historia de los dos Papas con la de Juan Pablo II, su similitud es evidente. Juan Pablo II tampoco tenía poder militar o político. Durante las deliberaciones sobre la forma futura de Europa y Alemania, en febrero de 1945, se observó que la opinión del Papa también debía tenerse en cuenta. Entonces Stalin preguntó: “¿Cuántas divisiones tiene el Papa?”. Es claro que el Papa no tiene divisiones a su disposición. Pero el poder de la fe resultó ser un poder que finalmente derrocó el sistema de poder soviético en 1989 y permitió un nuevo comienzo. Es indiscutible que la fe del Papa fue un elemento esencial en el derumbe del poder comunista. Así que la grandeza evidente en León I y Gregorio I es ciertamente visible también en Juan Pablo II.

Dejamos abierto si el epíteto “magno” prevalecerá o no. Es cierto que el poder y la bondad de Dios se hicieron visibles para todos nosotros en Juan Pablo II. En un momento en que la Iglesia sufre una vez más la aflicción del mal, este es para nosotros un signo de esperanza y confianza.

Querido San Juan Pablo II, ¡ruega por nosotros!

BENEDICTO XVI

LAS LLAGAS DE CRISTO... Y DE LA IGLESIA

La Iglesia debe recuperarse, ante todo, de la crisis interna que la afecta, para cobrar relevancia en el orden cultural y social, de modo que pueda ayudar al hombre a orientarse hacia su auténtico destino.

Las llagas de Cristo, de sus manos, sus pies y su costado, son objeto de nuestra veneración y nuestro amor. La tradición eclesial atesora numerosos documentos de la fe de los fieles expresada, multiplicadamente, en la actitud del Apóstol Tomás, quien al verlas y tocarlas confesó: *¡Señor mío y Dios mío!* (Jn 20, 28). Presento a continuación algunas oraciones clásicas que solían rezarse privadamente después de la comunión; dos de ellas conservan vigencia todavía.

La primera es la pequeña letanía, que ha sido atribuida a San Ignacio, como “Aspiraciones al Santísimo Redentor”: *Anima Christi*; en muchos lugares se la recita en el momento correspondiente de la misa. Esas invocaciones comienzan: “Alma de Cristo, santifícame”, e incluyen una contemplación del Cuerpo herido del Señor, con varias referencias a la pasión, fuente de ánimo, aliento y consuelo para los afligidos, que reciben de ella vigor, espíritu, fuerza. Se ruega ser embriagado por la Sangre preciosa, lavado por el agua que brota del costado abierto, ser escondido en las benditas llagas. Son expresiones de altísima y entrañable devoción.

Otra plegaria, que era también muy popular, dirigida a Jesús crucificado comienza *En ego...* “Aquí estoy, bondadoso y dulcísimo Jesús”. El texto indica que el orante, de rodillas bajo la mirada del Señor, ruega con el mayor fervor recibir impresos en su corazón sentimientos de fe, esperanza y caridad, dolor de los pecados y propósito de enmienda. Sentimientos (*sensus*) que no tienen nada de sentimentales, ya que no excluyen el conocimiento, la conciencia; se pide con firmísima voluntad asumir, vivir, esas realidades espirituales. La contemplación de las cinco llagas se hace con amor y dolor, con una identificación de com-pasión, mientras se medita el pasaje del Salmo 21 al cual se alude en el relato de la Pasión según San Juan (19, 36-37): *han taladrado mis manos y mis pies, y puedo contar todos mis huesos* (Sal 21, 17-18). Los relatos evangélicos del sacrificio del Señor citan implícita o explícitamente otros versículos del salmo para ilustrar hechos como el reparto de las vestiduras y el sorteo de la túnica y las burlas blasfemas; sobresale el clamor final del Crucificado, que asume la frase inicial del salmo: *Dios mío, Dios mío, ¿por qué me has abandonado?* (Mt 27, 46). Se recoge en la oración la convicción de muchos Padres de la Iglesia que atribuían la autoría del poema a David, y lo consideraron una profecía.

Una publicación de la Editorial Pustet, de Ratisbona (edición 13ª de 1927) reúne oraciones para antes y después de la misa, destinadas especialmente a los sacerdotes. Una de esas plegarias comienza: *Obsecro, te dulcissime Domine Jesu*

Christe. Se pide en ella “que tu pasión sea para mí una fuerza que me proteja y defienda, que tus llagas sean alimento y bebida por las que yo sea apacentado, embriagado y deleitado”. En este caso se indica que la oración está dirigida a Jesús crucificado, y que ha de rezarse de rodillas.

En la misa colección se encuentra otra a las llagas del Señor, heridas que son fuente de la Sangre salvífica. Se ruega que las llagas nos llaguen (*vulnera* como sustantivo y como verbo en imperativo) con el dardo encendido de la caridad, que la lanza del amor nos traspase, de modo que el alma pueda decir: “Estoy herida de amor”, y que de esa herida broten lágrimas incesantes de amor y dolor. Aquí se nota una cita del Cantar de los Cantares (2, 5). Me permito una breve digresión semántica. Las versiones modernas de ese pasaje bíblico traducen, según el hebreo, “estoy enferma de amor”. El original dice *jolat*, término que denota consternación; la versión griega de los LXX traduce *tetromene agápes* (*estoy herida*, de la raíz de *trauma*). Continuando con la oración, en tercer lugar se pide que la cúspide de la dilección, como punta aguda y extrema golpee un alma dura como la nuestra y penetre profundamente en nuestra intimidad. Es la caridad, don divino, el amor, la dilección lo que hiere, traspasa, golpea al alma como un dardo, una flecha, la agudeza de una lanza. Todas estas son expresiones de altísima contemplación que podemos nosotros asumir con la esperanza de que alguna vez nos acerquemos a esa relación con Jesucristo.

En su libro “Miremos al Traspasado” (1984), Joseph Ratzinger comenta ampliamente y con elogio la encíclica de Pío XII *Haurietis aquas*, sobre el Corazón de Jesús, destacando en ella la teología del cuerpo referida a la encarnación y al misterio pascual. Cita una bella expresión de San Buenaventura: “Las heridas del cuerpo muestran las heridas del alma... ¡Contemplemos por las heridas visibles las heridas invisibles del amor!”. En el trabajo que voy glosando, el gran teólogo muestra que esa teología del cuerpo “es a la vez, entonces, una apología, una defensa, del corazón, de los sentidos y del sentimiento, también y precisamente en el ámbito de la piedad”. Como ya lo he apuntado, no hay aquí nada de sentimentalismo, sino teología y mística, la experiencia de un amor que se torna contemplativo; la veneración de las llagas conduce al conocimiento de la persona de Jesús, Dios y hombre verdadero. La liturgia, en diversas ocasiones, hace referencia a este rasgo del misterio pascual, y también asocia a él la compasión y la intercesión de María. En la célebre secuencia *Stabat Mater*, se dice: *Crucifigi fige plagas cordi meo valide*, “graba con fuerza en mi corazón las llagas del Crucificado”. Valga, para no alargar la nota, este único ejemplo.

El Conde Antonio Rosmini Serbati (1797-1855), sacerdote, hoy beato, fue un pensador original, escritor y fundador de la congregación clerical *Istituto della Carità*. No se limitó a contemplar las llagas del Cuerpo físico del Señor, sino que inspirado en esa contemplación de amor y dolor, se atrevió a descubrir polémicamente las llagas del Cuerpo místico, o más bien de la organización y vida de la Iglesia de su época. Entre sus obras sobresale *Le cinque piaghe della Santa Chiesa*; en este libro describía, por referencia a las heridas de las manos, los pies y el costado de Jesús, defectos que hallaba en el catolicismo contemporáneo suyo. La obra fue condenada, como otros escritos de su autoría, y él se sometió humildemente a la decisión de la Santa Sede. A partir de la reivindicación de Rosmini, *Las cinco llagas de la Santa Iglesia* fue una obra reconocida con autoridad para la historia de la Iglesia en el siglo XIX.

Yo me aventuro a presentar una hipótesis de actualización de las llagas de la Iglesia, las que sufre en estos días; lo hago modestamente, como expresión del respeto y amor que profeso a la *Catholica*, y del dolor que me causa reconocerlas. No son ocurrencias mías; muchos autores con mayor sabiduría y autoridad que yo han manifestado su preocupación, e incontables fieles, a veces con arrebatos de indignación, opinan sobre la situación eclesial y no esconden, incluso, posiciones ideológicas. Las “redes” constituyen una tribuna mundial, un areópago confuso. No localizaré las llagas, como hizo Rosmini, cuál en qué mano o en qué pie, cuál en el costado. Solo enumero cinco males, sobre los que he hablado en diversas ocasiones, o han sido objeto de escritos míos.

1. COMIENZO POR LA LLAGA QUE CONSIDERO MÁS ABARCADORA Y PROFUNDA: *EL RELATIVISMO*

Un mal con raíces históricas que se expandió en el siglo XX, impregnando la cultura, el pensamiento y la actitud de multitudes. El relativismo ha penetrado en la Iglesia, y se manifiesta en ella como duda, descuido y preterición de la doctrina de la fe y de la gran tradición eclesial, como un intento de acomodo con la cultura mundana. Una de las causas principales ha sido, en opinión de muchos, una interpretación sesgada del Concilio Vaticano II, la negación de su continuidad homogénea con el magisterio anterior. Los maestros del relativismo suelen afirmar que aquella gran Asamblea ha sido una revolución que determinó un cambio de época. Desde el punto de vista metafísico la posición relativista equivale a la negación del Absoluto, y se camufla en proposiciones ambiguas. Como actitud de pensamiento significa el abandono de los criterios objetivos y la primacía del subjetivismo. De hecho, cualquiera dice lo que se le ocurre, y no hay quien lo corrija; peor, quien debiera corregir promueve la confusión. Durante las últimas décadas, numerosos autores expresaron el relativismo teológico, con el consiguiente daño en la formación de los sacerdotes y en la orientación pastoral del clero. El relativismo ético incluye la negación de la naturaleza, de la cual se siguen principios de comportamiento objetivos, universalmente válidos: ni la ley natural, ni los Mandamientos de la ley de Dios son expresamente recordados y urgidos a los fieles como norma de vida personal y de relación con los demás. El reduccionismo sociológico insiste en destacar el condicionamiento de los factores epocales y la vigencia cultural. La difusión del relativismo y sus consecuencias actuales frustran la intención del Vaticano II: “Es obligación de toda la Iglesia de trabajar para que los hombres se capaciten a fin de establecer rectamente todo el orden temporal y ordenarlo hacia Dios por Jesucristo” (*Apostolicam actuositatem*, 7). El cardenal Robert Sarah escribió en su libro *Le soir approche et déjà le jour baisse*: “Es determinante que valores fundamentales rijan la vida de las sociedades. El relativismo se nutre de la negación de los valores para afincar su empresa deletérea” (pág. 283). Contamos con recursos extraordinarios para superar la tentación relativista: el *Catecismo de la Iglesia Católica*, y el magisterio completo y clarísimo de San Juan Pablo II y Benedicto XVI.

Si el relativismo se instala permanentemente en la Iglesia, el mundo marchará a la perdición.

2. LA DEVASTACIÓN DE LA LITURGIA

No fue tenida en cuenta una severa advertencia del Vaticano II: “Que nadie, aunque sea sacerdote, añada, quite o cambie cosa alguna por iniciativa propia en la liturgia” (*Sacrosanctum Concilium*, 21§3). Es verdad que muchos sacerdotes celebran dignamente la misa y logran incorporar a los fieles a “una celebración plena, activa y comunitaria” (*Ib.*). Pero no se puede negar, y yo me refiero al caso argentino, que se ha generalizado el manoseo del rito más sagrado del catolicismo, y se han impuesto la improvisación, la abolición de la belleza –sobre todo en la música–, gestos y actitudes tales como gritos, aplausos, bailoteo, completamente ajenos a la índole sagrada de la celebración. Lo sagrado queda menoscabado o ha desaparecido. Yo mismo he oído decir a colegas obispos que ya no hay distinción entre sagrado y profano, y se felicitaban por esta evolución. La concepción unilateral de la misa como encuentro fraterno ha oscurecido su índole sacrificial; no se advierte que lo que hermana a los fieles es una realidad sobrenatural: la común participación por la fe y la caridad en el sacrificio pascual del Señor que se hace sacramentalmente presente en el rito de la Iglesia. En algunos casos la celebración se convierte en un espectáculo o en una fiestita para niños; el culto de Dios desaparece, es la satisfacción, el “sentirse bien” de los presentes lo que se busca. Con esa declinación que describo someramente, la fe es puesta entre paréntesis y la referencia a Dios queda reemplazada por la centralidad y primacía del hombre. La fenomenología de la religión muestra lo errado de semejante postura; probablemente un hombre de la Edad de Piedra se escandalizaría ante algunas celebraciones católicas de hoy; no encontraría en ellas la irrenunciable referencia a “lo otro”, a la trascendencia, al mundo de los dioses. La pérdida del sentido de la adoración tiene un efecto cultural destructor de la auténtica humanidad del hombre. El cardenal Robert Sarah ha escrito: “El sentido de lo sagrado es el corazón de toda civilización humana”. Me detengo aquí; los lectores seguramente podrán sumar a los datos precedentes sus propias reflexiones y experiencias.

3. SECULARIZACIÓN DE LA VIDA SACERDOTAL Y DEFICIENTE FORMACIÓN EN LOS SEMINARIOS

Ha sido este uno de los capítulos más notorios de la crisis que siguió al Vaticano II. Las causas y el sentido de esa crisis tendrán que ser esclarecidos por los historiadores, pero no es posible negar que, como lo lamentó Pablo VI, “esperábamos una floreciente primavera y sobrevino un crudo invierno”. Jacques Maritain, gran amigo del Papa Montini, en *El campesino del Garona* evoca “la fiebre neomodernista contagiosa, al menos en los círculos llamados ‘intelectuales’; en comparación con ella el modernismo de tiempos de Pío X fue un modesto catarro”. Habla, también, de “una especie de apostasía inmanente que estaba en preparación desde hacía años, y cuya manifestación fue acelerada por ciertas expectativas oscuras de partes bajas del alma, imputadas a veces, mendazmente, al *espíritu del Concilio*”. El clero resultó especialmente afectado; miles de sacerdotes abandonaron el ministerio; una especie de “liberación” llevó a muchos a descuidar la vida espiritual; fueron numerosos también quienes se dedicaron a la “militancia” social y política; el celibato sacerdotal, cuyo incumplimiento puede registrarse con mayor o menor

intensidad en cualquier época, fue criticado por principio, y actualmente arrecia la campaña para lograr su abolición.

El luminoso magisterio de Pablo VI, Juan Pablo II y Benedicto XVI, que fue causa de una cierta recuperación, ya no cuenta demasiado, y no solo en el asunto del celibato. Se multiplicaron las experiencias de reorganización de los seminarios, y la agitación y las dudas continúan. He notado que a veces se pone una atención ridícula en descalificar y perseguir a los alumnos en los que puede hallarse un apego a la tradición, que desearían estudiar bien el latín y usar sotana (y hasta se prohíbe vestirla), pero no se cuida la rectitud de la formación doctrinal, espiritual y cultural. Se suele oponer el estudio a “la pastoral”, y se precipitan experiencias presuntamente pastorales para las que los jóvenes no están preparados, y que carecen de valor educativo. ¿Cómo puede florecer la Iglesia con el descuido de una seria preparación filosófica, teológica y espiritual de sus futuros ministros? Humildemente, puedo exhibir una cierta autoridad en este tema: he sido organizador de un seminario diocesano y rector del mismo por una década, como también profesor en la Facultad de Teología, donde estudiaban seminaristas de diversas diócesis. Durante mi ministerio arzobispal de 20 años he ido al seminario todos los sábados y he pasado siempre mis vacaciones con los seminaristas. Algo he aprendido. *Ek toû kósmou ouk eisin*, “ellos no son del mundo” (Jn 17, 16), dijo Jesús de los apóstoles en su íntima conversación con el Padre. Los sacerdotes tampoco son “del mundo”; su secularización-mundanización es una llaga abierta en el corazón de la Iglesia.

4. RUINA DE LA FAMILIA CRISTIANA Y DEL ORDEN FAMILIAR NATURAL

Nunca como en estas últimas décadas contó la Iglesia con un magisterio tan amplio sobre el amor conyugal, el matrimonio y la familia. Sin embargo, la cultura vigente se impone con una fuerza arrolladora. La naturalización del divorcio, favorecida por las leyes, ha llevado a que muchísima gente no se case, sino que viva en concubinato, el cual ya no es mal visto. Ahora no se habla de marido y mujer, esposo y esposa, sino de “pareja”. En la casi totalidad de los femicidios, el asesino es el novio o exnovio, la pareja o expareja. Debemos lamentar, también, que los matrimonios –cuando los hay– no duren; los pésimos ejemplos de gente de la “farándula”, a la que se suman deportistas y políticos, y los medios de comunicación con su continuo martilleo, han llevado a desvalorizar el amor conyugal y la estabilidad familiar; muchos niños son huérfanos de padres vivos, o hijos “monoparentales”. Los abusos sexuales ocurren, en un ochenta por ciento de los casos, en el ámbito familiar, y el culpable suele ser la pareja de la madre. No se aprecia debidamente el sacramento del matrimonio, y se desconoce la gracia que de él dimana. El control artificial de los nacimientos se ha convertido en una práctica habitual. La encíclica *Humanae vitae* fue resistida por vastos sectores de la Iglesia, y su cincuentenario pasó inadvertido.

Los pastores de la Iglesia no reiteran oportunamente una enseñanza que es valiosa no solamente para la vida cristiana, sino que tiene una dimensión cultural, social y política. La aprobación legal del “matrimonio igualitario”, y otras leyes inicuas inspiradas en la ideología de género alteran la constitución del orden

familiar, y se extiende la legalización del aborto. Los fieles se ven sometidos a presiones inéditas. Un fenómeno gravísimo es la imposición, por parte del Estado, de programas de educación sexual escolar contrarios a la ley natural y divina, que violan los derechos de los padres. Los jóvenes necesitan ser acompañados para que puedan reconocer el valor, belleza y utilidad, personal y social, de la virtud de castidad, pero esta no parece una prioridad pastoral. En los colegios católicos se hace muy difícil la formación de los jóvenes en esas realidades esenciales, y por lo general las familias no colaboran; en muchos casos, por todo lo antedicho, no están en condiciones de hacerlo.

En suma, una llaga abierta que sangra abundantemente; con esa sangre se escurre la vida de la sociedad. ¿Es una llaga de la sociedad?. Por cierto, pero también una llaga de la Iglesia. Allí está el drama.

5. LA DESCRIPTIANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

El proceso así titulado es, contemporáneamente, un proceso de deshumanización. Su causa es, en primer lugar, de carácter interno, religioso: cristianos que no viven como tales; bautizados que o bien no han completado la Iniciación Cristiana, o después de cumplir con el rito de la “única comunión” no perseveran en la praxis sacramental, no han recibido una formación en las verdades de la fe, y han sido devorados por la cultura pagana. San Pablo advertía ya ese problema, por ejemplo, en la comunidad de Corinto; llega a decir que ni entre los paganos se encontraban vicios tan graves (cf. 1 Cor 5, 1; 6, 8 ss.). Esa debilidad intrínseca de la Iglesia, la caída espiritual de sus miembros del nivel que corresponde a una comunidad cristiana, impide una presencia vital de la misma en la cultura y en las estructuras de la sociedad. Hace imposible que los fieles brillen en ella *hos phosteres en kósmo*, como luminarias en el mundo, según enseñaba el mismo Apóstol (Fil 2, 15). La descriptianización no se identifica con el cambio de las formas de organización política. León XIII exponía que “se puede escoger y tomar legítimamente una u otra forma política... mas cualquiera que sea esa forma, las autoridades del Estado deben poner la mirada totalmente en Dios, Supremo Gobernador del universo, y proponérselo como ejemplar y ley en el administrar la república” (Encíclica *Inmortale Dei opus*, 6-7).

En aquel documento de 1885 recordaba que “hubo un tiempo en que la filosofía del Evangelio gobernaba los Estados”, y la energía propia de la sabiduría cristiana había compenetrado las leyes, las instituciones, las costumbres de los pueblos; impregnaba todas las clases y relaciones de la sociedad.

Se ha verificado un desarrollo homogéneo de la Doctrina Social de la Iglesia; en el *Compendio* promulgado por Juan Pablo II, en 2004, se incluye una queja contra el laicismo que en las sociedades democráticas “obstaculiza toda forma de relevancia política y cultural de la fe, buscando descalificar el empeño social y político de los cristianos, porque estos se reconocen en las verdades enseñadas por la Iglesia, y obedecen el deber moral de ser coherentes con la propia conciencia; más radicalmente se llega a negar la misma ética natural” (n. 572). Como se señala en esta última afirmación, la negación del orden superior del espíritu lleva a la deshumanización, a la negación de la naturaleza humana y sus exigencias.

La Iglesia debe recuperarse, ante todo, de la crisis interna que la afecta, para cobrar relevancia en el orden cultural y social, de modo que pueda ayudar al hombre a orientarse hacia su auténtico destino. La ausencia católica de los ámbitos en que se gestan nuevas vigencias culturales deja al mundo en manos del *Padre de la mentira* (cf. Jn 8, 44). Se impone la necesidad de una reacción y de un trabajo coherente y decidido para forjar una contracultura como verdadera alternativa. Es lo que propone Rod Dreher en su magnífico libro *La opción benedictina. Una estrategia para cristianos en una nación postcristiana* (2017).

Las cinco llagas que veneramos no fueron las únicas que laceraron el Cuerpo del Señor en la pasión; habría que sumar las heridas de la flagelación y de la coronación de espinas (cf. Mt 27, 26. 29; Mc 15, 15). Tampoco, seguramente, eran solo cinco las que sufría la Iglesia en el siglo XIX cuando Rosmini las puso en evidencia. Ni son solo cinco ahora.

MONS. HÉCTOR AGUER*

Arzobispo emérito de La Plata/Argentina de La Plata

OBISPOS DE ESTADOS UNIDOS A LA CORTE SUPREMA: “NUESTRO SEXO ES PARTE DEL PLAN DE DIOS PARA LA CREACIÓN Y PARA NUESTRAS VIDAS”

El presidente de la Conferencia Episcopal de Estados Unidos (USCCB), Mons. José H. Gomez, ha lamentado la sentencia de la Corte Suprema que avala *de facto* la idea de que el sexo de una persona no viene determinado por la naturaleza –biología– sino por su mera voluntad.

El presidente de la Conferencia Episcopal de Estados Unidos (USCCB) y arzobispo de Los Ángeles, Mons. José H. Gomez, ha hecho pública una declaración sobre la sentencia emitida ayer por la *Corte Suprema de Estados Unidos*, sobre los casos *Bostock v. Clayton County, Ga.*, *Altitude Express v. Zarda*, y *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes vs. Equal Opportunity Employment Comm’n*.

Los jueces dictaminaron que la prohibición de discriminación por “sexo” en el empleo en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 ahora *prohíbe la discriminación basada en la “orientación sexual” y el estado de “transgénero”*.

A continuación, el comunicado del arzobispo Gomez:

*Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Escrito el lunes 22 de junio de 2020. Memoria de los Santos Juan Fisher, obispo, y Tomás Moro, mártires. Publicado en *Infocat* 23.6.2020

“Estoy profundamente preocupado de que la *Corte Suprema de Estados Unidos* haya redefinido efectivamente el significado legal de ‘sexo’ en la ley de derechos civiles de nuestra nación. Esta es una injusticia que tendrá implicaciones en muchas áreas de la vida.

Al borrar las hermosas diferencias y la relación complementaria entre el hombre y la mujer, ignoramos la gloria de la creación de Dios y dañamos a la familia humana, la base fundamental de la sociedad. *Nuestro sexo, ya sea hombre o mujer, es parte del plan de Dios para la creación y para nuestras vidas.* Como el Papa Francisco nos ha enseñado con tanta sensibilidad, vivir en la verdad con los dones previstos de Dios en nuestras vidas requiere que recibamos nuestra identidad corporal y sexual con gratitud de nuestro Creador. Nadie puede encontrar la verdadera felicidad siguiendo un camino contrario al plan de Dios.

Toda persona humana está hecha a imagen y semejanza de Dios y, sin excepción, debe ser tratada con dignidad, compasión y respeto. *Proteger a nuestros vecinos de la discriminación injusta no requiere redefinir la naturaleza humana.* Oramos para que la Iglesia, con la ayuda de María, la Madre de Dios, pueda continuar su misión de llevar a Jesucristo a cada hombre y mujer”**.

**Publicado en *Infocatólica* el 16.6.2020.

LO QUE UN CATÓLICO DEBE SABER SOBRE EL CALENTAMIENTO GLOBAL

En medio de una gran expectación, Greta Thunberg llegó a Madrid como emblema mediático de la Cumbre del Clima que estaba previsto celebrar en Santiago de Chile y tendrá lugar en la capital de España hasta el 13 de diciembre.

“¿Cuál debería ser la actitud de un católico ante un evento como la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Clima que está teniendo lugar en Madrid (Cop 25)?”: es la pregunta que se plantea Stefano Fontana, director del Observatorio Internacional Cardenal Van Thuân sobre la Doctrina Social de la Iglesia, en *La Nuova Bussola quotidiana*, a la que responde con diez criterios de prudencia y cautela ante la unidireccionalidad y acientificidad de los mensajes lanzados unánimemente por los medios sistémicos en estos días:

PRIMERO. Debe ser respetuoso sobre la magnitud del problema. Sobre las causas del calentamiento global atribuibles al hombre no hay en absoluto un acuerdo entre los científicos. Y, por consiguiente, tampoco hay acuerdo sobre la oportunidad o necesidad de inducir costosos cambios en los comportamientos humanos, dado que estos no son la causa de los cambios climáticos. Una pequeña variación de temperatura en el Océano Pacífico tiene un impacto sobre el clima infinitamente mayor que todas las intervenciones humanas. La fe pide al católico guiarse según la razón, y en consecuencia no prescindir de la ciencia ni hacerle decir lo que no dice.

SEGUNDO. El católico debe ser realista y no obviar el hecho de que las hipotéticas intervenciones humanas para reducir el calentamiento global tendrían un costo elevadísimo. Por tanto, es lícito pensar que existen importantes intereses impulsando que se adopten esas inversiones. Si se condena la especulación económica de las empresas de un sector, habría que hacer lo mismo con las de otros sectores. La *green economy* [economía verde] no es celestial por naturaleza.

TERCERO. El católico no debe entregarse a alarmismos atemorizantes. Este lunes, *Avvenire* titulaba: “Última llamada para el mundo”. El milenarismo de los ecologistas es conocido desde hace tiempo y son innumerables las previsiones que han hecho en el pasado sobre el colapso que sufriría nuestro planeta, sobre todo por la superpoblación. Previsiones que no se han cumplido. El católico no debe adaptarse a estas previsiones catastrofistas, sobre todo si no tienen base científica.

CUARTO. La postura católica, sobre todo la manifestada por la Santa Sede o por las conferencias episcopales, no debería nunca alinearse con decisiones políticas. No habría que tener tanta prisa, por ejemplo, en hacer propias las decisiones de la cumbre del clima de París o de Katowice, el año pasado. Son decisiones políticas que implican opciones contingentes y complejas, y se corre el peligro de ser

considerados parciales. La Iglesia debería proponer los grandes principios, y no sumarse a las soluciones políticas que dividen el campo entre “buenos” y “malos”. Si no lo hace en tantos otros ámbitos, ¿por qué tendría que hacerlo en este?

QUINTO. El católico no debería nunca utilizar la expresión “Madre Tierra”, sobre todo con mayúsculas, ni adherirse a documentos que empleen esta expresión gnóstica, esotérica e idolátrica. No es legítimo justificar su uso apelando a San Francisco ni a su *Cántico de las Criaturas*, que no tenía nada que ver con el esoterismo. Lamentablemente, muchos documentos eclesiásticos adoptan ahora esa expresión, dándose el caso de que no hablan de Cristo, pero sí de la Madre Tierra.

SEXTO. El católico no debería nunca equiparar inmediatamente la ONU con el Bien, y convertir cualquier conclusión de una cumbre de la ONU en un deber absoluto para las personas responsables. Sabemos con total certeza que las agencias de la ONU suelen llevar a cabo acciones ideológicas contrarias al verdadero bien del hombre. En particular, la Iglesia no puede adaptarse a las Naciones Unidas ni compartir su lenguaje. Por ejemplo, no debería hacer propia acríticamente la Agenda de Desarrollo Sostenible de la ONU para 2030. En las cumbres de El Cairo o de Pekín de los años 90, la Iglesia fue crítica hacia estas posiciones. Debería seguir siéndolo.

SÉPTIMO. Los gobiernos no deberían nunca aceptar órdenes de entidades supraestatales sobre estas temáticas, porque detrás de las “directivas” de los organismos políticos supraestatales, como la Unión Europea, se esconden visiones sobre las relaciones entre el hombre y la naturaleza que pueden ser erróneas.

OCTAVO. Un católico, y menos todavía la Iglesia, no debe dejarse deslumbrar por manifestaciones callejeras que suelen estar manejadas y financiadas en la sombra, incluso cuando se trata de manifestaciones juveniles. Corear lemas teledirigidos y salir a la calle junto a estudiantes reclutados puede hacerle a uno muy famoso, pero no necesariamente justo.

NOVENO. Cuando se habla de ecología medioambiental, la Iglesia y los católicos deberían siempre procurar que se hable también de ecología humana. No solo ambas cosas no van separadas, sino que la ecología humana debe tener siempre la prioridad sobre la medioambiental. Si no se habla también de la lucha contra el aborto, hablar de la lucha por la biodiversidad no solo es reduccionista, sino engañoso.

DÉCIMO. Los católicos no deberían hablar nunca de naturaleza sin añadir que es “creada”, y nunca deberían hablar de lo creado sin hablar del Creador: faltaría la perspectiva decisiva y sería como decir que las cosas pueden ir bien sin Dios. Lo cual, por lo demás, contrasta con eso que se dice hoy en la Iglesia de que existe un pecado de “ecocidio”. Se dice esto, pero cuando se mencionan los problemas medioambientales no se habla nunca del Salvador.

STEFANO FONTANA*

*Publicado en *La Nuova Bussola Quotidiana*. Traducción de Carmelo López-Ari (sin cursivas). <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/596333916>. En *Religión en libertad*, 7.12.2019.

ACTUALIDADES

1. DON AMBROSIO O'HIGGINS EN EL TRICENTENARIO DE SU NACIMIENTO Y SU VISIÓN OCEÁNICA

VISIÓN OCEÁNICA DE DON AMBROSIO O'HIGGINS (1720-1801)

*En los 300 años de su nacimiento es
justo recordar, aunque sea brevemente,
la vida de quin fuera Gobernador de
Chile (1789), Virrey del Perú (1795) y
Padre del Padre de nuestra
Patria (1778).*

Ambrosio O'Higgins nació en Sligo, cerca del condado de Ballenary, Irlanda. En marzo se conmemoraron los 300 años de su nacimiento (1720-2020). Se trasladó tempranamente a España para no verse afectado por las luchas intestinas entre católicos como él y protestantes; se dedicó al comercio para luego ingresar a la milicia a las órdenes de su Majestad. Así llegó a Chile, disciplinado y eficiente escaló prontamente posiciones llegando a ser Gobernador de Chile en 1789 y posteriormente Virrey del Perú entre 1795 y 1801, donde falleció, estando sepultado en la Iglesia San Pedro de Lima, en la que hemos tenido ocasión de estar. Se le concedieron títulos importantes como reconocer su antiguo apellido O'Higgins, Marqués de Osorno y de Vallenar, Barón de Ballenary y como se dijo Virrey del Perú, cargo muy importante si consideramos que era un Irlandés, extranjero, al servicio de España. En Chile se le considera el Gobernador más emprendedor y exitoso de la época colonial. Ejemplos someros de ello: abolió las encomiendas, el trabajo obligatorio de los indígenas, partidario de los Parlamentos para una armónica convivencia (hubo varios, siendo el de Negrete el más importante), fundó en el norte ciudades como Illapel, Combarbalá, Vallenar, Los Andes. En el sur Constitución, Linares, Parral, refundó Osorno. Fortificó el río Biobío desde cordillera a mar, para evitar los ataques de los indígenas desde La Araucanía, de hecho vivió alrededor de 10 años en Los Ángeles. En Santiago ordenó construir los Tajamares del Mapocho para evitar el desborde e inundaciones, San José de Maipo donde hay un paso a Argentina, el camino a Valparaíso por las cuestras de Lo Prado y Zapata, construyó refugios cordilleranos llamados popularmente "Casuchas" para cobijar a los viajeros entre Santiago y Mendoza y viceversa, uno se mantiene en pie aún como reliquia, pretendía también hacerlo hasta Buenos Aires, tenía in mente lo que hoy llamamos "Corredores Bioceánicos", llevó meticolosas estadísticas y Censo de Chile y sus habitantes.

Pero en esta oportunidad nos centraremos en su Visión Oceánica.

Don Ambrosio tanto en su calidad de Gobernador de Chile como de Virrey del Perú, destacó por tener una visión oceánica y estratégica, en favor de la Corona Española a la cual servía, una visión que hoy llamaríamos geopolítica, que no tiene parangón en su tiempo en América, ni tampoco en España; revisemos unos claros ejemplos de ello:

1. Como gobernador de Chile recibía a todos los navegantes que llegaban a Valparaíso, no importando las nacionalidades, para estar atento a con qué propósitos andaban en la cuenca del Pacífico, que era dominio de España. Especial atención ponía en las actividades de ingleses, franceses y holandeses, pues el Pacífico era fundamental para el Imperio español, informaciones que transmitía a la Corona; por ejemplo, advirtió oportunamente la presencia inglesa en Australia, que a la postre se quedaría con esa gigantesca isla que quedaba en la demarcación española del Pacífico Sur desde 1555.
2. Advirtió también a su gobierno sobre la preocupante presencia de Rusia en Alaska, gélido y estratégico continente que al final también Rusia tomaría una porción no menor.
3. Desde el Virreinato del Perú solicitó a su Monarca se enviaran barcos y medios para tomar posesión de Tahiti y Hawai, por su importancia estratégica en medio del Pacífico; autorizaciones y naves que nunca llegaron, quedándose los franceses con ellas.
4. Dado que España tenía presencia efectiva en el Pacífico desde los siglos XVI y XVII, reclama a su Majestad la necesidad de realizar investigaciones científicas, geográficas y tomas de posesión efectivas en territorios de ultramar donde la presencia de España se había diluido.
5. Fueron sus preocupantes informes los que contribuyeron a que España organizara la célebre “Expedición Malaspina”, la más grande misión naval y científica realizada a fines del siglo XVIII; partieron los buques desde la península en 1789 en su viaje alrededor del mundo, para reafirmar los dominios españoles ante la presencia amenazante de franceses, ingleses y holandeses, como se dijo. Lamentablemente tardía porque el Imperio español llegaba a su fin y los efectos no fueron los deseados.

Los anhelos oceánicos y geopolíticos de don Ambrosio no fueron considerados en forma oportuna y España terminó cediendo gran parte de sus dominios a potencias extranjeras: las Filipinas en el Pacífico Sur son un buen ejemplo de ello.

MARCELO ELISSALDE MARTEL*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Consejero Nacional del Instituto O'Higiniano de Chile. Socio UNOFAR.

2. NELSON, PRAT Y TOGO: HÉROES MÁXIMOS EN LA HISTORIA NAVAL MUNDIAL

En Chile, desde hace años se ha difundido una leyenda según la cual, en Japón, habría un monolito en el cual estarían juntos los tres héroes máximos de la historia naval del mundo: Nelson, Prat y Togo. Incluso, la propia Armada de Chile podría involuntariamente haber contribuido a esa creencia, cuando en su Repositorio señala: “este busto fue instalado en la Academia Naval de Etajima, junto a los de los almirantes Horatio Nelson y Heihachiro Togo” (*repositorioarchivohistórico.armada.cl*).

Sin embargo, puesto a la tarea de encontrar alguna imagen del supuesto monolito, mi búsqueda fue totalmente infructuosa. Entonces escribí a un amigo japonés que vive en Tokio y que fue embajador de Japón, Masateru Ito, solicitándole fotografías del supuesto monolito. Su respuesta fue la siguiente: “Hice intercambio de varias llamadas telefónicas con la Academia Naval de Edajima, pero resulta que no conocen el monolito a que te refieres de los tres bustos de los héroes mundiales: Nelson, Prat y Togo. Hay una persona que dice que puede existir una pintura (no un monolito) en que figuran Nelson, John Paul Jones (norteamericano) y Togo. Por lo tanto, siento mucho no poder satisfacerte, pero de todos modos te enviaré aquí adjuntas 3 fotos que me mandaron: una del busto de Prat que las Fuerzas Navales de Chile donaron a las Fuerzas Navales Japonesas, otra de la ceremonia de la entrega de ese busto y la tercera es del crucero *Izumi* nombrado así a la tercera versión de la *Esmeralda* construida en Inglaterra en 1884 y que el Japón compró a Chile en 1894 a través de Ecuador (estalló la guerra chino-japonesa y Japón necesitaba urgentemente el crucero de último modelo)”.

Entonces, queda claro que tal monolito no existe. Como toda leyenda, es un relato deformado, pero basado en un hecho real: Nelson, Prat y Togo son héroes máximos en la historia naval mundial. A partir de ese hecho real, alguien tuvo la ensoñación de verlos juntos en un monolito, y de ahí surgió la distorsión de la realidad.

Sí, en cambio, existe el busto del capitán Arturo Prat. Ante una nueva consulta sobre el sitio en que este está emplazado, su respuesta fue que: El busto está emplazado permanentemente en el Museo de Historia Naval, Escuela del Primer Servicio, Fuerzas Marítimas de Autodefensa en la ciudad de Edajima, Prefectura de Hiroshima”.

Ahora bien, según nuestras averiguaciones, este bronce fue obsequiado por el Salón Arturo Prat del “Club de la Unión de Santiago” (Guillermo Concha Boisier, El buque-Escuela *Esmeralda*). En 1966, a bordo de la *Esmeralda* (12 crucero de instrucción al mando del capitán de fragata don Roberto Kelly Vásquez), se trasladó a su destino final: Japón. Estando en Tokio, el primero de junio, en la cubierta de la *Esmeralda*, se realizó el ceremonial de entrega del busto, haciéndolo el embajador de Chile, don Augusto Marambio Cabrera, y dando los agradecimientos el Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Marítima de Autodefensa de Japón, almirante don Takaichi Itaya, quien declaró que el busto sería colocado en la Escuela Naval de Etajima (Guillermo Concha Boisier, *ob. cit.*).

Creemos, sin embargo, que la estimación de la supremacía de estos tres héroes es muy justa y exige un reconocimiento que, sobrepasando la erección de un simple monolito, exalte el valor que demostraron, el cumplimiento del deber en extremo, la trascendencia de sus hazañas y el amor a su bandera.

Hagamos un recuerdo con una mirada integradora, que nos permita encontrar repercusiones y conectividades, directas o indirectas, que puedan haberse originado a partir de los hechos en que, de forma sublime, estos superhéroes participaron: Trafalgar, Combate Naval de Iquique y Batalla de Tsushima.

NELSON: TRAFALGAR (21.10.1805)

Antes del combate, Nelson arenga a los suyos: “Inglaterra espera que cada hombre cumpla con su deber supremo”.

El 21 de octubre de 1805 la flota inglesa bajo el mando del almirante Nelson destroza la escuadra franco-española. El combate duró cuatro horas.

En Trafalgar España perdió casi todos sus barcos y a los mejores de sus marinos, como Churrua y Gravina.

Según Ricardo de la Cierva: “En 1804, Napoleón se proclama emperador. España hipnotizada, acude con él al desastre de Trafalgar (1805), provocado por la impericia del almirante francés Villeneuve y por la superior construcción, características y entrenamiento de la flota británica, mandada por Nelson, que muere en batalla. Pero Trafalgar es un desastre total; un desastre que condicionará toda la historia del siglo XIX. España perdía su flota de guerra; América quedaba a merced de los vientos de la historia. Desde esa jornada España ya no era una gran potencia. Estaba a disposición de Europa” (Ricardo de la Cierva, *Historia Total de España*, Editorial Fénix, 2008, p. 584). En Trafalgar se hundió el Imperio español.

Aquí se observa, con extrema claridad, cómo la destrucción de una gran parte de la poderosa escuadra española, que produjeron los ingleses al mando de Nelson, sin duda, favoreció ampliamente la causa independentista de los pueblos americanos, entre los cuales se encontraba el Reino de Chile. Si esa batalla hubiese favorecido a la escuadra franco-española, probablemente la causa independentista podría haberse conjurado o retrasado.

“A raíz de la gran victoria de Nelson en Trafalgar sobre la escuadra francesa y española, Inglaterra conquistó la absoluta primacía de los mares y ya no tuvo que temer una invasión” (Ricardo Krebs, *Breve Historia Universal*, Editorial Universitaria, 1983, p. 289). Napoleón abandona los planes de invasión de Inglaterra. “Hasta el fin del Imperio, los franceses no intentaron ya grandes empresas por el mar” (Ch. Seignobos, *Historia Universal*, v. 6, p. 38).

“Inglaterra tuvo en Nelson un martillo de Napoleón. El desastre francés de Abukir se repitió en Trafalgar. Nelson, victorioso, halló la muerte en el combate” (*Historia Universal Salvat*, v. 14, p. 94).

Antes de morir fue informado del triunfo, exclamando: “Gracias a Dios he cumplido con mi deber”. Finalmente, dijo: “Dios y mi país”.

Su cadáver fue conservado en un barril de coñac hasta llegar a Londres.

ARTURO PRAT: COMBATE NAVAL DE IQUIQUE
(21 DE MAYO DE 1879)

Antes del combate, el capitán Arturo Prat arenga a los suyos, diciendo: ¡Muchachos: la contienda es desigual! Nunca nuestra bandera se ha arriado ante el enemigo, espero pues que no sea esta la ocasión de hacerlo. Mientras yo esté vivo, esa bandera flameará en su lugar, y os aseguro que si muero, mis oficiales sabrán cumplir con su deber. ¡Viva Chile! “El texto de la arenga es el que resulta de las versiones de todos cuantos la oyeron, prácticamente sin discrepancias” (Gonzalo Vial Correa, Editorial Andrés Bello, 1995, p. 235).

“Desde que hay mar y hay Marina, jamás había presenciado nada más grande y heroico, que la conducta de Prat y sus compañeros” (John B. Rogers, comandante de la fragata norteamericana *Pensacola*, tomado de Rodrigo Fuenzalida Bade, La epopeya de Iquique y el Combate Punta Gruesa, en *Revista de Marina* (mayo-junio), 1971, p. 252).

“Este es uno de los combates más gloriosos que jamás haya tenido lugar. Un viejo buque de madera casi cayéndose en pedazos sostuvo la acción durante casi tres horas y media contra una batería de tierra y un poderoso acorazado y concluyó con su bandera al tope” (*The Times* de Londres, en *Revista cit.*, p. 252).

“La Guerra del Pacífico, en la que no lanzamos, recogimos la invitación a un desafío desigual y formidable. Y hemos de insistir en la justicia de nuestras guerras para aventar la acusación gravemente odiosa de nación militarista que nos han formado. Sabemos bien que la espada debe ser el arma extrema que esgrima el derecho para salvarse; sabemos, y ojalá no lo olvidemos nunca, que el horror de una contienda armada solo se excusa y se enaltece cuando parte como un imperativo de fuego, de los labios mismos de la justicia” (Gabriela Mistral, *El patriotismo de nuestra hora*).

El capitán Arturo Prat, que además de marino era abogado, comprendió mejor que nadie la justicia de la guerra, colmando de gloria a ese pabellón que un día juró defenderlo, incluso, hasta morir si fuera necesario, porque la bandera chilena no se rinde ante el enemigo.

“No hay sino una sola voluntad, un solo latido, un solo brazo, una resolución única y sublime, –defender la bandera y morir cubriéndola con sus pechos y con sus hachas en la borda, en el alcázar y al pie del mástil: La bandera de Chile no se rinde”.

“No, la bandera tricolor no fue en Iquique un trofeo, fue la mortaja de la gloria”.

“Ocúrrase entonces, pensar, delante de todo esto, que en la batalla de Iquique no solo reluce el indómito valor –prenda antigua y nunca desmentida del chileno– porque hay un principio más alto, un sentimiento más intenso, una luz dominadora y superior a aquella resolución incomparable, pareja, uniforme, inalterable, idéntica antes de la batalla, al estallar la batalla, en medio de su hórrido fragor que ha durado cuatro horas, en su terrible acabo que no ha durado sino un minuto”.

“Y ese algo que se adelanta como concepción moral al fallo de la historia, como la luz a la entrada del puerto, fórmalo la alianza sencilla y a la vez sublime de estos dos grandes sentimientos de la época: el deber y el amor a la Patria”.

“He aquí el carácter moral, la definición verdaderamente nacional del combate de Iquique”.

“Y por eso hemos dicho que su fama no ha venido a Chile solo como un resplandor, sino como una enseñanza” (Benjamín Vicuña Mackenna).

“Es hermosa nuestra historia, y para dar en una narración a nuestros hijos la llamada del heroísmo, no necesitamos recurrir ni a Grecia, ni a Roma, si Prat fue toda Esparta” (Gabriela Mistral, *El patriotismo de nuestra época*).

Así, pues, la épica de Chile flota en la rada de Iquique, sitial desde el cual, la impronta ejemplar del capitán Arturo Prat, sin descanso, continúa contagiando esos sentimientos que, en el siglo XIX, hicieron grande a Chile: el cumplimiento del deber y el amor a la Patria.

TÔGÔ HEIHACHIRÔ: BATALLA DE TSUSHIMA (27.5.1905)

Antes de la batalla, el almirante Togo arenga a los suyos: “El destino del Imperio depende del resultado de esta batalla; que cada hombre cumpla con su deber”.

“Tsushima es la batalla naval más terrible de la historia naval desde Trafalgar”. “Fue el episodio más importante de la guerra ruso-japonesa”.

“En esta batalla Rusia perdió dos tercios de su segunda escuadra del Pacífico: 11 acorazados, ocho cruceros, seis destructores y ocho auxiliares. Murieron 4.380 de sus marinos y 5.917 fueron hecho prisioneros. Entre ellos, el almirante Rozhhevsky y el contraalmirante Nogatov, que rindió los seis barcos que le quedaban en su división. La flota japonesa, por su parte, solo perdió tres torpederos y 117 marinos”.

“Al final, la flota rusa del Báltico con sus 38 buques de guerra, comandada por el Almirante Zinovy Rozhhevsky, fue completamente destruida por los nipones”.

“La dimensión del desastre provocado por Japón fue tal que, a día de hoy, es considerada la derrota naval más humillante de la historia de Rusia”.

Togo visitó al almirante ruso en el Hospital, manifestándole: “La derrota es un accidente común a todos los guerreros y no tiene sentido entristecerse por ello cuando hemos cumplido con nuestro deber. Solo puedo expresar mi admiración por el valor con que usted y sus marineros lucharon durante el reciente combate y mi admiración personal por usted, que siguió adelante con su difícil deber hasta que fue gravemente herido”.

En Tushima naufragó, el 27 de mayo de 1905, la suerte rusa en la guerra con Japón. En realidad, la guerra ruso-japonesa había empezado un año antes, cuando chocaron las ambiciones territoriales de ambas potencias por la posesión de Manchuria y Corea. El problema es que, tras la primera guerra sino-japonesa (1894-1895), el Tratado de Shimonoseki le concedió a Japón la mayoría del territorio en el que Rusia buscaba su base. Es decir, la isla de Taiwán, el protectorado sobre Corea y la península de Liaodong.

Togo de convirtió en un héroe popular al que todo el mundo reconocía en Japón. Murió justo antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, tras pasar más de treinta años de su vida siendo considerado una figura indiscutible de la historia de su país. Esto se debe en parte a que con su victoria, el almirante marcó un antes y un después en la mentalidad de los japoneses, puesto que le insufló una enorme cantidad de orgullo nacional que significó el inicio de su hegemonía en Asia Oriental hasta 1945 (ABC historia).

El crucero *Esmeralda* (3ro.) participó en la Batalla Naval de Tsushima. Según la Armada de Chile, “fue el primer crucero protegido del mundo y el más rápido de su época; y el primer buque de guerra que abandonó la vela como sistema de propulsión”.

“Este crucero tuvo la honra de trasladar desde Iquique los restos del capitán de fragata Arturo Prat Chacón, teniente 1° Ignacio Serrano Montaner y sargento Juan de Dios Aldea Fonseca, recalando a Valparaíso el 21 de mayo de 1888”.

“Fue vendido durante la guerra chino-japonesa en 1895 al gobierno de Meiji de Japón, para lo cual se le trasladó a las Islas Galápagos donde se cambió bandera a la de Ecuador, país que hizo de intermediario para esta venta, el 15 de noviembre de 1894”.

Se bautizó con el nombre de *Izumi*.

“En mayo de 1905, durante la guerra ruso-japonesa, al mando del capitán de navío Ichiro Ishida se encontraba en la tercera escuadra del vicealmirante Shichiro Kataoka. A las 6.55 horas del día 27, el *Izumi* divisó a la escuadra báltica rusa. Durante la Batalla de Tsushima mantuvo permanentemente informado al almirante Togo, a bordo del buque insignia *Mikasa*, de todos los movimientos del enemigo, quien pudo planear las operaciones que le dieron una aplastante victoria, gracias a los informes detallados que se le enviaban. Por la importancia de los informes enviados por el *Izumi*, el almirante Togo le concedió el Diploma de Mérito de Primera Clase” (Armada de Chile, Unidades Navales).

Según el exembajador de Japón, Masateru Ito, en respuesta a mi consulta sobre los motivos para denominarlo *Izumi*, me respondió lo siguiente: “*La Esmeralda III* fue bautizada en Japón con el nombre de *Izumi*, por dos razones: primero porque *Izumi* es el nombre de la antigua provincia del Japón ahora correspondiente a una parte de la Prefectura de Osaka y en segundo lugar porque *Izumi* suena algo parecido a *Esme(ralda)*”.

Después de revisar en conjunto la trayectoria de estos tres héroes, me surge el convencimiento que Iquique puede ser uno de los lugares del mundo donde se rinda homenaje a Nelson, Prat y Togo, quienes, por su heroísmo a más no dar en el cumplimiento del deber y el amor a la Patria, son considerados los tres más grandes de la historia naval.

Santiago, 21 de mayo 2020.

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES*

*Abogado. Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho/Magíster en Derecho. Universidad Católica de Chile.

3. EL CÓLERA, OTRA PANDEMIA

La experiencia en algunos aspectos fue algo similar a la que vivimos, guardando las proporciones, toda vez que ocurrió hace más de un siglo. Pandemia que recorrió el mundo en oleadas durante el siglo XIX. Nos alcanzó la de 1881, iniciada en India y, como otras, de planetaria expansión. Arribó a Argentina en marzo de 1886 y pasados diez meses debutaba en Chile el primer caso, fue en la villa Santa María (San Felipe), próxima a un conocido paso cordillerano. De nada sirvieron los controles sanitarios, diseminándose veloz por Aconcagua, Santiago, Valparaíso y continuando hacia el sur. Fueron dos períodos (enero y abril de 1887, y octubre y abril de 1888), el primero más explosivo. Solo en Santiago los fallecidos ascendieron a 3.481 y 1.780, cifras del informe médico oficial, respectivamente, pero hubo más muertes que no quedaron consignadas. En invierno se mantuvo latente, con brotes acotados.

La bacteria *Vibrio cholerae* se transmitió por flujos humanos, su reservorio natural, y las aguas infectadas con deyecciones contagiadas. El enfermo sentía rápidamente dolores de estómago, brazos y piernas, vómitos y diarreas que se hacían acuosas, profusas e intensas, provocando deshidratación y, de no ser tratado, sobrevenían el desmayo y la muerte en horas.

La mayoría de las víctimas fueron de sectores vulnerables, los menos favorecidos por la infraestructura sanitaria e higiene pública, personas que realizaban oficios manuales: más hombres que mujeres, de entre 30 y 60 años la mayor parte. Una prueba es que la epidemia no ingresó prácticamente al centro de Santiago. La ciudad en esos años –de próspera y dinámica actividad, y reluciente vida, aparentemente– atraía migrantes de provincias esperanzados en conseguir mejor existencia, los cuales se asentaron en los arrabales

No tuvo efecto en términos demográficos y productivos; el país gozaba de buena salud, gracias a las rentas del salitre. Tampoco su mortalidad causó espanto, porque era un hecho corriente: nótese que la epidemia de viruela de 1886 dejó 7.400 fallecidos a nivel nacional, 4.000 en Santiago. El mayor impacto fue psicológico, por el ambiente de incertidumbre y angustia: un flagelo desconocido, fulminante, carretones trasladando enfermos o muertos camino al lazareto o al cementerio habilitado, hubo cadáveres en casas y calles (labios azules, cara enfermiza, ojos hundidos, brazos contraídos). A su vez, curar a los pacientes sin medios y medicamentos eficaces fue una odisea para autoridades y cuerpo médico.

La epidemia evidenció que el país carecía de una institucionalidad sanitaria. Se nombró una Comisión de Higiene Pública, que diseñó una legislación sobre salubridad e instauró una completa normativa para combatirla en todos los frentes. Desde entonces, la salud nacional tomó mayor relevancia. No es casual que entre el plan de obras del presidente José Manuel Balmaceda se considerara la construcción de hospitales, que después se crearán el Consejo Superior de Higiene Pública y el Instituto de Higiene, y comenzara a delinearse el primer Código Sanitario.

ÁLVARO GÓNGORA*

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 18.5.2020.

1. LA DESESTABILIZACIÓN POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA

No cabe duda de que las mujeres desempeñan un rol más relevante que los hombres en el desarrollo de la humanidad.

Los hombres no concebimos a nuestros hijos: solo aportamos la semilla. No soportamos la dura carga de los nueve meses de su gestación que sobrellevan solo las mujeres.

No cumplimos la tarea de amamantar a nuestros hijos, delicada misión que solo abordan sus madres.

Y la educación inicial de los hijos, tarea esencial de ambos padres, también la asumen de preferencia las mujeres.

Por tan meritorios motivos las mujeres merecen, absolutamente, iguales derechos que los hombres en toda nación, lugar y circunstancia.

Y, por las mismas razones, entre los derechos políticos, las mujeres merecen la igualdad del sufragio, igual derecho a postular a cualquier cargo de elección popular y a desempeñarlo con iguales prerrogativas que los hombres.

Traslademos estas ideas abstractas al ámbito de la democracia.

En la Grecia clásica –cuna de la democracia y de su sentido etimológico– Aristóteles distinguía entre los políticos o partícipes de los asuntos de la polis, y los idióticos a personas desinteresadas de tales asuntos. Si trasladamos esta distinción a nuestra época podemos advertir que no son políticos todos los que componen el Cuerpo Electoral sino solo aquellos que ejercen su derecho a sufragio. Y que los idióticos no son solo aquellos que carecen del derecho a voto sino también los que, perteneciendo a dicho cuerpo, se abstienen de ejercer este derecho.

Como se sabe, es de la esencia de la democracia la fuerza vinculante que se atribuye a la decisión de la mayoría.

Y, si todos somos iguales –políticamente hablando– no puede torcerse ni violentarse la decisión de la mayoría añadiéndole elementos desestabilizadores como el “voto preferencial”, la agregación de “escaños convencionales” a las legítimas candidaturas o la falsa y perniciosa idea de la “igualdad de género”.

Estas figuras artificiales no solo atentan contra la esencia de la democracia sino también infringen el Art. 4° de la Constitución –situado entre las Bases de la Institucionalidad– que prescribe que “Chile es una república democrática”.

Creo yo que estas ideas básicas sobre la esencia de la democracia no solo deben estar en la mente de todo demócrata sino, principalmente, en la conducta de los encargados de dictar las leyes en una república democrática. Contraría absolutamente esta convicción la costumbre de nuestros parlamentarios de distorsionar la legislación electoral introduciendo conceptos tan engañosos y antidemocráticos como los ya señalados: el voto preferencial, los escaños convencionales y la igualdad de género.

LAUTARO A. RÍOS ÁLVAREZ*

**Diario Constitucional*, 6.5.2020.

2. ESTADO DE DERECHO: LO QUE ESTÁ EN JUEGO

A buena parte del Parlamento, así como a algunos miembros del Poder Judicial, parece que se les olvidó que en Chile rige el Estado de Derecho, esto es, que en nuestro país se han de respetar las reglas, sin condiciones, y que ninguna autoridad puede decidir suspender el derecho a su voluntad.

Ese entendimiento, hoy quebrado, es de la mayor importancia. No solo porque el conjunto de reglas nos permite convivir en sociedad de manera razonable y respetuosa, al margen del caos, sino porque además es el Estado de Derecho, y no otra cosa, lo que limita y restringe el poder de los políticos, los jueces y el de otras autoridades en favor de la libertad y de los derechos de los individuos. En otras palabras, es la regla objetiva ante la cual nos asilamos los ciudadanos para precaver y resguardarnos del abuso del poder.

Cuando la política o los poderes del Estado hacen caso omiso del Estado de Derecho o hacen de este una excepción y no la regla, lo que están haciendo es conducirnos a un escenario muy peligroso, parecido al de una revolución. Si la norma y la certeza jurídica no juegan ningún rol o su rol es residual, a elección de quienes ostentan el poder, entonces ellos ejercerán sus atribuciones sin contrapeso o control alguno y la ciudadanía quedará como rehén, viviendo al compás de lógicas y proyectos personalistas de los poderosos, que estarán más interesados en perpetuar su poder que de velar por el bien común.

Algunos estiman que el problema que expongo y los riesgos que advierto son preocupaciones de elite, a la que apellidan, además, de desapegada de las necesidades de los ciudadanos, de inflexible y de no ser capaz de discutir materias que, conforme ellos estiman, ayudarían a la población, pero que implican saltarse el Estado de Derecho. No puedo estar más en desacuerdo con quienes piensan así. Ese camino, que permite a quienes ostentan el poder (parlamentarios, jueces, etc.) saltarse las reglas porque el fin justifica los medios o porque les parece que las normas son injustas, en realidad no es otro que un camino que conduce hacia la tiranía y hacia un Estado autoritario que derrota las libertades de los ciudadanos.

Muy por el contrario de lo que muchos intentan instalar, las reglas no son un obstáculo para la consecución de los fines. Es más, son las reglas las que permiten la existencia de un proceso razonado que aspira a satisfacer determinadas demandas y objetivos, al tiempo que aseguran el resguardo de otros bienes jurídicos y derechos que valoramos en la sociedad, como la protección de las libertades y de la autonomía de cada quien. La sociedad es un universo complejo, lleno de interrelaciones y coordinaciones, y son las reglas las que ayudan a ponderar los objetivos e instrumentos disponibles y a resguardar que, en aras de la consecución de algunos fines, no se lesionen otros o que la lesión sea mínima. Pero la política y los jueces, a ratos, parecieran olvidar el imperio de la ley y su relevancia para la vida en sociedad, entregándose a un simplismo ramplón que desatiende la complejidad de los fenómenos sociales, ofreciendo soluciones demagógicas que no consideran las reglas ni menos el apego a las mismas, rompiendo con ello la condición *sine qua non* que los ciudadanos les hemos puesto para otorgarles el poder que ejercen.

Esta cuestión es de la máxima importancia. Por ello me resulta alarmante quienes insisten en rebajar el nivel de la discusión sobre esta materia a un plano

emocional o de superioridad moral, en el que construyen un escenario ficto en el cual quienes hacemos ver la relevancia del Estado de Derecho, del *rule of law*, en realidad no entendemos nada sobre las necesidades de la ciudadanía, las que solo serían comprendidas por un puñado de virtuosos paladines de la justicia dispuestos a saltarse la ley por los ciudadanos. Vaya ironía, porque el asunto es que sin reglas y sin ley no hay justicia posible para los ciudadanos. Así de simple. Sin reglas quedamos a merced de lo que esos paladines momentáneos estimen que es mejor para nosotros, pasando a llevar nuestra autonomía y libertad para decidir por nosotros mismos.

Ante el peligro que encierra esta tendencia de desviarse de las reglas y ante los atajos y justificaciones que desde las esferas del poder nos dan constantemente para no cumplirlas, los ciudadanos debemos permanecer activos y atentos. Debemos llevar registro y estar conscientes de cada una de esas vulneraciones y de quienes las promueven, para sancionar con nuestro voto y con las acciones que el derecho nos franquea la vulneración de la buena fe y la confianza depositada en ellos.

NATALIA GONZÁLEZ*

3. SOBRE CENSURA DE IDEAS Y PENSAMIENTO ÚNICO MARXISTA

Cuando hablamos de censura tendemos a asociarla, en primer término, a la acción de los estados totalitarios, brillantemente descritos por George Orwell en su magistral sátira, *1984*. En esta novela distópica el Gran Hermano vela por la mantención de la ortodoxia –expresada en los lemas del Partido: “Guerra es Paz, Libertad es Esclavitud, Ignorancia es Fuerza–”. Lo hace a través del Ministerio de la Verdad y de la Policía del Pensamiento, aguijoneado por la creación de un Enemigo Público que diariamente recibe Dos Minutos de Odio por traidor principal, violador de la pureza del Partido y autor de todos los crímenes, sabotajes, herejías y desviaciones de lo oficialmente correcto y verdadero. Y, como el pensamiento depende de las palabras, el control requiere además la creación de un nuevo lenguaje, el *Newspeak*, que viene a reemplazar al viejo. Así, esta neolengua, al restringir el uso permitido de ciertas palabras y dar vuelta el significado de otras, permite expresar la nueva visión del mundo e impide todo pensamiento distinto o contrario al oficial. Sencillamente, se derogan las palabras que permitirían darle significado a ese pensamiento.

Por supuesto, hoy la censura y las restricciones a la libre expresión ya no radican en los gobiernos, al menos en las democracias occidentales, pero sí adoptan nuevas formas de opresión, más insidiosas y solapadas, pero ciertamente no menos dañinas para el libre intercambio de ideas, que la deliberación democrática

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 27.6.2020.

y la tolerancia que una sociedad pluralista exige. Y pueden incluso ser peores, precisamente porque están revestidas de buenismo y virtud.

Desde hace ya un tiempo, varios intelectuales han comenzado a denunciar estas nuevas formas de intimidación que se ciernen sobre la libertad. Como queda claro en una carta reciente de 150 escritores norteamericanos, refrendada por otros tantos intelectuales españoles, las amenazas están permeando todo el debate público. Con mucha razón argumentan que, en aras de lo que son causas nobles (como mayor justicia racial, de género o inclusión de minorías variadas), supuesta o efectivamente discriminadas históricamente, se ha pervertido el libre intercambio de la información y de las ideas, que son el alma de una sociedad libre; se ha robustecido la conformidad ideológica y se ha consolidado la intolerancia frente a las ideas contrarias al consenso políticamente correcto. No es raro entonces que, según el Instituto Cato, actualmente el 62% de los norteamericanos (77% de los conservadores) no se atrevan a expresar públicamente lo que creen. Quienes osan formular visiones discordantes son estigmatizados, castigados con el escarnio público, el ostracismo y toda suerte de persecución profesional y personal; y quemados en la nueva hoguera de las redes sociales. En suma, tal como temía John Stuart Mill, enfrentamos una vez más la tiranía de las opiniones y sentimientos prevalecientes. En definitiva, se nos pide capitular frente al *argumentum ad populum*, que pretende que una idea o un precepto es verdadero porque la mayoría cree que lo es. Ese es tal vez el fundamento filosófico del populismo de derecha o de izquierda.

LUCÍA SANTA CRUZ*

4. LOS NOTICIARIOS DE LA TELEVISIÓN

En los últimos días han aparecido, en este mismo medio, críticas al papel de la televisión, por la forma en que ha tratado los padecimientos que provoca la pandemia en la gente, acudiendo al morbo y banalizando ciertas situaciones. Mas no parece ser algo solo circunstancial, sino más bien una manera de abordar la contingencia, en correspondencia con una tendencia que se arrastra por años y se impuso en países de Occidente, al menos.

Por su parte, el periodismo audiovisual, a contar de los años 90 –con utilización de múltiples formatos y géneros–, comenzó a detentar una influencia exponencial, hasta llegar a ser el medio informativo hegemónico. Entre los chilenos resulta evidente y, por añadidura, la gran mayoría lamentablemente asume los contenidos de la TV como verdad incuestionable.

Porque lo esencial es la imagen, es lo que atrae audiencias, dejando el elemento propiamente informativo muchas veces en segundo plano. Se trata, en consecuencia, de una práctica predominante denominada como “sensacionalista”

*Publicado en *El Mercurio* el 31.7.2020.

por una gama de profesionales y académicos de distintas nacionalidades que la han estudiado: “El periodismo de información da paso al periodismo de sensación y entretenimiento” (Labio, Restrepo y otros). No digo que todos los segmentos de nuestros noticiarios sean sensacionalistas, pero la presencia de imágenes trágicas, semanalmente, es destacada en forma recurrente y con un despliegue que parece excesivo: accidentes, desastres naturales o provocados, delincuencia, crímenes, etc. Cuando son noticias políticas o económicas, se focalizan en la controversia, con entrevistas que buscan la “cuña” que excite el debate; o se apela a la emoción, con hechos conmovedores que afectan a personas que se lamentan, lloran ante las cámaras, y tampoco es excepcional escuchar una voz en *off*, melodramática, comentando imágenes de un reportaje que amplifica la noticia.

Se dirá que ocurre en otros países, cierto, pero no en todos. Y se trata de una opción de los equipos de prensa de los canales, que puede ser completamente legítima, solo que cabría conocer su fundamentación. Qué sentido tiene, según ellos, contaminar una noticia con el espectáculo, o extremar sucesos o procurar mover sentimientos más que el razonamiento. En otros países se conocen libros donde se analizan los telediaris, los cuales contribuyen a crear conciencia y opinión crítica en las audiencias. Porque se supone que los noticiarios informan eventos relevantes para comprender la realidad, y en este sentido son educativos, un servicio público que debiera estimular la inteligencia y cultura.

Y en Chile hay buenos periodistas y periodismo riguroso, exigente, pero no sobresale en los informativos en cuestión. Hace poco se conoció un dictamen del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación que reflexiona sobre los estándares éticos que la labor periodística debe resguardar. Si llegara a ser así, muchos probablemente volveríamos a informarnos por estos noticiarios.

ÁLVARO GÓNGORA*

5. ÉTICA PARLAMENTARIA Y LOS EPISODIOS DE INDISCIPLINA EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El Código de Conductas Parlamentarias, el cual además es parte del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile, reza: “Todo parlamentario, por ser representante de los ciudadanos, quienes lo ven como modelo de conducta, debe esforzarse por actuar, en todos los aspectos de su vida, conforme a las virtudes de un ciudadano ejemplar”¹. También nos dice: “El Diputado debe actuar en forma tal de que su conducta pueda admitir el examen público más minucioso. Para ello, no es suficiente la simple observancia de la ley; deben aplicarse también los principios de conducta y ética públicos”².

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, el 15.6.2020.

¹Artículo 2 del Código de Conductas Parlamentarias.

²Artículo 6 del Código de Conductas Parlamentarias.

La falta a la ética parlamentaria se ha convertido en una práctica frecuente por parte de algunos miembros de la Honorable Cámara de Diputados de Chile, en el presente período legislativo (2018-2022).

Conductas parlamentarias irregulares como: la utilización de insultos o palabras poco adecuadas para tratarse entre ellos, la incitación al odio y desórdenes públicos, la realización de pasos de bailes o *performance* de programas animados en el hemiciclo, la presentación de mociones parlamentarias inconstitucionales o la inasistencia injustificada de diputados a las sesiones de sala y comisiones por encontrarse como panelistas en programas de televisión (matinales).

Todas esas conductas anteriormente mencionadas, se encuentran descritas y sancionadas en la normativa parlamentaria vigente (Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile). Sin embargo, en la práctica se evidencia una inobservancia casi absoluta por parte de algunos diputados a dichas normas de conducta, lo cual se debe principalmente a lo bajas o débiles que son las sanciones impuestas en caso de incumplimiento.

La “ética” para el mundo del Derecho siempre ha constituido un concepto jurídico indeterminado, motivador de interesantes debates dogmáticos. Pero, en materia de Derecho parlamentario chileno, si se ha establecido que debe entenderse por “ética” de los parlamentarios, es así como el Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile nos señala: “entendido este último (ética parlamentaria) como el correcto ejercicio de la función pública que se expresa en la rectitud de la actuaciones, en la razonabilidad e imparcialidad de las decisiones y en la expedición en el cumplimiento de las funciones que le encomienden la Constitución Política de la República, las leyes y este reglamento”³.

La entidad encargada de velar por la ética parlamentaria es la Comisión de Ética y Transparencia de la Corporación respectiva, en este caso, de la Cámara de Diputados de Chile⁴. Sin embargo, lo interesante de dicha entidad es que está presidida e integrada por otros diputados y no por personas externas a la Corporación y bancadas, los cuales van a conocer de las faltas y determinar las sanciones de sus pares. Lo anterior en mi opinión es criticable, ya que puede ocurrir, que el diputado implicado sea de la misma bancada o partido político del diputado miembro de la Comisión, lo cual no garantizaría la independencia e imparcialidad para conocer y resolver de dicho procedimiento disciplinario parlamentario.

Respecto de las conductas parlamentarias que mencioné en los párrafos anteriores, me gustaría explicar su irregularidad a la luz de la normativa parlamentaria actual.

- a. Utilización de insultos o palabras poco adecuadas para tratarse entre los diputados: dicha conducta es irregular, ya que es atentatoria contra uno de los deberes especiales de los Diputados establecidos en el Reglamento de la Corporación, esto es, “actuar con fraternidad frente a sus colegas: Se abstendrán cuidadosamente de expresiones malévolas o injuriosas o de aludir a antecedentes personales de ellos”⁵, además constituye una especie de falta

³Artículo 344 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

⁴Libro Cuarto: de la Comisión de Ética y Transparencia y de sus procedimientos. Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

⁵Artículo 346, número 3, letra b) del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

al orden⁶. Sin perjuicio de que esta práctica parlamentaria es conocida y sancionada por la propia Cámara, también ha llegado a conocimiento de los tribunales de justicia bajo del delito de injuria.

- b. Incitación al odio y desórdenes públicos por parte de los diputados: esta conducta de los diputados afecta uno de los elementos del principio de probidad parlamentaria, esto es, “una conducta parlamentaria intachable” establecida en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional⁷. Además el Reglamento de la Corporación obliga al diputado a ser “respetuoso en el trato con los ciudadanos... y en general, con cualquier autoridad...”⁸. En la práctica, dicha situación se dio en el caso del diputado Hugo Gutiérrez (PC), el cual además de ser investigado y sancionado por la Comisión de Ética de la Cámara, su caso fue llevado al Tribunal Constitucional de Chile⁹.
- c. Realización de pasos de bailes o *performance* de programas animados en el hemiciclo: Quizás muchos recordarán el episodio vivido hace algunas semanas en donde una diputada, tras la aprobación del proyecto de reforma constitucional que permite el retiro voluntario del 10% del fondo de pensiones, efectuó una *performance* de un conocido programa animado para celebrar. Si bien dicha conducta no se encuentra establecida expresamente en la normativa parlamentaria, se engloba dentro de los hechos contrarios a los deberes especiales de los diputados, específicamente el “desempeñar sus cometidos frente al público, en la Corporación y fuera de ella, con una conducta acorde a su investidura”¹⁰.
- d. Presentación de mociones parlamentarias inconstitucionales: los diputados al incorporarse a la Honorable Cámara, prestan un juramento o promesa de guardar o respetar la Constitución y a desempeñar fiel y legalmente el cargo que les ha confiado la nación¹¹. Sin embargo, en mi opinión, un diputado al presentar mociones que vulneran la iniciativa exclusiva del Presidente de la República sobre ciertas materias de ley, estaría pasando por alto el juramento o promesa que prestó al inicio de su cargo de representación popular, y por tanto, significaría una falta a la ética parlamentaria que se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público.
- e. Inasistencia injustificada de los diputados a las sesiones de sala y comisiones por encontrarse como panelistas en programas de televisión (matinales): Aproximadamente desde el estallido social de octubre del 2019, se ha observado un aumento en la participación de diputados y políticos en general, en los paneles de los diversos matinales de la televisión chilena, lo cual no es malo, puesto que motiva el interés de los ciudadanos por las discusiones

⁶Artículo 280, número 5 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

⁷Artículo 5°A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (18.918), publicada en el Diario Oficial de 5 de febrero de 1990.

⁸Artículo 346, número 3, letra f) del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

⁹Ayala, Leslie. Diario *La Tercera*: Proceso de destitución en el TC: El incierto escenario que enfrenta el diputado Hugo Gutiérrez. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/proceso-de-destitucion-en-el-tc-el-incierto-escenario-que-enfrenta-el-diputado-hugo-gutierrez/4GOH73KQXZGOFATKIALURR3ESM/>. [Consultado el 27 de julio de 2020].

¹⁰Artículo 346, número 3, letra c) del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

¹¹Artículo 31 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile.

públicas que se están dando en el país. Lo irregular de esta conducta, viene dado por el hecho de que algunos diputados estén participando en dichos paneles, en horas en las que se está legislando en sala o comisiones, sin mediar justificativo alguno. Lo anterior es una vulneración al deber de todo parlamentario de “asistir a las sesiones de la Cámara y de las comisiones a que pertenezcan”, deber al que hace referencia tanto la LOC del Congreso Nacional y el Reglamento de la Corporación¹².

Como se puede observar, la normativa parlamentaria en materias de probidad y ética, está compuesta de muchos conceptos jurídicos indeterminados, como: “conducta intachable”, “desempeño honesto y leal”, “integridad ética”, “razonabilidad”, “actuar acorde a la investidura”, entre otros. Es la Comisión de Ética y Transparencia de la Corporación respectiva a quien le corresponde determinar el significado de cada uno de estos conceptos en los casos específicos y determinar las sanciones parlamentarias que pueden ser: llamado al orden (con una multa de hasta 2% de la dieta mensual), amonestación (multa que va de 2% al 5% de la dieta mensual) y censura (con una multa de 5% hasta 15% imputable a la dieta mensual).

Cabe recalcar que la función de un diputado es de naturaleza “pública”, por tanto las normas de conducta parlamentaria deben ser observadas y respetadas dentro y fuera del Congreso Nacional.

Para terminar, todas las conductas descritas anteriormente, sin perjuicio de que existan más, solo vienen a ensuciar el sano debate político y legislativo que todos los ciudadanos esperamos que se dé en una institución tan importante para la democracia como nuestro Poder Legislativo.

Los ciudadanos chilenos no ejercen su derecho a sufragio para tener diputados que se insulten entre sí, para que bailen en el hemiciclo delante de las cámaras o para que se pasen toda una mañana hablando en un matinal de la televisión, los ciudadanos ejercen su derecho a sufragio para tener representantes que lleven su visión de la sociedad chilena al Congreso Nacional y ejerzan la labor legislativa en función del bien común e interés general de la nación, sobre todo en tiempos de crisis social, política y económica (Santiago, 27 julio 2020).

FELIPE RIVERA*

*Publicado en *Diario Constitucional* de 28.7.2020.

¹²Artículo 5ºF de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

6. ¿IMPUESTO O CONFISCACIÓN?

La Cámara de Diputados se encuentra analizando un nuevo proyecto de reforma constitucional, uno que introduce en una sola disposición transitoria un llamado impuesto al patrimonio. Si así se aprobara, nuestros legisladores nos sorprenderían ahora con el impuesto más breve de la historia.

Pero no nos engañemos, algo tan simple y conciso no puede ser jurídicamente un impuesto. No cumple con la morfología ni la ontología propia de estos. Un tributo requiere de un desarrollo mínimo del hecho gravado, de los sujetos pasivos, de la determinación de la base, de las normas de administración y control. Sin estas características, puede derivar en las mayores injusticias e inequidades.

Esta falta de fiscalidad del proyecto se expresa en la fórmula utilizada, que a modo del *Génesis* se limita a establecer “Créase un impuesto”, y queda aún más en evidencia cuando se advierte que el pretendido tributo no grava el patrimonio, sino directamente los activos de las personas, independientemente de sus deudas y obligaciones. Aplicado directamente sobre los bienes, la institución se asemeja más a una confiscación que a un impuesto.

Esa naturaleza confiscatoria se reafirma en el preámbulo del proyecto de reforma, cuya mirada de reproche sobre la fortuna personal llega al extremo no solo de enlistar a los más ricos de Chile con nombres y apellidos, sino a incluir comentarios sobre sus vínculos de parentesco y negocios, circunstancias muy lejanas a la majestad y generalidad de una ley impositiva.

FRANCISCO SELAMÉ M.*

7. LA REFORMA DE PENSIONES Y LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La reforma constitucional propuesta afecta directamente al derecho a la seguridad social y el derecho a la propiedad (19 nros. 18 y 24) de aquellos cotizantes que no están de acuerdo con esta modificación ni piensan utilizarla, pero que se verán inevitablemente afectados en la propiedad y valor de sus fondos.

Cuando en el siglo XIX y una parte del siglo XX los juristas de la Europa continental pensaban en una Constitución Política, la concebían como un documento de valor

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 23.7.2020.

más bien filosófico: el gran compendio de los objetivos políticos y sociales a seguir por el país. Sin embargo, esas Cartas fundamentales no tenían un valor jurídico real; su aplicación y control estaba en manos de los mismos poderes políticos que, supuestamente, estaban sujetos a ellas. Por lo mismo, esas constituciones no impidieron que los regímenes democráticos de la Alemania e Italia de entreguerras cayeran en manos de líderes y parlamentos de ideología totalitaria.

Por eso, la Europa de la segunda posguerra terminó reconociendo la necesidad de constituciones de valor jurídico, y no solo político, para limitar las competencias de las autoridades políticas y controlar el desarrollo de la democracia. Entre otras cuestiones, esto dio lugar a lo que se conoce como la “rigidez” de la Constitución: la necesidad de mayorías especiales para la aprobación y reforma de sus normas más importantes. No se trata de facilitar la labor de los poderes político-democráticos –aunque tampoco de obstaculizarla–, sino de encauzarla mediante la Carta Fundamental: una potencial solución violenta de los conflictos sociales y el grave peligro que ello significa para los más débiles de la comunidad política, es reemplazada así por una solución pacífica.

Sirva la introducción para entender el problema de fondo del proyecto de norma constitucional transitoria, que permite a los cotizantes del sistema de AFP el retiro de un porcentaje de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual. Tal reforma constitucional parece un intento de evadir las limitaciones establecidas por los artículos 19 N° 18, 65 incisos tercero y final y 66 inciso tercero de nuestra Constitución. Ellas imponen que una modificación de esta especie debe hacerse mediante una ley de quorum calificado, ingresada al Parlamento como proyecto de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; limitándose las atribuciones del Congreso Nacional solo a lo que dispone el art. 65 inciso final del mismo texto, esto es “aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”.

Más allá de que algunas de esas exigencias se asientan no en disquisiciones teóricas, sino en la historia constitucional de nuestro país –en particular, la conducta que demostraron algunos Parlamentos de Constituciones anteriores, al legislar irresponsablemente en materias presupuestarias o económicas–, nosotros queremos incidir, no tanto en el contenido de este proyecto de reforma constitucional, como en la idea que está detrás de él: en el principio que sienta más que en la propuesta concreta que lo expresa. A nuestro juicio, ese principio –que ha permeado las declaraciones de numerosos parlamentarios en las últimas semanas– es la idea de que es posible dejar de lado la aplicación de la Constitución –la norma jurídica más importante de un país, destinada a regular la actuación del propio Parlamento– en nombre de la bondad o urgencia de una determinada política social.

Sin embargo, los entusiastas de este enfoque parecen olvidar la naturaleza expansiva de la política, y la historia constitucional del siglo XX, incluida la chilena. Si en nombre de la justicia o bondad de cualquier política evadimos estas normas constitucionales, cabe preguntarse por qué no evadimos también otras, como por ejemplo las que imponen un Congreso bicameral, evitan que el Presidente de la República promulgue leyes sin intervención del Congreso, o impiden a la Corte Suprema declarar la guerra a Bolivia. En ese escenario, la falta de frenos y contrapesos constitucionales invita a todos los actores políticos (en particular, a

aquellos que tienen más poder, o menos escrúpulos en ejercerlo), a imponer a los demás “su” sentido de justicia, libres de cualquier traba que les impida usar todos sus recursos –incluyendo la fuerza– en dicho empeño.

Por otro lado, romper los diques constitucionales en nombre de una “buena” política social, es romperlos respecto de cualquier política social, sea esta buena, mala o pésima. En este caso, no se trata de una disquisición teórica. La reforma constitucional propuesta afecta directamente al derecho a la seguridad social y el derecho a la propiedad (19 nros. 18 y 24) de aquellos cotizantes que no están de acuerdo con esta modificación ni piensan utilizarla, pero que se verán inevitablemente afectados en la propiedad y valor de sus fondos, y en sus propias expectativas de jubilación. Sin embargo, la modificación que se propone, en sí misma posible, se ha aprobado en la Cámara de Diputados contando con un quorum menor al exigido por la Constitución Política para modificar el régimen constitucional de aquellos derechos (2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, de acuerdo al art. 127 inciso segundo en relación al Capítulo III de la Constitución); y utilizando una norma constitucional transitoria, cuya finalidad, por naturaleza, es facilitar el paso temporal entre regímenes jurídicos distintos, y no introducir modificaciones de fondo a la Carta Fundamental. ¿Quién defenderá a esos ciudadanos de estas acciones?

Por ello, a pesar del entusiasmo de algunos, no parece conveniente dar a la Constitución Política por muerta, ni caer en tentación de lo que un conocido periodista chileno ha denominado como el camino de los “resquicios constitucionales”. En política, vencedores y vencidos van cambiando de lugar con más frecuencia de lo que parece, y a todos convienen unas mínimas reglas de convivencia constitucional. Por el contrario, las páginas más oscuras de la historia constitucional del siglo XX, en el mundo y también en Chile, han comenzado con un quebrantamiento de la Constitución Política en nombre de pretendidos “valores superiores”, definidos e impuestos unilateralmente por algunos a toda la sociedad. No cometamos ese error otra vez (Santiago, 20 julio 2020).

RODRIGO POYANCO*

8. LA POLITIZACIÓN DE LA CORTE SUPREMA/ LA INTERVENCIÓN DEL SENADO EN SUS NOMBRAMIENTOS

EL SENADO Y LA CORTE SUPREMA

¿Por qué interviene el Senado en la nominación de los ministros de la Corte Suprema? La pregunta no es trivial. Sobre todo cuando apreciamos, una vez más,

*Investigador y profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político de la Universidad Finis Terrae. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

Publicado en *Diario Constitucional* 289 del 23.7.2020.

que el nombramiento de un candidato al Tribunal Supremo se dificulta en el Senado. Ya antes, la Cámara Alta frustró el ascenso de la ministra Dobra Lusic, una jueza de excelentes calificaciones profesionales. También las ministras María Angélica Repetto y Ángela Vivanco vieron peligrar su nominación en el Senado, en ambos casos por consideraciones más políticas que relativas a su desempeño profesional. Hoy es el turno del ministro Raúl Mera, quien posee sobradas calificaciones para integrar el tribunal, pero que ha dictado fallos que al parecer no son del agrado de un grupo de senadores.

A diferencia del resto de los jueces, en cuyo nombramiento solo interviene las propias Cortes y el Presidente de la República, los ministros de la Corte Suprema requieren una ratificación adicional por dos tercios del Senado. Habida cuenta de la relevancia de las materias que aborda y de la función que cumple la Corte Suprema en el Poder Judicial, la Constitución quiso asegurar una mayor independencia de sus miembros respecto del Poder Ejecutivo. Además, con ello se aumenta la legitimidad democrática del tribunal que, de otro modo, sufriría de un sesgo excesivamente burocrático y profesionalizante en su generación. Más aún, se estima que la presencia de distintas sensibilidades constituye una garantía adicional contra los sesgos políticos o ideológicos, porque estos se bloquean mutuamente y facilitan la imparcialidad del tribunal.

Ahora bien, el alto quorum de ratificación y el hecho de que solo se requiera la aprobación de la Cámara Alta del Congreso, cuyos miembros necesitan mayorías importantes para ser electos, nos habla del temor de la Constitución hacia una Corte Suprema politizada. El poder siempre ejerce una fuerza centrípeta, que todo lo convierte en satélite, provincia o replicación de sí. Los senadores podrían querer convertir a la Corte Suprema en una extensión de su propio poder, es decir, en un segundo Senado, dependiente, por supuesto, del primero. Las reglas de quorum y demás arreglos institucionales son una cortapisa contra tal pretensión, así como el propio requisito de ratificación es, a su vez, una cortapisa al poder del Presidente de la República.

Pero ningún mecanismo de contrapeso es suficiente contra los excesos de la política si no existe un acuerdo fundamental sobre la razón de ser que inspira nuestras instituciones, ya que los actores políticos podrían desvirtuar el sentido de las normas.

La Constitución espera que el Senado haga un escrutinio de las cualidades personales de los candidatos nominados a la Corte Suprema, así como de su apego a los estándares de imparcialidad y probidad, sus calificaciones académicas y su trayectoria profesional. Por otra parte, es legítimo que los senadores velen por la preservación de los equilibrios al interior de la Corte Suprema, a efectos de que en su interior haya distintas sensibilidades.

Pero lo anterior dista mucho de la pretensión de los senadores de estar de acuerdo con todos los fallos de los candidatos en todos los casos en que han participado como jueces. Ello no solo implica desconocer que los jueces, a diferencia de los políticos, deben aplicar la ley y no sus preferencias ideológicas. Si se instala esta lógica, pronto veremos el nacimiento del juez políticamente correcto, que se guía más por la aquiescencia a la tendencia ideológica del momento que por la ley, una fatalidad para la democracia y el Estado de Derecho.

Lo anterior –como bien lo han advertido varios ministros de la Corte Suprema– resultaría en una violación de la independencia judicial, justamente el valor que el mecanismo de nominación de los ministros de la Corte Suprema buscaba preservar. El Poder Judicial requiere de jueces independientes, imparciales, probos y apegados al Derecho. Los senadores deben actuar como estadistas y asumir este objetivo como propio, más allá de las legítimas pretensiones de sus respectivas tiendas políticas.

ROBERTO GUERRERO V.*

JOSÉ MIGUEL ALDUNATE H**, ***

9. LA GUERRA DECLARADA/DECLARACIONES DEL DIRIGENTE DE LA CAM

Conocido el envío de personal de las Fuerzas Armadas a las regiones del Biobío y de La Araucanía, para resguardar caminos en los que en las últimas semanas ha habido diversos ataques armados en contra de empresas, trabajadores y particulares, el vocero de la Coordinadora Arauco-Malleco (CAM), Héctor Llaitul, ha hecho declaraciones que colaboran significativamente a la clarificación de la situación nacional.

Sí, Llaitul le ha hecho un favor enorme a todo Chile, porque lo que ha afirmado no debe entenderse solo referido al terrorismo indigenista en esas zonas, sino que es un claro indicio de los propósitos de insurrección general –de guerra declarada– que animan a ciertas izquierdas.

Dijo Llaitul, con total desfachatez: “Si hay una ofensiva de parte de los militares en contra de las comunidades, va a haber una respuesta de nuestros weichafe, va a haber una respuesta organizada y militar inclusive en contra de las fuerzas de ocupación... la respuesta será también una respuesta de combate. (...) De hecho, ya estamos preparados para un enfrentamiento armado. (...) Hoy contamos con capacidad militar para la defensa de lo recuperado y para seguir avanzando”.

Es una declaración de guerra.

Pero lo más grave es que esa intención no puede circunscribirse solo a una apartada región del territorio nacional –el modo preferido en que comienzan a actuar las guerrillas rurales–, sino que esas expresiones están en perfecta sintonía con el lenguaje beligerante que han utilizado diversos actores desde octubre pasado.

Lo que Llaitul dice apenas tiene matices con la declaración de la bancada del PC de octubre de 2019, en la que se afirmaba que “respaldamos las llamadas

*Presidente del Consejo de Observatorio Judicial.

**Director ejecutivo de Observatorio Judicial.

***Publicado en *El Mercurio*/Santiago, el 20.7.2020.

evasiones masivas desarrolladas por estudiantes y ciudadanos... (porque) son acciones legítimas de desobediencia civil”, y con la promoción de dibujos que propiciaban el asesinato del Presidente, que hizo el diputado Gutiérrez.

Los anuncios de Messina sobre sus verdaderas intenciones para el día en que se reuniese una eventual Asamblea Constituyente, las palabras de Atria calificando de cadáver a una Constitución plenamente vigente, los sacrilegios promovidos desde sus presidencias parlamentarias por el diputado Flores y la senadora Muñoz, no son pura y simplemente el desprecio del Derecho. Son algo mucho más grave: son la promoción de un vacío que podría ser llenado por la fuerza, por la violencia insurreccional y, eventualmente, por la guerra civil.

Lo acabamos de vivir, durante meses, con una dramática evidencia: la guerrilla urbana se posesionó en sectores importantes de nuestras ciudades y, exactamente como lo anuncia Llaitul para las regiones en que actúa la CAM, esa guerrilla contó “con capacidad militar para la defensa de lo recuperado y para seguir avanzando”. Hubo más de mil policías heridos; decenas de muertos civiles por variadas causas, miles de actos violentos en cuatro meses, cuarentenas mucho antes de la pandemia... Y las tareas para llevar esa guerrilla urbana a un enfrentamiento directo de gran envergadura estaban perfectamente planificadas –¡e incluso anunciadas!– para el pasado mes de marzo.

Solzhenitsyn, en *La Rueda Roja*, describe el clima de postración cuando el Derecho deja de operar y un gobierno carece de voluntad para defender, con la fuerza legítima, la institucionalidad y la vida: “Era como si a través de la capital desde el primer momento, no hubiese habido ni traza de la autoridad estatal, como si el poder del Estado se hubiese convertido en un espectro a la caída de la tarde”.

Por supuesto, como el PC no está en el Gobierno, nadie le ha oído divulgar la consigna que con tanto entusiasmo proclamaba en 1973: “¡No a la guerra civil!”

GONZALO ROJAS S.*

10. LA DINÁMICA DEL ODIO

En un pasaje especialmente iluminador de *Mero cristianismo*, C. S. Lewis trata de combatir la comprensión equivocada de la “caridad” cristiana, que con frecuencia se confunde con una emoción caprichosa y compulsiva –puro sentimentalismo– que nos “obliga” a sentir amor por tal o cual persona. Lewis observa que el auténtico amor (al menos, en el sentido cristiano) no es una pasión ingobernable, sino un acto volitivo que implica todas nuestras potencias conscientes: “Cuando nos comportamos como si amásemos a alguien –escribe el autor inglés–, al cabo del tiempo llegaremos a amarlo”. Pero, a continuación, Lewis añade que lo mismo sucede con el odio: “Si le hacemos daño a alguien que nos disgusta, descubriremos

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago el 1º.7.2020.

que nos disgusta aún más que antes". Y lo ilustra con un ejemplo muy próximo para los lectores de su época del que luego hemos abusado hasta la náusea (para evitar confrontarnos con la dinámica del odio actuante en nuestra época): "Los nazis, al principio, tal vez maltratasen a los judíos porque los odiaban; más tarde los odiaron mucho más porque los habían maltratado".

Existe, sin embargo, una diferencia evidente entre la dinámica del amor y la dinámica del odio. Cuando nos comportamos "como si" amásemos a alguien, este esfuerzo suplementario acaba obligándonos a conocer mejor a esa persona: nos obliga a confrontarnos con sus miserias y defectos, que poco a poco logramos "comprender" o asimilar, anegándonos en la sustancia de nuestro amor (lo cual, naturalmente, no significa que lleguemos a amar esos defectos). Así, por ejemplo, ocurre entre personas que han decidido comprometerse: el aliento fétido o la propensión iracunda son aspectos desagradables de la naturaleza humana y disuasorios para esa emoción caprichosa y compulsiva que con frecuencia confundimos con el amor; pero quien ama comprometidamente a una persona que exhala un aliento fétido o propende a la ira se comporta "como si" esos defectos no le importasen demasiado y acaba logrando —mediante la paciencia amorosa, con delicadeza y mano izquierda— que la persona amada adopte hábitos que los corrigen. Siempre habrá, por supuesto, momentos en que la persona amada —por no enjuagarse la boca debidamente— exhale un aliento desagradable, o en que —dejándose llevar por su naturaleza sanguínea— se emberrinche; pero, para entonces, el conocimiento profundo que tenemos de esa persona nos permitirá contemplar esos "descuidos" con benevolencia. Y llegará incluso el momento en que tales "descuidos" (siempre que sean pasajeros y no se conviertan otra vez en hábitos orgullosos) nos pasen inadvertidos; porque han quedado anegados por nuestro conocimiento amoroso.

La dinámica del odio, por el contrario, se fortalece en la ignorancia del otro. Odiamos a una persona porque, al acercarnos someramente a ella, percibimos que desprende un aliento fétido; o porque, contemplada desde lejos, la vemos manotear acaloradamente. Y, desde ese momento, la persona odiada se convierte, en nuestra imaginación, en un hálito apestoso que lo invade todo, a modo de nube de gas mefítico; o en una masa amorfa que desprende rabia sulfurosa por doquier. De nada servirá que quienes conocen más íntimamente a esa persona nos indiquen que solo le huele mal el aliento antes de desayunar, o que solo se enfada cuando le aprietan los zapatos. Nuestro odio furibundo concebirá, incluso, mecanismos justificativos delirantes que disfracen la razón verdadera de nuestro odio (que tal vez sea la envidia que esa persona nos provoca, por comer frugalmente o calzar elegantemente); y sostendremos, incluso, que la persona odiada mantiene un sempiterno ayuno que la convierte en una perenne cloaca, o que cultiva la desquiciada manía de comprarse siempre zapatos de una talla inferior a la que precisa. Porque el odio, para azuzar su llama, exige cerrar los ojos ante la verdad de la persona odiada; necesita simplificarla, convertirla en caricatura.

El amante se nutre de conocimiento paciente; el odiador, por el contrario, se nutre de ignorancia nerviosa. El amante se "empodera" asimilando los defectos de la persona amada, que acepta a la vez que corrige; pero tal cosa solo puede hacerla abrazándola más comprometidamente. El odiador se "empodera" agigantando los defectos de la persona odiada, cosificándola hasta desvirtuarla y convertirla

en un pelele al que puede vapulear descomprometidamente. Para ejemplificar la dinámica del odio que se nutre de sí mismo, Lewis todavía necesitaba recurrir a lo que luego hemos denominado “ley de Goodwin”. Nosotros ya sabemos que no tenemos que ir tan lejos; pues el fermento en el que la demogresca partidocrática ha fundado su hegemonía no es otro sino la dinámica del odio.

JUAN MANUEL DE PRADA*

*Publicado en *Portaluz*, 8.8.2020.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

(13.4.2020)

Namoncura Godoy, Clodomiro c/Superintendencia de Seguridad Social

(Nulidad de derecho público acogida/¿imprescriptible?)

Santiago, trece de abril de dos mil veinte.

VISTOS:

En estos, autos Ingreso de Corte Nº 36.172-2019, sobre juicio ordinario de acción de nulidad de acto administrativo, caratulados “Namoncura Godoy Clodomiro con Superintendencia de Seguridad Social”, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la de primer grado que acogió la excepción la prescripción extintiva de la acción de cobro de prestaciones interpuesta por la demandada y en consecuencia, rechazó la de nulidad de derecho público, deducida en lo principal. Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en el arbitrio de nulidad sustancial, se acusa la infracción del artículo 79 de la Ley Nº 16.744, artículos 2514 y 2515 del Código Civil; y consecuencialmente la de los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República; artículos 11, 13, 17, 35 y 54 de la Ley Nº 19.880; artículo 7o del Código del trabajo; artículo 39 de la Ley Nº 16.744; Decreto Supremo Nº 109 y la Circular 3G/40 del Ministerio de Salud.

El recurrente señala que dedujo demanda de nulidad de derecho público sobre la base de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, con el fin que se dejara sin efecto el Ordinario Nº 1164 de 8 de enero de 2014, que dictó la Superintendencia de Seguridad Social, por haber sido emitido en contravención a la ley, impidiéndole recibir una pensión de invalidez; sin perjuicio de las peticiones accesorias que derivan de dicho acto. Por tanto, señala que el *quid* del asunto sometido al conocimiento del tribunal es la impugnación de dicho acto administrativo y no el cobro de las prestaciones que contempla la Ley Nº 16.744, que son consecuencia del primero y que debido al actuar de la demandada, no han sido decretadas, razón por la que su cumplimiento no puede ser exigido, hasta que se invalide dicho acto administrativo.

En consecuencia, señala que la sentencia recurrida declaró equivocadamente la prescripción de la acción de cobro de prestaciones, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Nº 16.744, norma que no es aplicable al caso, ya que como se dijo, aun no serían exigibles, debido justamente al actuar viciado de la demandada que confirmó la decisión de la Comisión Médica de Reclamos que

revocó en parte lo resuelto por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Concepción, negando lugar a declarar que el actor padece de la enfermedad de artrosis de rodillas del minero del carbón y con ello, que recibiera el pago de una pensión de invalidez total, conforme lo dispone el artículo 39 de la citada ley, razón por la que estima que la sentencia impugnada es nula, al sustentarse con infracción de las normas que cita.

En definitiva, señala que las acciones para exigir derechos judicialmente prescriben en el plazo de cinco años, si son de carácter ordinario, como el caso de marras; y habiéndose emitido la resolución cuya nulidad se solicita el día 8 de enero de 2014, a la fecha de la notificación de la demanda, el 8 de septiembre de 2016, el referido plazo aún no se completa, razón por la cual la acción de nulidad de derecho público que dedujo no se encuentra prescrita.

Por tanto, al acogerse la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, la sentencia recurrida no solo contraviene los artículos 2514 y 2515 del Código Civil en relación al artículo 79 de la Ley N° 16.744, sino que también las normas constitucionales, sustanciales y reglamentarias que se citaron, por las cuales se resuelve el fondo del asunto controvertido y que latamente explicita en su arbitrio;

SEGUNDO: Que, al referirse a la influencia que los señalados vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo, aduce que de no haberse incurrido en ellos los sentenciadores habrían revocado el fallo de primer grado, desestimando la excepción de prescripción y acogido íntegramente la demanda;

TERCERO: Que, para una adecuada resolución del asunto, resulta conveniente consignar los siguientes antecedentes del proceso:

- a) El actor dedujo demanda de nulidad de derecho público en contra la Superintendencia de Seguridad Social, con el fin que se dejara sin efecto el Ordinario N° 1164 de 8 de enero de 2014 dictado por la misma, sosteniendo que éste se dictó en contravención a la ley, desde que dicho acto confirmó la decisión de la Comisión Médica de Reclamos que revocó el dictamen de la Comisión Preventiva e Invalidez de Concepción, desestimando que el demandante padeciera la enfermedad profesional de artrosis de rodilla del minero del carbón, lo cual le impidió percibir una pensión de invalidez conforme a lo dispone el artículo 39 de la Ley N° 16.744; y consecuentemente, pide se ordene pagar a su favor las sumas de dinero que por concepto de dicha pensión de invalidez y las otras que indica le corresponden, en la forma que explicita y precisa en su libelo.
- b) Al contestar, la demandada solicitó el rechazo de la acción argumentando que el dictamen contenido en el Oficio N° 1164, se encuentra firme, de acuerdo con el procedimiento especial de reclamo contemplado en el artículo 77 de la Ley N° 16.744. Agrega, que igualmente no puede ser dejado sin efecto dicho acto porque transcurrió el plazo que, para adoptar dicha decisión, el artículo 53 de la Ley N° 19.880, contempla. En subsidio, señaló que la acción de autos en realidad tiene por objeto reclamar eventuales prestaciones por concepto de enfermedades profesionales, por tanto, atendida la fecha en la cual le fue diagnosticada la artrosis de rodilla del minero del carbón, según los dichos del propio demandante, sería en el año 2010 y la notificación de la presente demanda ocurrió el año 2016, por tanto a su juicio, dicha acción se encuentra

prescrita conforme se desprende del referido artículo. Por último, indica que no ha incurrido en una actuación contraria a la Constitución Política o la ley, que permita acoger la demanda.

c) La demanda fue notificada el 8 de septiembre de 2016;

CUARTO: Que el fallo de primer grado, confirmado por la sentencia impugnada en su considerando sexto y siguientes, expresó lo siguiente:

Que se ha opuesto excepción de prescripción extintiva de la acción de cobro de eventuales prestaciones referidas en la Ley N° 16.744, en consecuencia, esta sentenciadora se pronunciara previamente a su respecto.

La demanda de autos se ha fundado en las disposiciones pertinentes a la ley N° 16.744, la que en cuyo artículo 79, prescribe que las acciones para reclamar las prestaciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales prescribirán en el término de 5 años contados desde la fecha del accidente o desde el diagnóstico de la enfermedad.

De conformidad a los antecedentes que obran en autos, en especial, copia de la declaración individual de enfermedad profesional Ley N° 16.744, de fojas 124, el actor el 20 de mayo de 2009, señala que su diagnóstico médico según la naturaleza y consecuencias de la enfermedad es artrosis avanzada de rodilla, diagnóstico que es ratificado mediante el informe radiológico de fojas 114, con fecha 21 de junio de 2010.

En consecuencia, con el mérito de los antecedentes antes referido, los cuales constituyen antecedentes graves, precisos y concordantes, permiten a esta sentenciadora presumir que a lo menos el 21 de junio de 2010, el actor ya padecía de la enfermedad respecto de la cual reclama la prestación demandada.

Que consta de la actuación de fojas 21, que la demandada fue emplazada el 8 de septiembre de 2016, esto es, habiendo transcurrido 6 años 2 meses y 18 días, del plazo de prescripción;

QUINTO: Que la nulidad de derecho público constituye una sanción para los actos expedidos por alguna autoridad u órgano del Estado, que contengan vicios que los hagan incurrir en vulneración de los artículos 6 y/o 7 de la Constitución Política del Estado. En conformidad con el primero de esos preceptos los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; obligando sus preceptos tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. A su vez el segundo de ellos establece que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale;

SEXTO: Que, por su parte, la prescripción tiene como objetivo principal otorgar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas que ligan a los sujetos de derecho y la debida tutela o protección de los mismos, instando a que los partícipes de

dichas relaciones no estén vinculados en forma indefinida, provocando con ello incertidumbre y falta de consolidación de diversas situaciones jurídicas. Para que la prescripción opere son exigencias, las siguientes: a) el silencio de la relación jurídica por la inactividad del acreedor, el cual deja de ejercer un derecho del cual es titular; b) el transcurso del tiempo que dicha inactividad se mantiene por el plazo que la ley prescribe; c) que la acción sea prescriptible, esto es, que legalmente sea posible que se extinga por su no ejercicio; d) sea alegada por el deudor, y; e) que no se encuentre interrumpida, suspendida como tampoco renunciada;

SÉPTIMO: Que, en el caso de autos, los sentenciadores del grado decidieron resolver la controversia, analizando en primer lugar la procedencia de la excepción de prescripción deducida por la demandada, respecto de la acción de cobro de prestaciones derivadas la Ley N° 16.744, proceder que desconoce los fines y la naturaleza de la acción de nulidad de derecho público, aplicando indebidamente la prescripción contemplada en el artículo 79 de la citada Ley N° 16.744, al caso de autos.

En efecto, de la lectura de la demanda se advierte que si bien, su fin último es obtener las prestaciones de seguridad social que se indica, dicha propuesta se sustenta sobre la base de la nulidad del Ordinario N° 1164, dictado por la demandada, sosteniendo que ese acto es ineficaz por haberse dictado en contravención con el ordenamiento jurídico;

OCTAVO: Que los falladores del grado han incurrido en una errónea aplicación del artículo 79 de la Ley N° 16.744, al aplicar a los hechos de la controversia una ley que no resolvía la cuestión sometida a su decisión y, asimismo, han infringido los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República en relación a su aplicación concreta, del momento que han desconocido la naturaleza propia de la acción entablada, esto es, la de nulidad de derecho público, que se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo; error de derecho que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que motivó acoger la excepción de prescripción de la demanda de cobros de prestaciones y el consiguiente rechazo de la acción de nulidad referida;

NOVENO: Que por estos motivos, el arbitrio de nulidad sustancial deberá necesariamente ser acogido.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante en contra de la sentencia de diez de octubre de dos mil diecinueve, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Llanos S.

Rol N° 36.172-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Julio Pallavicini M.

Santiago, trece de abril de dos mil veinte.

Conforme con lo que se dispone en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos sexto a duodécimo, que se eliminan.

Asimismo, se reproducen los motivos quinto a octavo del fallo de casación que antecede.

Y se tiene, además, presente:

1° Que tal como se expuso en el fallo de casación, mediante la acción interpuesta el demandante solicitó la nulidad de derecho público del Ordinario N° 1164 de 8 de enero de 2014 dictado por la Superintendencia de Seguridad Social que confirmó la decisión de la Comisión Médica de Reclamos, el cual revocó en parte la emitida por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Concepción, por estimar que dicho acto infringe las normas legales que indica y, en su mérito, pide se dé lugar a la pensión de invalidez, que dice le corresponderle conforme lo dispone el artículo 39 de la Ley N° 16.744;

2° Que por las razones expuestas en el fallo de casación en sus fundamentos séptimo y octavo, la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada y fundada en el Art. 79 de la Ley N° 16.744 resulta improcedente, por haberse ejercido en la demanda un acción de nulidad de derecho público y no las acciones que contempla dicha preceptiva legal;

3° Que, en consecuencia, no verificándose en la especie los supuestos de la prescripción extintiva opuesta, se revocará la sentencia apelada en los términos que se dirán en lo resolutive.

Y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de trece de julio de dos mil dieciocho, escrita a fojas 192 y siguientes y, en su lugar, se declara que se rechaza la excepción de prescripción opuesta por el demandado, debiendo un juez no inhabilitado emitir pronunciamiento sobre el fondo de la contienda, propósito para cuyo cumplimiento le serán devueltos estos antecedentes.

Acordada, en aquella parte que ordena remitir los antecedentes a un juez no inhabilitado para que emita pronunciamiento sobre el fondo, con el voto en contra de los Ministros señores Muñoz y Llanos, quienes fueron de parecer de no reenviar estos antecedentes a su tribunal de origen y emitir pronunciamiento sustancial sobre el asunto en litigio, por las siguientes consideraciones:

1.- Que los sistemas procesales han transitado entre el reenvío francés y el fallo de reemplazo español. Conforme al primero, no se da respuesta al problema derivado de la doble casación, por lo cual nuestro legislador siguió el

modelo español, expresando que, además, se obtiene provecho del estudio de los antecedentes. De esta forma se regula el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil y en una reforma al artículo 786 del mismo cuerpo de leyes, se amplió el sistema a la casación en la forma cuando el vicio se constata en la sentencia misma. Así se consigna por la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil al indicar expresamente que se separa “de la legislación francesa y optando por el sistema español, no da el proyecto en ningún caso a los fallos de casación la importancia de una interpretación de ley, obligatoria para los tribunales. Como el Tribunal de Casación, cuando da lugar al recurso, retiene el conocimiento del negocio y como las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian, no llega el caso de que el que pronunció la sentencia invalidada tenga que verse obligado a conformarse a aquella interpretación en la decisión de negocios judiciales” (Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil, Santiago Lazo. Editores Poblete Cruzat Hermanos, página 751).

- 2°– Que en los escritos de la etapa de discusión, en los recursos deducidos y en el conjunto de los antecedentes reunidos en autos se aportaron las argumentaciones necesarias para que esta Corte emitiera pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, de modo que ninguno de los litigantes se encontraría en una posición de desventaja si se decide por este tribunal resolver el fondo de la controversia.
- 3°– Que al respecto debe señalarse que el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso tercero, establece que: “Si el vicio que diere lugar a la invalidación de la sentencia fuere alguno de los contemplados en las causales ... 5a ... del artículo 768, deberá el mismo tribunal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley”. Todo lo cual no deja al criterio de este tribunal, sino que impone la dictación del fallo de reemplazo sobre el fondo de la cuestión recurrida del juicio.

Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Llanos S. y de la disidencia, sus autores.
Rol N° 36.172-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Julio Pallavicini M.

COMENTARIO

Muy clara aparece la sentencia que decide la casación en el fondo deducida por el actor en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmaba el de primer grado que rechazara la acción de nulidad de derecho público que había acogido la excepción de prescripción opuesta por la demandada, pero fundada en disposiciones legales que no eran aplicables al caso planteado por dicho actor.

Lo reclamado por *Namoncura Godoy* era la nulidad de derecho público de un oficio/dictamen de la Superintendencia de Seguridad Social, de enero de 2014, que

le impedía obtener pensión de invalidez por padecer de una artrosis avanzada de rodilla, típica enfermedad de los mineros del carbón. Había, pues, un claro error de derecho porque se le aplicó la legislación de accidentes del trabajo (L 16.744) y la prescripción de cobro de prestaciones de dicha ley cuando lo pedido era que se “anulase” un acto administrativo de la mencionada Superintendencia. El actor no reclamaba el pago de prestación alguna sino que se anulase un oficio/dictamen de aquella autoridad que le impedía pensionarse. Es decir, los fallos de la instancia entendieron prescrita la reclamación en contra de ese oficio/dictamen en aplicación de una ley que no incidía en lo solicitado por el demandante.

Al comenzar su argumentación la Corte Suprema (consid. 5º) establece que la nulidad de derecho público es una “sanción”¹ para aquellos actos de órganos del Estado que, viciados, vulneran los artículos 6 y 7 de la Constitución. En su considerando 7º advierte que el fallo objeto de la casación deducida ha desconocido “los fines y la naturaleza de la acción de nulidad de derecho público aplicando indebidamente” la prescripción del artículo 79 de la ley 16.744 a este caso, en el que lo pedido era algo diferente, lo que hizo que aplicara una legislación que no resolvía lo demandado (consid. 8º). Aquí la Corte afirma muy certeramente que la nulidad de derecho público “se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo”. Lo que lleva al tribunal a acoger la casación de fondo y declarar nula la sentencia impugnada.

¹Error muy común, derivado del derecho civil, es afirmar que esta nulidad constitucional es una “sanción” porque ello supondría la existencia de un “acto jurídico” que está viciado en circunstancia que la Constitución (y ello desde 1833, artículo 160) no plantea esta situación sino algo muy distinto. En efecto, al decir su artículo 7º “Todo acto en contravención a este artículo es *nulo*” (cursivas nuestras) está significando que dicho pretendido acto es “nada” (que eso significa “nulo”), es decir “no es acto”, que carece de existencia como tal acto jurídico (en cuanto a su “materialidad” está en un papel su texto, pero “jurídicamente” carece de la entidad de tal, “no existe” como tal) y si la autoridad que lo ha emitido llegara a aplicar lo que hay allí es “una vía de hecho” que no de Derecho, con las consecuencias correspondientes a las vías de hecho. Y esta verdadera “inexistencia” que plantea la Constitución proviene directa y expresamente del inciso 2º del artículo 7º mencionado, ya que establece de manera perentoria e indelible que ninguna “magistratura” (en su lenguaje decimonónico, “órgano del Estado” hoy) tiene otra autoridad (o sea, poder jurídico/potestad) “que los que expresamente se les hayan conferidos en virtud de la Constitución o las leyes”. Lo que este texto ha establecido directamente al decir *es nulo* no es sino “un poder impeditivo”, que impide que entre en el ordenamiento jurídico un pretendido acto que la viola, única manera de asegurar su incolumidad y su impecabilidad; es un medio genial y original que Mariano Egaña expuso en su Voto particular en la Convención que estudiaba la reforma a la Constitución de 1828.

Por ello he afirmado hace tiempo que la nulidad de derecho público es el efecto jurídico que la Constitución establece de naturaleza impeditiva que preserva la limpieza del ordenamiento y su incolumidad.

Debo hacer presente que en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 (El principio de juridicidad) p. 183, línea 1, aparece la palabra “sanción” pero ello se debe, ciertamente, a un descuido lingüístico puesto que en páginas anteriores he planteado lo mismo que hemos afirmado aquí (y ello en 1996), por lo cual no se trata de un cambio de postura sino un lapsus no advertido en la corrección de las pruebas de imprenta.

1. Entre lo que merece destacarse aparece de interés señalar que la sentencia de reemplazo reconoce, de nuevo, *la existencia de la acción de nulidad de derecho público* (consid. 2º), lo que, sin duda, adquiere importancia ya que algunos fallos de 2019² –siguiendo un predicamento verdaderamente insensato, sostenido allá

²V. gr., *Ramírez Fuentes c/Municipalidad de Coyhaique*, Corte Suprema 2.3.2019 (rol 29.535-2018) cuyo consid. 7º dice expresamente que los artículos 6 y 7 de la Constitución “no consagran una determinada acción procesal encaminada a conseguir la anulación de los actos administrativos” (ministros Aránguiz, Chevesich, Sandoval, y abogados integrantes Etcheberry y Pierry/redactor (sic!); también, *Gutiérrez Muñoz y otros, c/Fisco*, Corte Suprema 29.1.2020 (rol 18.766-2019), consid. 6º con igual contenido (ministros Muñoz, Sandoval, Vivanco y abog. integr. Etcheberry/redactora y Quintanilla); *Moreno Olmos c/Fisco*, 2.7.2019 (rol 29.094-2018), igual contenido en su consid. Décimosexto (ministros Muñoz, Blanco, Vivanco/redactora y ministros suplentes Biel y Muñoz Pardo); *Postler Lipski c/Fisco*, Corte Suprema 12.7.2019 (rol 14.745), consid. 7º igual contenido (ministros Muñoz, Sandoval, Aranguiz y Vivanco/redactora y abog. integr. Matus). E incluso en este año mismo año 2020, algunos fallos siguen repitiendo lo mismo (pareciera que bajo el sistema del “copy paste”, tan usual al redactarse sentencias, a veces elaboradas por los relatores y poco revisadas por quienes las firman), como *Schellman Jaramillo c/Inmobiliaria e Inversiones Hornitos y otros (Serviu de 3a. Región y Municipalidad de Antofagasta)*, Corte Suprema 19.5.2020, rol 15.073, ministros Sandoval/redactora, Vivanco, y Llanos y abog. int. Lagos y Pallavicini, caso en el cual el fallo de primera instancia rechaza la pretensión anulatoria, que confirma la Corte de Apelaciones de Antofagasta en contra de cuya sentencia fuera deducida casación de fondo, rechazada por la Corte Suprema en razón de no existir el error de derecho invocado además de no haberse probado por la actora la vulneración de la legislación urbanística alegada en el otorgamiento del permiso de edificación impugnado; pues bien, aquí en su considerando 8º conceptúa esta acción y agrega que ella tiene un rol dentro de nuestro ordenamiento jurídico como es “ser una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad” (sic!) y luego su considerando 10º afirma –siguiendo lo asentado por esta Corte– que los artículos 6º y 7º de la Constitución “no establecen una determinada acción procesal encaminada a obtener la anulación de los actos administrativos”, sino que solo configura el principio de legalidad. Y agrega que esta acción de nulidad de derecho público (ponga atención, estimado lector, a lo que viene) “es, entonces, toda acción contenciosa administrativa encaminada a obtener por parte de un tribunal de la República la anulación de un acto administrativo, y que establecidas por el legislador para situaciones concretas y en materias determinadas.... deben ejercerse de acuerdo al procedimiento que la ley contempló para este tipo de situaciones”, por lo cual habiendo normas específicas debió recurrirse a ellas para accionar.

Como se lee, la Corte Suprema insiste en que la pretendida acción constitucional de nulidad de derecho público no tendría fundamento en los artículos 6º y 7º de la Constitución porque dichas disposiciones solo consagrarían el principio de legalidad a que están sujetos los órganos del Estado; curiosamente agrega (copy and paste) que toda acción que pretenda la nulidad de derecho público es una acción de nulidad de derecho público (sic!). Todo un prodigio de lógica, pero no precisamente aristotélica, porque se dice (1) que esta acción tiene un rol muy importante como es “garantizar la vigencia del principio de legalidad”, (2) principio que estaría asentado en los artículos 6º y 7º mencionados (yerra porque el 6º establece la supremacía constitucional, que es algo distinto; es el 7º en que en sus tres incisos afirma el principio de juridicidad/distinto del de legalidad), (3) dichos artículos no establece una determinada acción procesal; (4) no obstante no tener existencia constitucional esta acción de nulidad de derecho público “es toda acción contenciosa administrativa encaminada a obtener la anulación de un acto administrativo”, (5) que tendría solo existencia en la medida que una ley haya establecido una acción destinada a anular un acto administrativo en una materia determinada, y (6) en consecuencia, habrá que estarse al procedimiento y plazo legal

por la década de 2006-2015– han tratado de eliminarla de nuestro ordenamiento, acción constitucional ya casi bicentenaria, puesto que prevista en la Constitución de 1833 (artículo 160).

2. Otro punto que relevar es el que dice referencia con la afirmación muy certera en cuanto a que esta acción constitucional –punto de cierre del estado de Derecho– *tiene una naturaleza y unos fines muy distintos* de aquellos que puedan afirmarse respecto de cualquiera prescripción extintiva de acciones civiles, afirmación esencial que debe destacarse y que a fines de la década de los años 90 del siglo pasado la Corte Suprema lo tenía muy claro³.

para interponerla. Y ¿qué ocurre si en determinada materia no hay acción prevista por la ley? ¿No podrá, en consecuencia, impugnarse esos actos? Y ¿en qué queda, entonces, el principio constitucional de la protección de los derechos de toda persona (artículo 19 N° 3 inciso 1°), la igualdad ante la ley (*ídem* N° 2), el acceso a la justicia y al juez natural (*ídem* N° 3 inciso 5°), el debido proceso (*ídem* N° 3, inciso 6°), el derecho a no ser afectado en el contenido esencial del derecho alegado (*ídem* N° 26), y el principio de la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (artículo 73/76), y el artículo 9° de la ley orgánica constitucional de bases de la organización de la Administración del Estado, entre otros? La afirmación suprema no resiste el menor análisis jurídico serio frente a los claros preceptos de la Constitución, que consagran una “república” y no una tiranía, la primacía de la persona humana y no del Estado (artículos 1°, incisos 1° y 4°, y 5° inciso 2°).

Valga observar que no se trata del “principio de legalidad” sino del “principio de juridicidad”, que es algo bien distinto, y que los jueces supremos parecen no captar... (*vid.* al respecto nuestro *Derecho Administrativo* cit. vol. 2, 20-23). Sin embargo, en *Herman Pacheco c/ Municipalidad de Recoleta* (Corte Suprema 15.4.2020, rol 29002-19, ministros Sandoval/re-dactora, Vivanco, Repetto y abog. int. Munita y Quintanilla), no encontramos esas afirmaciones. Este caso es una muestra de los que se llama un “convenio entre demandante y demandado”, ya que el actor demanda la nulidad de un permiso de edificación otorgado por la demandada (bajo una autoridad edilicia de distinto signo político que la actual) sosteniendo la vulneraciones de la legislación urbanística, pero no siendo vecino de la comuna y pretendiendo actuar como presidente de una entidad (Fundación Defendamos la ciudad) sin acreditar su calidad de tal ni la existencia legal de ella; el fallo de primera instancia rechaza la demanda y la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de la apelación confirma el fallo, fundada en la ausencia de legitimación activa del actor, entre otros motivos. Al conocer de la casación forma y fondo del actor la Corte Suprema rechaza ambos y se explaya muy certeramente sobre el tema de la legitimación activa y además sobre el hecho (¿sospechoso...?) de la *improcedencia* del allanamiento a la demanda que hace la Municipalidad de Recoleta, allanamiento que no ha producido efecto alguno en el proceso por cuanto los órganos públicos están obligada –según la Corte– a defender su acto (tema que merece mayor detenimiento y no parece de buenas a primera aceptable, pero que excede este comentario). En este fallo, de real interés jurídico, no aparece esa consideración de la no existencia de la acción de nulidad de derecho público, afirmación que no puede ser más paradójica porque si no existiera ¿a qué, entonces, conocer del asunto y explayarse extensamente en su conocimiento y decisión y aun acoger la pretensión planteada? Son las consecuencias de planteamiento incoherentes incluso lógicamente.

Para la jurisprudencia 2006-2015 y dichas incoherencias *vid.* nuestro *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia de la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción*, en *Ius Publicum* 34/2015, 73-92.

³*Vid.* nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 544-545, listado de 30 fallos, estudiados en páginas precedentes, y hay más de 90 sobre la materia; véase especialmente sobre esto de ser un “medio impeditivo” *Sánchez Michea*, en *RDJ*, t. 95/1998, 2.5, 114-126.

3. Un punto que llama la atención es la solución que establece la Corte, luego de declarar nula la sentencia que se casa en el fondo, respecto de enviar la resolución de lo demandado por el actor a “un juez no inhabilitado” para “emitir pronunciamiento sobre el fondo de la contienda, propósito para cuyo cumplimiento le serán devueltos estos antecedentes”.

Y llama, ciertamente, la atención porque lo resuelto significa una clarísima “dilación” en la resolución del litigio. En efecto, la situación del actor se remonta al año 2010 y solo estuvo en condiciones de acudir a la Justicia en 2016, llegando a la Corte Suprema en casación en 2019 siendo el fallo de esta recién de abril del 2020, es decir diez años después que comenzaran sus avatares, primero, burocráticos 2010-2016 y, luego, judiciales 2016-2020, para que otra vez debe recomenzar la vía judicial desde el inicio, como si nada hubiera ocurrido en estos últimos cuatro años... A lo que, además, deberá agregarse, seguramente el costo de los abogados que lo han patrocinado.

De allí que sorprenda esta decisión, tanto más que los Ministros Muñoz Gajardo y Llanos Sagristá disintieron de la solución del fallo aludido y estuvieron por emitir fallo sustancial sobre el asunto fundados en que nuestro sistema ha seguido en esto al sistema español de la “sentencia de reemplazo” como aparece en la propia Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil, tanto más que en el propio expediente hay antecedentes que permiten que fuera decidido directamente por la Corte Suprema, antecedentes que han sido aportados precisamente por ambos contendientes. Y, además, temiendo presente el propio artículo 786 CPC y dado el vicio de la causal 5ª que “no deja al criterio de este tribunal” resolver de otro modo “sino que impone la dictación del fallo de reemplazo sobre el fondo de la cuestión recurrida”.

¿Desidia de la mayoría del tribunal supremo? ¿Diferencias respecto de la nulidad de derecho público, en cuanto a su imprescriptibilidad? ¿Diferencias en la solución que adoptar? Cosas que no aparecen del fallo pero que pueden suponerse. ¿Será, acaso, que la mayoría pretendía aplicar las normas del Código Civil (artículo 2515) a esta nulidad de origen constitucional y sin plazo, como ocurre con varias acciones constitucionales e incluso previstas en dicho Código?⁴. ¿Será que se sostendría que es imprescriptible, dado su origen, su naturaleza y sus fines, como lo afirmara reiteradamente durante años –1995-2005– a misma Corte en más de 80 fallos en la materia?⁵.

⁴Para nuestra posición respecto de la “imprescriptibilidad” de la nulidad de derecho público *vid.* nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 524-533. Puede ser útil el fallo *Vinor S.A. c/Fisco* (Corte Suprema 30.12.2013, rol 9.953-2011) donde se admite sin problema la imprescriptibilidad de esta acción (ministros Muñoz, Cisternas, Cerda/suplente y abog. integr. Bates y Lecaros) sobre nulidad de un acto expropiatorio emitido el año 2000 (en *Ius Publicum* 32/2014, 77-79).

Valga recordar que la propia Constitución consagra varias acciones imprescriptibles como las acciones de amparo/habeas corpus (artículo 21), y de amparo/protección (artículo 20), como también la declarativa de nulidad del acto expropiatorio (artículo 19 N° 24 incisos 3° a 5°). Y en el Código Civil también se consagran acciones imprescriptibles como la de reclamación de la filiación, la de término de comunidad de bienes, la de demarcación, ciertas acciones posesorias, la acción reivindicatoria, sin perjuicio de varias leyes que también establecen imprescriptibilidad para demandar incluso beneficios patrimoniales, respecto del Estado.

⁵*Vid.* nota 3 precedente.

Concluyendo, nos parece muy útil este fallo que reconoce expresamente la existencia de la acción constitucional de nulidad de derecho público y es de esperar que se ponga fin a lo insensato de afirmar su inexistencia desde que hasta la propia ley del Consejo de Defensa del Estado (DFL/H N° 1, de 1997, artículo 3°) la reconoce de modo explícito y el propia Consejo indicado la deduce sin rubor ante los tribunales de justicia y le han sido acogidas enteramente⁶.

EDUARDO SOTO KLOSS

⁶Vid. v. gr. *Fisco c/Carmona y otros y Municipalidad de Chaitén* (Corte Suprema 19.12.2017, rol 35.1912017), o *Aleuy Catrián y 48 funcionarios c/ Municipalidad de Frutillar* (Corte Suprema 19.12.2017, rol 18.255-2015), en que se acoge pretensión anulatoria del Fisco, o aún *Fisco c/Municipalidad de Licantén y 37 de sus funcionarios*, (Corte Suprema 21.7.2016, rol 25.053-2015); acciones de nulidad de derecho público todas acogidas. Igual predicamento se sigue en *Aguayo Méndez y otros (324 funcionarios públicos) c/Contraloría General de la República* (Corte Suprema 19.12.2017, rol 11.402), en que los funcionarios públicos accionan de nesta nulidad y es desechada. En todos estos casos se ventilaban derechos de funcionarios públicos (DL 3.501, de 1980 (artículos 1° y 2°). Hemos analizado el punto en nuestro *La recia vitalidad de la acción constitucional de nulidad de derecho público*, en *Ius Publicum* 42/2019, 149-165, el tema en 161-163.

CORTE SUPREMA
(23.6.2020)
Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier
(Revocación acto administrativo/improcedencia)

Santiago, veintitrés de junio de dos mil veinte.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos séptimo a décimo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que se discute a través de esta acción constitucional la ilegalidad y arbitrariedad del Decreto Alcaldicio N° 1.576 de 12 de agosto de 2019 dictada por el alcalde de la Municipalidad de San Javier, que dejó sin efecto y ordenó retrotraer el nombramiento de doña Katherine Luna Oviedo como profesional grado 8° de la Escala Única de Sueldos (EUS); acto que, según acusa la afectada, vulnera los derechos y garantías establecidos en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide acoger el recurso y dejar sin efecto el referido decreto, ordenando la restitución al grado 8° profesional de la EUS, con costas.

Por sentencia de siete de noviembre de dos mil diecinueve, la Corte de Apelaciones de Talca rechazó el recurso de protección, alzándose la recurrente por medio del respectivo recurso de apelación.

SEGUNDO: Que, en su informe, la recurrida sostuvo que la actora ingresó al municipio el 27 de noviembre de 2000, al cargo de Jefatura grado 12° titular, grado y cargo que desempeñó hasta el 31 de diciembre del 2008. Agrega que, a contar del 1 de enero de 2009, la recurrente fue nombrada titular en el cargo de Directora de la Secretaría Comunal de Planificación, cargo que desempeñó hasta el 4 de abril del año 2013. Posteriormente, fue designada en el cargo profesional grado 11° de la EUS, y mediante Decreto Exento de 28 de abril de 2016, se la destinó a prestar funciones como Encargada de Transparencia Municipal. Finalmente, por Decreto Exento de 22 de marzo de 2018 fue nombrada como Encargada de Aseo y Ornato de la Municipalidad de San Javier, manteniendo su grado en el escalafón profesional grado 11°.

Refiere que, durante el año 2018, la Municipalidad de San Javier comenzó a elaborar la nueva planta municipal conforme a lo dispuesto en los artículos 49 bis y siguientes de la Ley N° 18.695, la cual fue aprobada por la Contraloría Regional del Maule y publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de diciembre de 2018.

Explica que, con posterioridad a la aprobación de la Planta Municipal, el municipio envió al órgano de control el Decreto Alcaldicio N° 1529 de 31 de diciembre de 2018, por medio del cual se encasilló en la nueva planta municipal al personal de los escalafones directivo, profesional, técnico, administrativo y

auxiliar. En el N° 1, “Planta Profesional”, se encasilla a la actora en el grado 11° del estamento profesional.

Indica que, junto con el mencionado decreto, se envió a la Contraloría Regional del Maule el Decreto Alcaldicio N° 38 de 2 de enero de 2019, por el cual se promovía a diferentes funcionarios de la Municipalidad de San Javier a contar del 1 de enero de 2019. En dicho acto administrativo se nombró, entre otros empleados, a la recurrente en el cargo Profesional Grado 11° de la Escala Municipal.

Enseguida, destaca que por medio del Decreto Alcaldicio N° 470 de 15 de marzo de 2018, se regularizó y aprobó el encasillamiento de la nueva planta municipal conforme al artículo 49 ter de la Ley N° 18.695, procediendo a clasificar a los funcionarios de las plantas, entre ellas, la Planta Profesional, encasillándose a los empleados en cargos del mismo grado. Practicado lo anterior, y habiendo verificado que quedaban cargos vacantes, se dictó el Decreto N° 473 de 18 de marzo de 2019, reconociendo el derecho al ascenso de grado en favor de aquellos funcionarios que cumplieran con los requisitos exigidos en los artículos 51, 52 y 53 de la Ley N° 18.883, entre los cuales se encontraba la recurrente, quien se ubicaba hasta ese momento en el grado 11° del Escalafón Profesional. De esta manera, la actora ascendió al grado 9° del mismo estamento a partir del 1 de enero de 2019.

A continuación, hace presente que, en la nueva Planta Municipal, se crearon dos nuevos cargos grado 8° en el Escalafón Directivo, uno para ser proveído como cargo de exclusiva confianza del Director de Seguridad Pública; y otro sin requisitos específicos. En este contexto, se dictó el Decreto Alcaldicio N° 591 de 8 de abril de 2019, que nombró en dicho cargo genérico a don Jorge Sepúlveda Fuentes, quien hasta ese momento estaba encasillado en el estamento profesional, ascendiendo, por tanto, al escalafón directivo, puesto que esta persona cumplía con todos los requisitos exigidos por la ley. Posteriormente, mediante Decreto Alcaldicio N° 592 de 8 de abril de 2019, la actora fue ascendida al grado 8° de la Planta Profesional, a contar del 1 de abril de dicha anualidad.

Expone que, a consecuencia de una reclamación efectuada por algunos funcionarios del municipio, la Contraloría Regional del Maule por dictó el Oficio N° 5.389 de 25 de julio de 2019, en el cual concluyó que el ascenso del recurrente no se ajustaba a derecho, ordenando a la Municipalidad de San Javier la adopción de *las medidas que permitan regularizar la situación en comento, sujetándose estrictamente al escalafón vigente a la fecha de la vacante, que en la especie corresponde a aquel aprobado mediante decreto N° 1.525, de 2018.*

Explica que fue en estas condiciones en que se dictó el Decreto Alcaldicio N° 1576 de 12 de agosto 2019, siendo evidente que se limitó a dar cumplimiento a lo ordenado por la Contraloría Regional del Maule, retrotrayendo y dejando sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 592 que había promovido a la recurrente. Por último, subraya que el acto impugnado se encuentra suficientemente fundado, razones todas por las que pide el rechazo de la presente acción constitucional.

TERCERO: Que, según se lee en el recurso de apelación, el principal sustento de la pretensión del recurrente radica en la infracción del artículo 53 de la Ley N° 19.880, toda vez que la Municipalidad de San Javier, en lugar de ejercer la potestad invalidatoria de la que se encontraba investida, se limitó a dejar sin efecto

el Decreto Alcaldicio N° 592 por medio de una resolución revocatoria, potestad que resultaba improcedente, por no reunirse en la especie los presupuestos establecidos en el artículo 61 del texto legal citado.

CUARTO: Que, en este estadio, aparece necesario consignar el tenor de la disposición cuya infracción se denuncia, esto es, el artículo 53 de la Ley N° 19.880: *Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.*

Por su parte, resulta útil atender a lo que dispone el artículo 61 de la ley citada, inserto en el párrafo 4° denominado “De la revisión de oficio de la Administración”: *Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado. La revocación no procederá en los siguientes casos: a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente; b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.*

QUINTO: Que esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, que no cabe confundir el ejercicio de la potestad de invalidación con la potestad revocatoria de la que se halla investida la Administración.

En efecto, por medio de la potestad invalidatoria la Administración –de oficio o a petición de parte– puede y debe retirar los actos administrativos irregulares, contrarios a derecho, pero con dos importantes limitaciones: a) Debe hacerse previa audiencia del interesado, es decir, es necesario oír a quienes puedan verse afectados con la invalidación del acto; y b) No puede ejercerse la potestad invalidatoria si han transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar. Este último plazo es de caducidad y no de prescripción, toda vez que la potestad de invalidación se agota con el hecho objetivo del transcurso del tiempo, sin que pueda alegarse o invocarse la existencia de causales de suspensión o interrupción del plazo, que el legislador de la Ley N° 19.880 no ha considerado.

Por su parte, la facultad de revisión contemplada en el artículo 61 del mismo texto legal se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de los actos administrativos y de extinción –total o parcial– de sus efectos jurídicos, la revisión supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general. Sin embargo, su ejercicio posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–” (Corte Suprema, Rol N° 4800-2007).

SEXTO: Que, como se aprecia, resulta evidente que si la Municipalidad de San Javier, en cumplimiento a lo ordenado por la Contraloría Regional del Maule, estimó que había incurrido en una ilegalidad al dictar el Decreto Alcaldicio N° 591 de 8 de abril de 2019, que nombró en un cargo grado 8° al recurrente y lo ascendió al Escalafón Directivo, lo que procedía era iniciar un procedimiento de invalidación en el que se otorgara al interesado la posibilidad de ser oído.

SÉPTIMO: Que, de la manera en que se reflexiona, aparece que el acto impugnado es ilegal y arbitrario, al contravenir lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, vulnerándose con ello la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en cuanto se ha dado a la recurrente un trato distinto de aquel que se ha entregado a otras personas que se han encontrado en una situación análoga, circunstancia suficiente para acoger el recurso de la manera que se dirá.

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 siete de noviembre de dos mil diecinueve y, en su lugar, *se acoge* el recurso de protección deducido por doña Katherine Judith Luna Oviedo en contra de la Municipalidad de San Javier, solo en cuanto se deja sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 1.576 de 12 de agosto de 2019, en la parte que se refiere a la recurrente, y se ordena a dicho municipio iniciar un procedimiento de invalidación del Decreto Alcaldicio N° 592 de 8 de abril de 2019, dando estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pierry.

Rol N° 39.182-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por las Ministras Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G, y Sr. Pedro Pierry A.

COMENTARIO

Sólo pretendo unas breves observaciones sobre un aspecto de este fallo, en un tema que judicialmente no suele haber sido muy trabajado por los tribunales, desde que han adoptado sin mayor rigurosidad la visión contralora.

Esta visión viene siendo afirmada sin alteraciones de fondo desde 1966, año en que por su Dictamen 89.271, de 1966, la Contraloría General de la República, siguiendo una construcción italiana y vía Jornadas Chileno-Uruguayas/Montevidео 1958, definió la “revocación” como una de las formas de extinción de las decisiones de la autoridad administrativa expresadas en decretos o resoluciones por medio de la cual la autoridad que la dictó la deja sin efecto por acto posterior de contrario imperio “por ser contraria al interés público, en general, o específico de la entidad emisora del acto”. Ese ser “contrario al interés público” se debe

a que por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes el acto que ha sido dictado en conformidad a Derecho “deviene” “inconveniente” a dicho interés, según la autoridad que lo dictó. Esta modalidad de extinción, como se advierte, se contrapone en la conceptualización contralora a la llamada “invalidación” en la que el acto que se deja sin efecto lo es en razón de haber sido emitido en contradictoriedad a Derecho¹.

Sólo me detendré en cuanto el fallo supremo *Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier* se refiere en su considerando 5° a la “revocación”, retomando la posición contralora pero olvidando enteramente (o pasando de largo...) que esa visión ha venido a ser bien alterada o, más bien, incluso derogada por la ley 19.880 al regular el tema, disposición legal que, obviamente, prima sobre un Dictamen contralor que es un mero acto administrativo y sobre su jurisprudencia. Ciertamente, sí, que en este caso el fallo entiende bien que no se trata de un caso de revocación como creyó la autoridad municipal recurrida sino que de una “invalidación”, por lo cual acogió la pretensión del actor. Pero lo dicho por el tribunal respecto de la revocación –según nuestro análisis– hoy no resiste coherencia con el artículo 61 mencionado.

En efecto, esta disposición sin definir lo que es la revocación y ni siquiera indicar las causales que la harían aplicable, parte señalando en su inciso 1° que “Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiera dictado”, agregando su inciso 2° que “La revocación no procederá en los siguientes casos”, y los enumera en sus letras a), b) y c).

No deja de sorprender en una ley de una república (gobierno bajo el Derecho y no sobre él) que se afirme tan oronda que los actos administrativos puedan ser revocados como si no produjeran efectos jurídicos (que es lo propio de ellos, y efectos que son directos y “bilaterales/afectan tanto a su autor y su destinatario) una vez notificados (o publicados, si son de efectos generales) y sin advertir, ni mínimamente, que esos “efectos jurídicos” son “bienes” conforme a lo prevenido por la propia Constitución Política de la República, “bienes” que se incorporan al patrimonio de sus destinatarios y son “derechos” (u “obligaciones”) y que lo integran (artículo 19 N° 24 inciso 1°), o sea, esos destinatarios tienen un “derecho de propiedad” sobre ellos (como “bienes incorporales” que son) del que no pueden ser privados sino en la forma expresamente determinada por dicha Constitución, es decir, por una expropiación por causa de utilidad pública o interés social así declarada por ley general o especial y mediando siempre la indemnización correspondiente, en dinero y al contado, por el daño efectivamente causado (artículo 19 N° 24 incisos 3° a 5°).

Pero la declaración que hace el artículo 61, inciso 1° de la Ley 19.880 no ha de extrañar porque desde fines del siglo 19 algunos abogados de la Dirección del Tesoro, que tenía por aquella época a su cargo la defensa fiscal (organismo que originará el Consejo de Defensa Fiscal, hoy Consejo de Defensa del Estado), sostenían que los actos de la Administración eran “esencialmente revocables”, pretensión insólita en un régimen de Derecho, que fue fuertemente criticada por

¹Sobre revocación vid. últimamente, Juan C. Flores Rivas, *La potestad revocatoria de los actos administrativos*, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte 2007/N° 1, 199-222, y nuestro *Sobre algunos aspectos de la llamada potestad revocatoria de los actos administrativos* (artículo 61 Ley 19.880), en *Ius Publicum* 40/2018, 83-98.

la Fiscalía del Tribunal de Cuentas la cual en una “Vista Fiscal”/Dictamen, de 17.4.1894, calificaba dicha pretensión de “error vulgar”². Cuando se conocen estos antecedentes no extraña que la Contraloría General de la República haya hecho suya esa pretensión elevándola a “principio general del derecho administrativo chileno”, como lo afirma sin rubor intelectual alguno en su D 9.747, de 10.2.1964, que tengo a la vista.

Esta afirmación, tan propia de un régimen tiránico, pareciera no advertirse, al sostenerla, que ella conlleva el que los actos administrativos sean esencialmente precarios en sus efectos y no adquieran jamás el carácter de estables, de definitivos, de firmes, lo que contraría, de suyo, la Constitución y tanto o más grave es que esos efectos que producen quedan entregados a la “discreción” y “arbitrio” o mero “capricho” de la autoridad de turno, sin existir seguridad jurídica alguna respecto a su estabilidad, y quedando las personas destinatarios de ellos a la merced, como “siervos”, del o los jefes de turno³.

Pues bien, si se analiza en profundidad el inciso 1º en relación con el inciso 2º del mencionado artículo 61, la conclusión puede parecer sorprendente a primera vista pero enteramente lógica.

En efecto, a pesar de la amplitud enorme que aparece en el inciso 1º para que la autoridad administrativa ejerza esa pretendida potestad revocatoria, su inciso 2º, a través de cada una de sus tres letras la ha dejado inoperante. Véamoslo.

Su letra a) reconoce que no procede la revocación respecto de actos administrativos, sean declarativos o creadores de derecho adquiridos “legítimamente”. ¡Eureka! La ley habla de actos administrativos que producen “derechos adquiridos”, lo que es notable, ya que ni siquiera esta expresión aparece en el lenguaje de la jurisprudencia contralora, y agrega que hayan sido adquiridos de acuerdo a Derecho. Vale decir que el acto emitido conforme a Derecho origina *derechos adquiridos*, acto y efecto (derechos) *que no podrán ser eliminados*. De partida, se excluye el pretexto de las causales de “inconveniencia” o “inoportunidad” para recurrir a la revocación del acto, por cambio de circunstancias. El acto dictado en conformidad a Derecho resulta estable e irrevocable.

Su letra b) dispone que tampoco procede la revocación en aquellos casos en que “la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos”, como v. gr., si se ha dispuesto la “caducidad”. Es evidente que allí no cabe invocar

²El Dictamen de 1894 puede verse en *Dictámenes*. Imprenta La Ilustración. Santiago de Chile. 1923, 75-76. Sobre lo insostenible y absurdo de afirmar que la revocabilidad de los actos administrativos es de su esencia, véase la magistral explicación de M. Marienhoff en su *Tratado de derecho administrativo*. (5 vols.). Abeledo Perrot. Buenos Aires, vol. 2 (1972), 578-582, quien afirma que tal pretensión “es irrazonable” (582), lo que quiere decir “contrario a la razón”; así de directo; pero, sin embargo, aún la Contraloría lo sostiene...

³Respecto de la “invalidación”, La Ley 19.880 en su artículo 53 puso un plazo (muy claro de “caducidad”) de dos años contados desde la notificación o publicación del acto para que su autor pueda dejarlo sin efecto por estimar que lo dictó vulnerando el Derecho. Debe señalarse que causa vergüenza leer en la historia fidedigna del establecimiento de esta ley cómo se llegó a esos “dos años”, lo que lo hemos descrito en nuestro *La Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos ¿Aleluya o miserere?*, en La Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, el punto en 100 nota 33, ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 343 nota 33.

la revocación para extinguir el acto administrativo; si tal si hiciere, aparece obvia la nulidad de tal decisión.

Por último, su letra c) dispone que tampoco es procedente la revocación “Cuando por su naturaleza la regulación legal del acto impida que sean dejado sin efecto”, caso que lo veo cuando se produce el llamado “agotamiento de la competencia”, como sucede, *v. gr.*, en el procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo con el acto-trámite de la “toma de razón” contralora de un decreto o resolución, que queda firme e irrevocable en el mismo instante en que se “toma razón” porque con ello queda agotada la competencia del órgano contralor.

Para terminar, no podemos menos que concluir, ya con fundamento legal expreso, que los actos administrativos dictados en conformidad a Derecho, sean declarativos o creadores, *producen derechos adquiridos en sus destinatarios*, y si tales son sus efectos quiere decir que no hay revocación posible, siendo, en consecuencia, enteramente falsa la afirmación contralora y que, tal vez, sin mayor estudio ni rigor intelectual, la Corte Suprema suele admitir –como lo ha hecho en *Luna Oviedo*– de ser esencialmente revocables los actos administrativos, lo que venimos sosteniendo desde cerca de 40 años⁴, por ser ello contrario a la Constitución y ahora contrario a la ley que regula el procedimiento de elaboración de los actos administrativos (artículo 61).

EDUARDO SOTO KLOSS

⁴Vid. nuestro *Derecho público y derechos adquiridos, réquiem para una ineptia doctrinaria*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 13-23.

SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO (8.6.2020)

Reclamación de filiación de hijo de dos personas del mismo sexo femenino

Santiago, ocho de junio de dos mil veinte.

VISTOS:

Comparece doña XXXX, chilena, conviviente civil, cientista política, cédula nacional de identidad N° XXXX, domiciliada en XXXX, comuna de XXXX, quien dedujo demanda de reclamación de filiación en representación legal de XXXX, cédula nacional de identidad N° XXXX, de su mismo domicilio; en contra de doña XXXX, cédula nacional de identidad N° XXX, chilena, conviviente civil, archivera, del mismo domicilio.

Se llevó a efecto la audiencia preparatoria con la asistencia de las partes y ratificada la demanda y contestación, se fijó el objeto del juicio y los hechos a probar. Se encontraban presentes además la Consejera Técnica XXXXX, y el curador ad litem del niño XXXX. En la audiencia de juicio se incorporó la prueba ofrecida, y se dictó veredicto.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La demandante hace presente en su demanda que con la demandada XXXXX, mantienen una relación de pareja hace 8 años, y en diciembre de 2015 suscribieron el Acuerdo de Unión Civil, tras su entrada en vigor en octubre de ese año. Las razones para contraerlo fueron varias: la primera, que este instrumento otorga el reconocimiento de parte del Estado, a su relación de familia y que se les brinda la protección jurídica patrimonial; una segunda razón fue la oportunidad de hacer una ceremonia formal, con un oficial civil y su familia y amigos cercanos. En particular, pensaron que, dada la avanzada edad de sus padres, era el momento para contar con la presencia de todos en una instancia de compromiso expreso entre ellas y de hecho así fue, pues poco después falleció la madre de XXXX. La ceremonia significó para ella la oportunidad de celebrar junto a ellas y estar feliz por su hija; este hecho es muy significativo porque el apoyo de sus padres también fue un recorrido, así como lo ha sido para nuestro país un proceso para ir avanzando en materia de igualdad. Así, podrían definir su unión civil y su nuevo estado civil de “convivientes civiles” como parte de sus años juntas en que han logrado acumular grandes experiencias y algunos bienes; y por eso pactaron comunidad de bienes. Esto trajo como consecuencia, por ejemplo, que ninguna pueda comprar o vender ningún bien desde la fecha del acuerdo de unión civil, sin el consenso de la otra. Así sucedió cuando la demandada quiso comprar una moto: el Registro Civil exigió la presencia de ambas en la factura para realizar la primera inscripción. Su vida juntas, el amor que se tienen y las ganas de compartir la alegría de sus vidas, el compromiso que han contraído, las experiencias y su felicidad las hizo ir por un gran desafío, como lo es tener un hijo en conjunto. Primero, como toda

gran decisión partió en un plano onírico, con una simple pregunta: ¿te imaginas un niño en nuestro hogar? Con toda la ilusión y el miedo, como todos quienes se plantean procrear: ¿seremos capaces? Las ganas de que sea parte de sus vidas, de entregarle el amor y trascendencia de sus historias familiares, su abuelo XXXX migrante italiano, su abuelo XXXX historiador y sus madres construyendo un espacio para su existencia. De esta manera la primera cosa para darle viabilidad a su anhelo era averiguar si era factible y en agosto de 2016 consultaron al médico XXXX, especialista en fertilidad de la clínica IVI, sobre la posibilidad de concebir a un hijo/a en común. Dado sus historiales médicos, quien podía someterse a la reproducción asistida era XXXX, dado que XXXX se sometió a una histerectomía total hace algunos años. Desde que se iniciaron las consultas en agosto, fueron juntas como familia a cada una de las citas y procedimientos que se requirieron para llegar al momento de la “transferencia” tal como se denomina el momento de la implantación del blastocito en el útero que lo cobijará y le permitirá llegar a nacer. Vale la pena destacar la emoción que sintieron en ese momento y la ilusión que compartían. El resultado lo sabrían dos semanas después con los exámenes de sangre; cuando el doctor la llamó para indicarle el resultado positivo, compró un chupete, fue a buscarla a su oficina y se lo puso en el escritorio a modo de sorpresa. Fue un momento tan bello y mágico, lleno de complicidades: serían madres. Este momento inició todos los demás momentos llenos de sorpresa y magia de ver como su hijo se iba desarrollando, las primeras ecografías para ver que se formara el corazón, los ojos emocionados de XXXX al ver un punto diminuto latir y luego ir desarrollando su cuerpo, pasar de blastocito a embrión y luego feto. Ese camino las hizo encontrar personas maravillosas, recibieron profesionalismo y profundo respeto a su familia. También las hizo sorprenderse y alegrarse con la reacción de los amigos y particularmente de sus familias. Fue así como llegaron a la fecha de parto –XX de septiembre de 20XX– y XXXX estuvo acompañándola en su cesárea y preparada con la matrona a su cabeza esperando a su hijo que nombraron XXXX en homenaje a sus dos abuelos. En efecto, la familia que conocerá y conoce XXXX como propia es la XXXX y la XXXX, que son los apellidos con que fue inscrito. Sin embargo, legalmente solo tiene vínculo con el XXXX, dado que no se le quiso reconocer a XXXX su maternidad, a pesar de haberse sometido como familia a la técnica de reproducción asistida. XXXXX pertenece a estas dos familias, pese a no tener la filiación determinada respecto de su madre que no lo gestó. XXXX tiene sus primos de XXXX, sus tíos y tías que lo visitan y reconocen y tiene toda la vinculación y amor de ellos; pero no tiene su protección oficial, lo que lo priva de todo lo que conlleva el reconocimiento legal de un hijo y, a pesar que XXX es la persona que compone la familia en la que nació, XXXX actualmente tiene el apellido XXXX, pero no tiene la protección legal en relación con la mitad de su pertenencia familiar, que es lo que todos los otros niños reconocidos tienen. XXXX fue concebido en el seno de una familia reconocida por el Estado que debe inscribir en conjunto un bien como una moto, pero que no puede inscribir en conjunto su único hijo. Esta situación, tal como se expondrá a continuación, vulnera sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución y deja a su hijo en una situación de extrema vulnerabilidad, por el solo hecho de nacer en el seno de una familia lesbomaternal. Por todo lo anteriormente señalado, es que decidió entablar acción de reclamación de filiación en contra de su conviviente civil; en representación legal de su hijo, en consideración a que la situación en que

se encuentra vulnera directamente su interés superior y su derecho a la identidad, sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la igualdad ante la ley, y su integridad física y psíquica.

En cuanto al derecho, señala que junto a XXXX y a XXXX, conforman una familia, mantienen una relación de pareja hace 8 años y en diciembre de 2015 suscribieron el Acuerdo de Unión Civil; ya que este instrumento otorga el reconocimiento de parte del Estado a nuestra relación de familia y que se les brinda la protección como tal. Además, hace presente, y desarrolla el Derecho a la vida familiar y su protección, al derecho a la identidad, y el Interés superior del niño. Además, sostiene la existencia de un vacío legal, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se habrían regulado íntegramente las técnicas de reproducción asistida. La única norma que se refiere al respecto es el artículo 182 del Código Civil, el cual señala que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”., pero con el objeto y fin de resguardar los derechos fundamentales de las partes involucradas, se debe realizar una interpretación integradora de la Constitución, y el juez cuenta con métodos y fuentes subsidiarias como la equidad, los principios generales y la analogía jurídica. Señalando que la falta de normativa vigente que regule los derechos filiativos de los niños/as nacidos en una familia homoparental, provoca una vulneración en los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que las componen. Así existe una vulneración expresa en ciertos derechos, como el de igualdad ante la ley, considerando su diferencia con la realidad existente en niños/as nacidos en familias con padres de distinto sexo; el derecho a la protección de la familia, como misión y obligación del Estado; el derecho al reconocimiento de su identidad, en concreto, respecto a su identidad familiar. La normativa internacional, con la Convención sobre los Derechos del Niño, establece el derecho a los niños/as de conocer a sus padres; y la legislación nacional, por otro lado, las herramientas existentes para poder determinar la paternidad o la maternidad de las personas. Son señales claras de un interés preponderante, que busca el reconocimiento y la protección de las familias desde sus orígenes, sin importar en momento alguno su composición. Ese objetivo hoy no se cumple en una cantidad considerable de niños/as, que por el solo hecho de no nacer en una familia heterosexual, quedan en la completa vulnerabilidad.

Señala también que cumple con todos los requisitos establecidos por la ley para interponer la acción de reclamación de maternidad en filiación no matrimonial en contra de la demandada antes individualizada. En efecto: 1. Legitimación activa: En relación con la titularidad de la acción, esta es deducida por la madre inscrita del niño XXXXX, XXXXX, según se acredita en el primer otrosí, en el certificado de nacimiento y en calidad de representante legal, y en su único interés; en los términos del artículo 205 del Código Civil. 2. Legitimación pasiva: El artículo 183 del Código Civil señala que la maternidad queda determinada por el parto, y en los demás casos, por el reconocimiento o por sentencia firme en juicio de filiación. En este caso, la maternidad de solo una de las madres (la de XXXXX), ha quedado determinada a través del parto; sin embargo, la maternidad de su conviviente civil, XXXX, mujer con la que constituyen familia que en conjunto se sometieron a la técnica de reproducción asistida con un proyecto filiativo común, no ha sido inscrita, por lo que, por el interés superior de su hijo, busca que quede determinada a través de la presente acción, tal como lo señala el artículo 183 del

Código, por lo que solicita declarar la admisibilidad de la acción de reclamación de maternidad en filiación no matrimonial en contra de XXXX, ya individualizada, acogerla a tramitación y en definitiva declarar comaternidad que le corresponde a la demandada sobre el niño, ordenando al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar todas las diligencias, inscripciones y subinscripciones que en derecho correspondan, proceder a efectuar los trámites correspondientes para regularizar esta situación ante todas las entidades pertinentes.

SEGUNDO: La demandada, contestando dentro de plazo, señala que efectivamente tiene una relación con la demandante, desde hace más de 9 años, y en diciembre del año 2015 suscribieron Acuerdo de Unión Civil. Es cierto que las razones para contraer dicho acuerdo fueron: el reconocimiento de parte del Estado a su relación de familia, lo cual les brinda protección jurídica; y la oportunidad de hacer una ceremonia formal encabezada por un oficial del Registro Civil, acompañadas por su familia y amigos cercanos.

Como indica la demandante, el amor que existe entre ellas, las motivó a tomar el gran desafío de tener un hijo en conjunto. En agosto del año 2016 consultaron de forma conjunta con el médico XXXX, especialista en fertilidad de la Clínica IVI sobre la factibilidad de concebir un hijo, a pesar de la edad de XXX. Nunca se pensó que ella fuera quien se sometiera a este procedimiento, atendido su historial médico, además de ser XXXX más joven. Ese mes de agosto fue crucial en sus vidas, comenzaron el proceso de la reproducción asistida, realizaron todos y cada uno de los procedimientos y citas de manera conjunta, hasta llegar finalmente a la “transferencia” forma en la que se denomina al acto en que se implanta el blastocito en el útero que lo cobijaría. Luego debían esperar dos semanas, y luego de un examen de sangre sabrían si había resultado. Ese día, XXXX llegó radiante hasta su oficina con un chupete, y lo puso en su escritorio, de modo que lo encontrara sorpresivamente, lo cual indicaba que estaban embarazadas.

Desde que supieron que su hijo venía en camino, comenzaron a recorrer un camino lleno de momentos muy significativos. El día XX de septiembre del año 20XX nace XXXX, nombrado de esa manera en homenaje a sus dos abuelos. Ese día estuvo presente en la cesárea, acompañando en todo momento a XXXX, para poder recibir de manera conjunta a su hijo. Sin perjuicio de que XXXX fue nombrado con los apellidos XXXX y XXXX, pareciera que XXXXX es simbólico. Efectivamente, hoy no existe un reconocimiento de carácter filiativo que lo vincule a ella. Su hijo fue concebido en el seno de una familia que es reconocida por el Estado, pero que no puede inscribir de manera conjunta a su hijo. Esta situación vulnera de manera grave el interés superior de este niño, su derecho a la identidad, sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar, y su igualdad ante la ley, tanto como niño y como hijo. Por los motivos descritos, considero que la reclamación de filiación interpuesta en su contra es totalmente justificable.

Señala con fundamentos de derecho, la Constitución Política del Estado, Convenciones Internacionales, y el artículo 182 del Código Civil. También hace presente fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Indica que al no reconocer el vínculo filiativo que la une con su hijo XXXXX, se le está negando todo el catálogo de derechos que le reporta ser hijo de una familia, en vez de una sola persona. Su hijo no podrá nunca demandarla de alimentos, ni podrá exigir una relación directa y regular. Tampoco podrá exigírselo a la familia XXXX,

que lo considera uno de los suyos. Si él se enferma y XXXX no está, no tendrá derecho a informarse ni decidir su tratamiento. No tendrá el derecho preferente a educarlo. No tendrá él, tampoco, el derecho a decidir las exequias de su cuerpo; ni será su heredero legítimo. Para la ley no será su hijo, aunque lo es desde el primer instante en que estuvo alojado en el útero de XXXX, y lo ha sido cada día que ha crecido en su hogar. Lo seguirá siendo en el futuro, porque siempre será su hijo. Finalmente, comenta la opinión consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se estableció que en razón del derecho a la honra y la dignidad, del derecho a la protección a la familia, y de la igualdad ante la ley, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos [...], para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. La conclusión más importante a la que llega la Corte es que “la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”. Como lo dijo la demandante en su libelo, no hay normas en nuestro derecho sustantivo que establezcan formulas taxativas de filiación, es decir, la construcción exclusivamente heterosexual de la filiación se extrae de un ejercicio interpretativo, especialmente cuando ya no existen deberes diferenciados entre “padres” y “madres”. Las normas de filiación admiten una interpretación que da solución a esta acción de reclamación de maternidad y protege de manera efectiva el interés superior de su hijo. Por lo que pide tener por contestada la demanda de reclamación de filiación, interpuesta en su contra, ordenando que se realicen las gestiones y oficios necesarios, para que en definitiva se le reconozca a XXXX su calidad de hijo, y a ella su calidad de madre.

TERCERO: Que se fijó como objeto de Juicio el conocer de la demanda de reclamación de maternidad, y como hechos a probar:

- 1.– Filiación actual del niño XXXXX.
- 2.– Vínculo entre la demandante y la demandada.
- 3.– Proceso y participación de ambas partes en procedimiento de reproducción asistida.
- 4.– Vínculo entre el niño XXXX y la demandada.

Considerandos 4º a 7º referidos a la prueba, se eliminan dada su extensión

OCTAVO: Que, con la prueba incorporada, se tienen por acreditados para el tribunal, los siguientes hechos, valorados según las reglas de la sana crítica, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados:

- 1.– Las partes XXXXXX, y XXXXXX, tienen una relación sentimental y de pareja desde hace 9 años, el estado civil de ambas es convivientes civiles, ya que

contrajeron acuerdo de unión civil con fecha XX de diciembre de 20XX, inscrito con el Numero XX de la Circunscripción de Providencia, del año 201XX. En el acto de la Celebración pactaron régimen de comunidad de bienes. Esto se encuentra acreditado con la declaración de los y las testigos, la declaración de parte, el informe social, y el certificado de unión civil. Los testigos dan cuenta del inicio de esta relación de pareja, su evolución, y su mantención en el tiempo. La perito social señala: las partes inician una relación de pareja en el año 2010, luego de tener una amistad que inicia en el año 2004. Comienzan un proyecto común que las lleva a celebrar el Acuerdo de Unión Civil. De ello, se observa que el vínculo entre las partes ha sido un proyecto sólido que se refleja además en los discursos testimoniales de quienes forman parte de dicho proyecto, como don XXXXXX cuando señala que conoce a las partes, que son una familia. El indicó que ha visto la evolución de la relación desde el noviazgo al casamiento. Asimismo, se destaca lo expresado por el testigo, XXXXXX quien señaló que es hermano menor de XXXX, y que conoce a la señora XXXX hace 8 a 10 años, la reconoce como la señora de su hermana.

- 2.- Ambas decidieron en conjunto formar una familia, conformada no solo por ellas, sino tener un hijo o hija. Es la misma señora XXXXX quien en su declaración de parte, expresa: “siempre concebimos tener una familia, tener hijos y ocuparnos de nuestras familias cercanas, padres hermanos, una vida integrada por nuestras familias, y no solas”. Esa decisión también la conocieron sus cercanas, así el testigo XXXXX indica “Ellos sabían que ellas querían tener un hijo en común, y su madre antes de morir también lo supo, pero lamentablemente no lo alcanzó a conocer”, la testigo XXXXXX, señala “supo desde el comienzo su intención de ser madres en conjunto”.
- 3.- Ambas participaron en forma conjunta en el proceso de fertilización asistida: El informe emitido por el doctor XXXXX, Ginecólogo, clínica IVI, de fecha 2 de agosto de 20XXX, hace presente que “A inicios de agosto del año 2016, la pareja formada por la Sra. XXXX y la Sra. XXXX consultaron por primera vez en Centro IVI de Santiago de Chile, para analizar la posibilidad de someterse a la técnica de reproducción asistida con la finalidad de lograr un embarazo. De las dos mujeres solo la Sra. XXXX podía ser susceptible de un tratamiento de reproducción asistida debido a que la Sra. XXXX tiene antecedentes de una histerectomía total. Durante la consulta de ingreso a esta pareja se confecciona la Historia Clínica de paciente y se les explico a ambas las técnicas de reproducción asistida que se le podía aplicar a la Sra. XXXX, considerando su historial médico y edad. Tras considerar las posibles opciones y tras estudiar entre ellas la decisión más conveniente, la pareja se decantó por un tratamiento de reproducción asistida. Durante el período de preparación para este protocolo de reproducción que fue aceptado libremente por la paciente y por su pareja la Sra. XXXX, constatamos que la Sra. XXXX fue acompañada en todo momento por la Sra. XXXX tanto en las controles y procedimientos que requería, al tratarse de un proyecto reproductivo común. De igual forma, también en el momento en el que se realizó la transferencia embrionaria a la Sra. XXXXX estuvo siempre acompañada por la Sra. XXXX que tuvo una participación activa y cercana en el procedimiento clínico. Ambas mujeres la Sra. XXXXX y la Sra. XXXX acudieron a la Clínica IVI Santiago para consultar

el resultado del examen que determino que la paciente estaba embarazada. Asimismo, ambas concurren para recibir las indicaciones médicas, controles ecográficos y la explicación de los fármacos a administrar”. El médico en su declaración como testigo experto, profundiza en lo señalado en su informe, argumentando que desde la primera consulta y hasta el final exitoso del procedimiento siempre atendió a ambas partes.

- 4.– Ambas compartieron el tiempo de embarazo y nacimiento de XXXX: Doña XXXX, señala en su declaración ante el Tribunal: “Ella vio el momento en que el blastocito fue implantado en el útero de su pareja, ese momento no se ve habitualmente. Ambas sintieron que ese niño iba a vivir. Cuando supieron que ya estaba embarazada fueron a contarle a su familia, y su hermano le dijo que suponía que también se llamaría XXXX como es tradición en la familia de XXXX. El embarazo fue con algunas molestias. El día que nació su hijo fue el mejor día de su vida, nació por cesárea, atendida la edad de la madre gestante. Estaba ella, su médico y su matrona. Estuvo toda la familia acompañando”. La testigo XXXX hace presente que ella estaba en la clínica, cuando nació el niño, y la primera vez que lo vio, a través de una ventana, fue en los brazos de su madre XXXX.
- 5.– El nacimiento del niño XXXXX, consta en su Certificado de Nacimiento, que indica que ocurrió el XX de septiembre de 20XX, a las 12:53 horas, de sexo masculino, run XXXX, inscrito en la circunscripción de Providencia, con el número XXXX del año 20XX. Nombre de la madre: XXXXXX. No se consigna otro progenitor.
- 6.– En cuanto al vínculo entre XXXX y XXXX, los testigos en forma contestes lo describen como de madre e hijo, la perito social destacó que este es un vínculo materno, atento, donde la madre mantiene una simetría con el hijo observándose en sus estilos de respuesta ante las necesidades del niño, las respuestas son de respeto y de protección. Asimismo, señala que la madre XXXX integra un nivel de diálogo con él, acorde a su edad y necesidades, siendo lúdica y generando distintas interacciones en un aprendizaje mutuo. Por su parte, doña XXXXX, educadora de Párvulo, expresó que la señora XXXX, fue quien participó en la adaptación de XXXX en el jardín, todas las tardes apoyando el proceso, observando que ella es su referente de confianza y tranquilidad en el mundo, ejemplificando que cada vez que XXXX sentía temor iba a los brazos de XXXX o cuando él lloraba iban a buscarla y cuando ella llegaba a él le cambiaba la vida, se relajaba. Respecto de lo que la profesional observó como educadora, expresa que el vínculo es muy cercano, muy afectuosa, XXXX es la mamá de XXXX. Agregó que XXXX es una mamá preocupada comprometida con el hijo y la educación de este. Desde su disciplina, concluye que “XXXXX es un niño lleno de cariño, feliz, y tiene dos madres, habiendo mucha preocupación incluso mucho más que otros niños del jardín infantil. No existiendo ninguna diferencia con otras familias todo lo contrario ojalá muchas familias fuesen así de persistentes”. La testigo XXXXX indica: “En el verano, XXXX (XXXX) estuvo como un mes afuera, y XXX fue con XXXX a visitarla, y había dos perros, y XXXX todo el rato estuvo explicándole como acercarse a los perros, y al final él lo hizo. Él confía en ella. Cuando nació XXXX, XXXX mostraba un orgullo, ella siempre preocupada de que XXXX escucha, que aprenda, si algo a él le gusta, ella se

aprende todo lo relacionado con eso para explicarle, tiene más delicadeza y más detalles en la relación con su hijo. A XXXX le importa mucho ser una buena mamá, estar a la altura de su hijo”.

NOVENO: A partir de los hechos que se dan por probados, y analizándolos en su conjunto, y considerando la interdependencia entre estos, es necesario dilucidar si todos ellos, hacen que estemos o no, ante una familia, y si es así, cuál es la protección que el derecho les otorga: dos mujeres unidas legalmente por un Acuerdo de Unión Civil, ambas participan en forma conjunta en técnica de reproducción asistida, nace un hijo, que legalmente solo es hijo de una de ellas, ambas lo crían y educan, y así son reconocidas y apoyadas por su entorno familiar y social. ¿Es eso una familia?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su art. 23, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en su art. 17.1, reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y establecen tanto al Estado como a la sociedad el deber de protegerla; es decir, los tratados internacionales sobre derechos humanos no consagran un modelo de familia. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interpretando el artículo 23 del PIDCP, sostiene que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia, pues éste puede diferir entre los Estados, incluso entre regiones de un mismo Estado. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Opinión Consultiva OC-21/2014, destaca que no existe un modelo único de familia, y su definición no debe restringirse a la pareja y los hijos, sino que también debe considerar otros parientes de la familia extensa con quienes se tengan lazos cercanos, los que pueden existir entre personas que no son jurídicamente parientes (párrafo 272).

En Chile tampoco existe una definición de carácter general de familia, pero distintas normas se refieren a ella, incluida la Constitución Política de Chile, que establece en su artículo 1° “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad... Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta”. En un comienzo se protegía solo la familia matrimonial; sin embargo, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 del año 2004, que estableció el divorcio vincular, se entendió que existían otros tipos de familias no basadas en el matrimonio, ya que el artículo 1° de dicha ley establece “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, es decir, si el matrimonio es la base principal de la familia pueden existir otro tipo de familias no basadas en el matrimonio (Benítez, Dinka, *Filiación y Mujeres Lesbianas, Estándares, derecho comparado y análisis del caso chileno*).

Evidencia el carácter dinámico del concepto de familia, la Ley N° 21.150, de 2019, que modifica la Ley N° 20.530, incorporando en su inciso 2° un concepto de familia, definiéndola como un “núcleo fundamental de la sociedad compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.

En particular, la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC) nació como una forma de proteger “otros grupos familiares”, además del matrimonial,

como lo señala el Mensaje Presidencial¹, y después de una ardua discusión, como señala el profesor Gabriel Hernández, finalmente queda perfilado como una figura de índole familiar²: comienza la ley señalando que el acuerdo tiene por finalidad regular los efectos jurídicos de la vida afectiva, que es la columna vertebral de la vida familiar, adicionalmente prescribe que el acuerdo crea un Estado civil, el de conviviente civil, atributo de la personalidad vinculado con las relaciones de familia. A mayor abundamiento, los conflictos a que dé lugar la convivencia civil deben ser sustanciados ante el tribunal de familia. En segundo término, rigen para el AUC y la situación jurídica que crea, buena parte de las prescripciones aplicable a los actos del derecho de familia, y sobre todo del matrimonio.

Sin embargo, la Ley N° 20.830, no reguló la situación de los hijos nacidos en una familia de convivientes civiles del mismo sexo. Como se ha manifestado la ley de acuerdo de unión civil no cubre la totalidad de los aspectos identitarios y relacionales del niño, en circunstancias que debe garantizarse su derecho a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que contribuyendo significativamente a su crianza y educación desee constituir formalmente tal relación familiar. De acuerdo con el Derecho Internacional de la Infancia, la institución que permita materializar esta relación debe implicar el reconocimiento de todos los derechos y deberes que nacen de la filiación. Los efectos de la filiación son fundamentales respecto del ejercicio y garantía del derecho a la identidad de los NNA (niños, niñas y adolescentes). Como dispone el artículo 8 de la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño, los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Salir del clóset: la necesidad del matrimonio igualitario y los límites del acuerdo de unión civil”, en Tapia Rodríguez, Mauricio; Hernández Paulsen, Gabriel (coordinadores), “Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil”, Santiago, Thomson Reuters, pp. 12 y ss.).

Asimismo, como bien lo señala el Profesor Mauricio Tapia en el informe en derecho acompañado: “Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.585, nuestro ordenamiento jurídico concebía al matrimonio como la única forma de constituir familia, influenciada por la religión católica, clasificando a los hijos en legítimos e ilegítimos, y estos a su vez en naturales e ilegítimos, otorgando mayores derechos y beneficios a aquellos nacidos dentro del matrimonio. Posteriormente, se dictaron una serie de normas que buscaban mejorar la posición de los hijos nacidos fuera del matrimonio, reconociéndose la situación desventajosa y discriminatoria que los afectaba. Finalmente, tras la dictación de Convenciones y tratados internacionales que buscaban proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del nacimiento, se dictó la Ley N° 19.585, cuyo objetivo y fundamento es la igualdad de los hijos, el interés superior del niño y el derecho a la identidad. El artículo 33 del Código Civil establece de manera expresa la igualdad entre los

¹Mensaje 156-359.

²Hernández, Gabriel, “Capítulo I. Valoración, aspectos destacados y crítica de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil”. En *Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil. Monografías*. Thomson Reuters.

hijos, sin discriminación en cuanto a la época o circunstancias de su nacimiento o condición de sus padres”.

Entonces surgen las siguientes interrogantes: ¿al privar el reconocimiento de hijo de ambas, se atenta contra dicho derecho a la igualdad? ¿de qué manera el ordenamiento jurídico nacional protege a esta familia? El deber del Estado chileno es otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan, y esforzarse por integrarlas a la vida nacional. Para ello, es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación.

Como se ha señalado, la hipótesis de una desigualdad ante la ley se expresaría en dos niveles: primero, una desigualdad entre la representación de familia que figura en el derecho y las formas familiares concretas, mientras que en un segundo nivel queda la consecuencia inmediata de la primera brecha, que muchas familias de facto no son consideradas como tales, lo que ocasiona problemas concretos en su vida cotidiana (Javier Cienfuegos Illanes, “Diversidad familiar y derecho en Chile: ¿una relación posible?”, *Revista de Estudios Sociales* N° 52 abril-junio de 2015, p. 170).

DÉCIMO: Con respecto a la acción, la demandante ha interpuesto la acción de reclamación de maternidad, y con respecto a su legitimidad para accionar, se aplica para estos hechos el artículo Art. 183 del Código Civil, que señala: “La Maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la MUJER que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la Maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”. Es decir, la maternidad de la demandante y que fundamenta su legitimación activa, quedó determinada por el parto. Y la situación de la demandada quedaría incluida en la posibilidad contemplada en la segunda parte, al indicar que, en los demás casos podrá ser determinada por sentencia firme en un juicio de filiación (incluso esta norma no es siquiera taxativa, toda vez que la maternidad también se establece por sentencia en un juicio de adopción, no de filiación). En el marco del derecho de acceso a la justicia del cual el tribunal es garante.

UNDÉCIMO: En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que señala que: “el padre y la Madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la Mujer que se sometieron a ellas”, agregando en su inciso 2° “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Este artículo señala que los padres del niño serán quienes se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la genética y/o biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2° el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, si la técnica ha sido heteróloga, la condición de donante de gametos no genera parentesco; y quienes han consentido en la

aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los progenitores biológicos. Esta norma del Código Civil protege la voluntad de tales progenitores de convertirse en tales. En esta norma se fundó la demandante para reclamar su maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, teniendo ambas voluntad procreacional, lo que también es confirmado por el médico tratante.

Si recurrimos a la historia de la Ley N° 19.585, durante la discusión en sala quedó establecido que el propósito de la norma no era regular integralmente las técnicas de reproducción asistida, porque existía otra iniciativa legal en trámite con tal fin; ello fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³. Así también lo señala el profesor Corral Talciani⁴. Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino solo regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al procedimiento, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

Frente a este vacío legal, y a objeto de resolver esta acción, resulta necesario observar el derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución. Es esta interpretación la que permite, dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente, el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, a la vida familiar y el interés superior del niño. A esta interpretación adhiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos de la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Asimismo, la forma en que se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión personal como de pareja (Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Serie C N° 257, sentencia, 28 de noviembre de 2012, párr. 272).

DUODÉCIMO: La norma del artículo 182 del Código Civil, debe ser integrada, en concordancia con el artículo 33 del Código Civil, ya mencionado, que establece que “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”. Como señala el informe en derecho incorporado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido esta norma como expresión del principio de igualdad de los hijos en materia de filiación. En efecto, durante la discusión parlamentaria del referido artículo se señaló que esta envolvía una “declaración de igualdad [que] reafirma la idea matriz de la ley de terminar con las discriminaciones entre los hijos en razón de su concepción o nacimiento, dejando de manifiesto en esa forma el sentido o espíritu que la anima”. En el mismo sentido, la doctrina ha sostenido

³ Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio 1998.

⁴ “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil” en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>

que “las diferencias establecidas entre personas en razón del nacimiento son discriminaciones arbitrarias, porque no son justificables ni razonables, y atentan contra el principio de igualdad.

Así, el primer derecho que debemos tener en cuenta, es el derecho a la igualdad, partiendo de la premisa, que si doña XXXXX, fuera hombre, podría reconocer voluntariamente a XXXXX, sin que sea necesario un vínculo biológico, social ni afectivo con el niño. Y si bien el artículo 182 del Código Civil se refiere al padre y la madre, este debe ser leído de tal manera que no atente contra el principio de igualdad de los hijos, del artículo 33, teniendo presente que data de antes de la ley de Acuerdo de Unión Civil y de la condena al Estado de Chile, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile, entre otras razones, por discriminación por orientación sexual.

La no aplicación del artículo 182 del Código Civil a este caso implica un doble atentado a la igualdad ante la ley: priva a XXXX del reconocimiento de sus derechos de hijo de XXXX (quien se sometió en conjunto con la demandante a la Técnica de Reproducción Asistida, y además afectiva, y socialmente es su madre), dejándolo en una situación de desventaja frente a otros niños, que hubieran nacido en las mismas condiciones, pero cuyos progenitores sean una pareja de distinto sexo, con orientación heterosexual. Y, además, viola el derecho a la igualdad ante la ley de la demandada, quien, a pesar de haber participado en un proceso de reproducción asistida junto a su conviviente civil, concurriendo en ella voluntad procreacional, no puede reconocer legalmente al hijo nacido gracias a tal procedimiento. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile: “para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada ‘fundamental y únicamente’ en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión... La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Cº. 94 y 111)”.

DECIMOTERCERO: Sobre el derecho a la identidad, la doctrina advierte una doble vertiente: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural (Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2015), así en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo) (Kemelmajer De Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y

sombras de un debate incómodo y actual”). La identidad del niño XXXXX está determinada por su origen y contexto familiar y social. Las personas que tomaron la decisión de traerlo a este mundo son demandante y demandada, ellas expresaron su voluntad procreacional, siendo esta tan importante que el legislador excluye al donante de gameto de todo derecho filiativo respecto de XXXX. En cuanto a su entorno familiar y social determinado por sus lazos afectivos, él reconoce a la demandada como su madre: le da protección, seguridad, afecto y contención; familiares, cercanos y referentes formativos educacionales del niño, también la identifican, reconocen y respetan como tal.

Este derecho a la identidad, además, como señala el Sr. Curador Ad Litem del niño, está resguardado explícitamente en la Convención sobre los Derechos del Niño “La identidad ha sido definida como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona (...) en lo que ella es en cuanto específico ser humano”⁵. Tenemos entonces que el Estado de Chile se comprometió a “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8° CDN)”.

En efecto, el derecho a la identidad resulta esencial para el desarrollo autónomo de cada persona y crucial para el proceso de socialización. Es a través de la protección de nuestra identidad que nos reconocemos como uno, y no otro u otra. Y es sobre esa base que establecemos lazos sociales, lo que son esenciales para el proceso de socialización, esto es, “las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento” (Gauché, Ximena, “El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia”, en *Constitución Política e Infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, UNICEF, Santiago, 2017, p. 189.)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha recogido estas interpretaciones. En *Gelman vs. Uruguay* sostuvo, descansando en la Convención sobre los Derechos del Niño, que si bien el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en el Pacto de San José, es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia (Serie C N° 221, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 122).

En *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, esta misma Corte señala que se afecta el derecho a la identidad allí donde los Estados impiden arbitrariamente el libre desarrollo personal y, de paso, afectan el derecho de la persona a presentarse, tal como es (“cómo decide proyectarse”), hacia los demás: En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (Caso *Artavia Murillo* (“Fecundación

⁵Fernández, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 113-114.

in vitro”) Vs. Costa Rica, Serie C Nº 257, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142-3).

En el caso I.V. con Bolivia, por su parte, la Corte enfatizó los aspectos individuales y de relaciones personales que se entrecruzan en el derecho a la identidad, sosteniendo que la protección de esta última incluye el derecho a definir y entablar relaciones, presentándose del modo en que uno quiere presentarse frente a los demás: el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el desarrollo de la libre personalidad (I.V. Vs. Bolivia, Serie C Nº 329, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152).

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su Opinión Consultiva Nº 24, que el derecho a la identidad involucra aspectos subjetivos (de la propia vivencia y autonomía) y sociales (relativos al tipo de relaciones que se entablan y el modo en que las personas deciden entablar esas relaciones), y que esos aspectos no pueden definirse de antemano, sino que deben escrutarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso. Lo dice de este modo: De conformidad con lo expresado, para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos (Opinión Consultiva OC- 24/17, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017, párr. 89).

DECIMOCUARTO: Que, además, el derecho a preservar la identidad de XXXX debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de proteger su interés superior, como lo establece expresamente la Observación General Nº 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, “El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño” (párrafo 55).

La determinación del interés superior del niño, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶, se debe hacer a partir de una evaluación de los elementos que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión⁷. Es decir, la manera en que hacemos efectivo el interés superior de XXXX, en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos incluido el derecho a la identidad; siguiendo así

⁶CIDH: Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 y Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012.

⁷Alegre, Silvana; Hernández, Ximena y Roger, Camille. *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. 2014.

la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención sobre los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos⁸.

En palabras de Ravetllat B., Isaac / Pinochet O., se debe precisar primero el significado y el contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor) y a continuación, comprobar en qué situación y en qué circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a una persona menor de edad en particular. Este sistema, además, otorga una relevancia inusitada a los datos y a las circunstancias del caso concreto, porque estos son los que le van a permitir, en definitiva, encontrar la solución adecuada dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado que se sitúa en la llamada “zona de opciones razonables” o “halo conceptual”⁹.

El interés superior de XXXX debe ser determinado teniendo en cuenta su derecho a la identidad, es decir, de manera que el elemento dinámico de su identidad – dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandada – se vea reflejado en la filiación legal de él, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, el niño tiene derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar del niño y su familia y se deslegitime de esa forma la posibilidad de reconocimiento y valoración social a una forma de hacer familia cuyo amparo se encuentra consagrado no solo en el ámbito internacional sino en la propia constitución como ha sido expresado en forma previa y cuya única justificación se basa en una categoría sospechosa de discriminación de un colectivo históricamente postergado en razón de su orientación sexual.

DECIMOQUINTO: Que, además, privar a XXXX de su filiación con respecto a la demandada, lo priva de una serie de beneficios y derechos determinados: disfrute de beneficios como bonos de escolaridad, nacimiento, y orfandad, derecho de alimentos; derechos hereditarios abintestato; posibilidad de reclamar indemnizaciones, y de todos los derechos consignados por la ley social, que se dan por reproducidos, y que provocan un perjuicio y menoscabo real en el niño.

DECIMOSEXTO: Que, atendido lo expuesto, y considerando el principio de inexcusabilidad, debiendo este tribunal pronunciarse sobre la petición solicitada, en virtud de las normas sobre igualdad, el concepto de familia que subyace en nuestro ordenamiento jurídico, las convenciones internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional, y recurriendo a la norma de interpretación de

⁸Cillero, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999.

⁹Ravetllat Balleste, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”. *Rev. Chil. Derecho* [online]. 2015, vol. 42, n. 3 [citado 2020-05-30], pp. 903-934.

los principios generales del derecho, utilizando el criterio de jerárquico, considerando que los principios señalados se encuentran en normas de rango al menos suprallegal, este Tribunal dará lugar a lo solicitado.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 32, 45, 46, 55, 65, 66 de la Ley N° 19.968, artículos 181, 183, 195, 197, 198, 199, 205, 208, 217, 221 del Código Civil, Convención de los derechos del niño, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, Observación General N° 14 (2013) de Naciones Unidas, artículo 1 y 5 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

Que se acoge la demanda de reclamación de maternidad interpuesta y en consecuencia se declara que el niño XXXX, nacido el XX de septiembre de 20XX, a las 12:53 horas, de sexo masculino, run XXXX, inscrito en la circunscripción de Providencia, con el número XXX del año 20XX, es hijo de XXXX y de XXXX, cédula nacional de identidad XXXX.

Que en consecuencia deberá practicarse por el Servicio de Registro Civil una nueva inscripción en que se establezca como madres a XXXX, cédula nacional de identidad N° XXXX y a XXXXXX, cédula nacional de identidad N° XXXX, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 221 del Código Civil, una vez que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada.

Ofíciase al Registro Civil.

Notifíquese a las partes por correo electrónico.

RIT C-XXXX-XXX

Dictado por doña Macarena Rebolledo Rojas, jueza titular Segundo Juzgado de Familia de Santiago¹⁰.

¹⁰Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 5 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>

ACTIVISMO GAY E INSTRUMENTALIZACIÓN DE JUECES

Los grupos del activismo gay, al no conseguir las mayorías parlamentarias, han tratado de instrumentalizar a los jueces para que, usurpando la competencia de los órganos de la democracia representativa, dicten sentencias que legislen a su favor. En los últimos días hemos conocido dos intentos, uno frustrado y otro celebrado como “fallo histórico”.

El intento frustrado es el del TC, que se negó a declarar inconstitucional el precepto legal que reconoce el matrimonio extranjero siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer. Se trataba de dos mujeres, una chilena y otra española, casadas en España, según la ley de ese país, que pretendieron inscribir ese matrimonio en Chile. Ante la negativa del Registro Civil, recurrieron de protección y con esa gestión pendiente acudieron al TC. Alegaron que dicho precepto atentaba contra la igualdad ante la ley y la protección a la familia, y que un hijo que una de ellas había gestado carecería de filiación matrimonial, lo que iría contra su interés superior.

El intento, hasta ahora logrado, también es de una pareja de mujeres en la que una de ellas gestó un niño concebido con semen de donante y que desean que el niño se inscriba con dos madres. Intentaron esto por medio de un recurso de protección que fue rechazado. Ante ello buscaron una jueza de familia empática con su situación, y construyeron artificialmente un juicio de reclamación de la maternidad.

La sentencia del TC rechazó el requerimiento con buenas razones. Señaló que el legislador, conforme a la Constitución, puede reconocer distintas formas de familia, pero no está obligado a darles el mismo estatuto, sobre todo siendo aplicable la Convención Americana de DD.HH. que consagra el derecho a contraer matrimonio como un derecho del hombre y de la mujer. Se añade que todo país puede establecer reglas de orden público que limiten el reconocimiento de vínculos contraídos en el extranjero y que, de hacerse excepción en este caso, habría que reconocer como matrimonios todas las uniones que gocen de ese estatuto bajo leyes de otros Estados.

Frente al alegato de discriminación, el TC pone de relieve que ello depende del concepto de matrimonio. Si el matrimonio es solo una unión entre personas que se han enamorado y desean que su amor sea legalmente reconocido, obviamente habría discriminación al excluir a las parejas homosexuales. Pero si se estima que el matrimonio es una institución social y jurídica que, junto con canalizar la complementariedad sexual, está llamada a procrear y a formar a los hijos en un hogar estable y compuesto por padre y madre, no hay discriminación alguna por exigir que sea una unión heterosexual.

En el caso de la comaternidad, hubo colusión procesal, ya que las partes estaban de acuerdo. La jueza les dio en el gusto y ordenó que el niño fuera inscrito como hijo de las dos mujeres. Por cierto, la sentencia no va a ser apelada y no llegará a las Cortes. El Registro Civil debiera negarse a practicar esta inscripción, ya que de hacerlo incurriría en una ilegalidad manifiesta y puesto que la sentencia, por la forma fraudulenta en que se obtuvo y la desviación de poder en que se incurrió, es nula de pleno derecho.

De nuevo la discriminación debe ser analizada una vez aclarado qué se entiende por relación filial, es decir, si esta solo consiste en el sentimiento de querer ser padre o madre, o si es una realidad antropológica fundada en la procreación sexual que caracteriza a la especie humana y que, por tanto, solo puede haber un padre y una madre.

En ambos casos, se alegó el interés superior del hijo, y es curioso que invoquen el interés superior del niño las mismas personas que lo pospusieron a su propio interés, al negarle al menor la posibilidad de tener un padre.

Lo que está en juego no es la discriminación por orientación sexual, sino qué matrimonio y qué filiación consagrarán nuestras leyes de familia. Y en todo caso, ello debiera ser deliberado y decidido en el Congreso; y no por uno o más jueces que carecen de la legitimidad democrática para sustituir las leyes vigentes por sus sentencias.

HERNÁN CRRAL TALCIANI*

*Profesor de derecho civil, doctor en derecho Universidad de Navarra/España, y autor de varias obras sobre su especialidad. Publicado en su blog y en *El Mercurio*/Santiago, 10.6.2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 7774-2019

(25 de junio de 2020)

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830 y de la frase “Siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947

Cecilia Vera Pérez Gacitúa y Cristina Ibars Mayor en autos caratulados “Vera con Servicio de Registro Civil”, seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por Recurso de Protección, bajo Rol N° 168.844-2019.

VISTOS:

Con fecha 13 de noviembre de 2019, doña Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y doña Cristina Ibars Mayor han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y de la frase “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, acción constitucional que incide en el recurso de protección caratulados “Vera con Servicio de Registro Civil e Identificación”, que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 168.844-2019.

PRECEPTOS LEGALES CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA

El texto impugnado dispone:

“LEY N° 20.830, QUE CREA EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

(...)

Artículo 12.– Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

(...)

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo”.

(...)

“LEY N° 19.947, QUE ESTABLECE UNA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

(...)

Artículo 80.— Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

(...)

SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE

Las requirentes señalan haberse conocido el año 2005 virtualmente, e iniciado tras ello una relación afectiva, en la cual convivieron tanto en Europa como en Santiago de Chile, al ser una de ellas, doña Cristina, ciudadana española.

Afirman haber contraído matrimonio en España, el 24 de marzo de 2012 y posteriormente someterse a un tratamiento para iniciar un proceso de maternidad a cargo de doña Cristina Ibars Mayor.

Resultando efectivo dicho tratamiento, y una vez avanzado el embarazo, concurrieron a inscribir su matrimonio a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, cuestión que no ocurrió toda vez que el vínculo matrimonial que las une fue inscrito como un Acuerdo de Unión Civil en un acto que, sostienen, deja al hijo que esperan desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y que no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia.

Al tanto de lo acaecido, desde el 27 de octubre de 2019, tras haber solicitado un certificado de matrimonio, presentaron un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, reclamando por la ilegalidad y arbitrariedad de la decisión del Servicio de Registro Civil e Identificación al no inscribir su matrimonio.

Dicho recurso se acogió a trámite, con informe evacuado por el Registro Civil, encontrándose suspendida su tramitación por orden de esta Magistratura.

CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

Como consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, refieren quedan desprovistas de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero, lo que resulta del todo atentatorio con lo dispuesto por los artículos 1° y 19 N° 4, ambos de la Constitución Política de la República de Chile.

En segundo lugar, sostienen que ello les discrimina arbitrariamente por su orientación sexual, categoría para distinguir que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico conforme con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Adicionalmente, en la especie se vulnera el derecho a la identidad de su hijo en común, y con ello la protección de la dignidad de toda persona (artículo 1º de la Constitución), puesto que se le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres.

Por último, señalan que se vulnera el mandato de protección del interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales e ingresado a nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, puesto que a su hijo se le impide ser hijo matrimonial y se le imposibilita contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres.

ADMISIÓN A TRÁMITE, ADMISIBILIDAD Y OBSERVACIONES DE FONDO AL REQUERIMIENTO

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 19 de noviembre de 2019, a fojas 74. Posteriormente, fue declarado admisible el día 17 de diciembre del mismo año, resolución que rola a fojas 91.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuados traslados según sigue:

A fojas 109, la ONG de Desarrollo Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVILH, acompaña informe en derecho *amiccus curiae* en abono de las pretensiones de la requirente. En el mismo refiere, en síntesis, que los preceptos cuestionados son inconstitucionales porque vulneran los artículos 19 N°s 1, 2 y 4, en relación con los artículos 1º y 5º, inciso segundo, de la Constitución, como asimismo los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes y ratificados por nuestro país, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Hombre, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Asimismo, a fojas 151, la ONG Comunidad y Justicia, corporación sin fines de lucro que tiene por finalidad la promoción y protección de los DDHH, procurando respeto a la legislación y a sus principios inspiradores, igualmente acompaña informe en derecho *amiccus curiae*.

En el mismo sostiene que el libelo de fojas 1 carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado. Para ello aduce que:

- i. El cuestionamiento resulta eminentemente abstracto, desvinculado del carácter concreto propio de un requerimiento de inaplicabilidad.
- ii. En la especie no se afecta el principio de protección a la familia, en cuanto en Chile la familia como núcleo fundamental de la sociedad está basada en el matrimonio, que existe únicamente entre hombre y mujer.
- iii. No existe discriminación en razón de orientación sexual puesto que la diferencia de géneros obedece a un requisito de existencia de matrimonio.
- iv. No se afecta la dignidad del menor involucrado, toda vez que esta es un atributo intrínseco de todas las personas, ni su derecho a identidad, que dice relación con el conocimiento de sus orígenes biológicos.

- v. En cualquier caso, la falta de reconocimiento de filiación respecto a una de las requirentes, no será revertida ante una sentencia estimatoria, toda vez que en Chile no existe filiación homoparental.

Con fecha 4 de marzo del presente año, Patricia Muñoz García, Defensora de la Niñez, ha efectuado presentación, en calidad de amicus curia, en autos. Sostiene en lo esencial que: el Estado de Chile ha ratificado distintos tratados internacionales de Derechos Humanos, incluida la convención americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo contenido forma parte del ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, encontrándose afectadas en la especie, diversas garantías fundamentales, como protección de honra y dignidad, protección de la familia, no discriminación, y derecho a preservación de identidad, entre otros, en razón de no reconocerse un vínculo familiar respecto del hijo en común de las requirentes. Por lo que viene en solicitar sea considerado el interés superior del menor al emitir pronunciamiento.

El Servicio de Registro Civil e Investigación evacuó traslado en sede de admisibilidad, no así en cuanto al fondo del recurso de inaplicabilidad.

VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO

Con fecha 5 de marzo de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos de la parte requirente, de la abogada Claudia Sarmiento Ramírez, y del Servicio de Registro Civil e Identificación, de la abogada Marisol Torres Figueroa. Fue adoptado acuerdo el 2 de abril de 2020, conforme certificó el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO

LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO: Que, las señoras Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor, representadas por la abogada, Claudia Sarmiento Ramírez solicitan a esta Magistratura declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830 y del inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947 en aquella parte que dice “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”, por entender que su aplicación resultaría contraria a los artículos 1°, 5° inciso segundo, y 19 N°s. 1, 2 y 4 constitucionales, según el orden reseñado en el libelo que contiene la acción deducida;

SEGUNDO: Que, la impugnación de las normas jurídicas señaladas tiene incidencia en la gestión judicial pendiente, que consiste en un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Servicio de Registro Civil e Identificación, por la presunta ilegalidad y arbitrariedad en que ha incurrido ese órgano público por el hecho de negarse a inscribir el matrimonio de las requirentes, acto jurídico celebrado en España, como tal y en su lugar proceder a registrarlo en el libro de contratos de Acuerdo de Unión Civil, acción que constituye, a juicio de las requirentes, una privación, perturbación y amenaza de las garantías constitucionales que especifican en la referida acción cautelar.

El recurso de protección fue interpuesto el 30 de octubre de 2019, según las requirentes, mientras que el certificado acompañado a fojas 28, señala que el recurso se presenta “el 30 de mayo último” y luego indica que el 6 de Noviembre del mismo año, fue declarado admisible por la sala de cuenta del Tribunal de Alzada, según agrega el certificado expedido por la señora Secretaria de ese órgano jurisdiccional, fechado el 12 de noviembre de 2019;

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD DENUNCIADO ANTE ESTA MAGISTRATURA

TERCERO: Que, las requirentes sostienen que, por haber contraído matrimonio en España, les es inaplicable el artículo 12 de la Ley N° 20.830 que instaura en el ordenamiento jurídico chileno, el Acuerdo de Unión Civil, disposición legal que establece que los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile conforme a esta institución, siempre que cumplan con las reglas establecidas en este cuerpo legal, y sus efectos serán los mismos del acuerdo.

Agregan que, también les genera consecuencias inconstitucionales, la aplicación en la gestión pendiente del inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece una nueva ley de Matrimonio Civil, en aquella frase que expresa “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”;

CUARTO: Que, se afirma en el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad, que las citadas disposiciones legales resultan, en el caso considerado, contrarias a la Carta Fundamental por cuatro razones:

En primer lugar, tales preceptos legales al prohibir el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo se oponen a la Constitución en sus bases fundamentales que otorgan a la familia el carácter de núcleo esencial de la sociedad, vulnerando la obligación del Estado de respetarla y darle protección, mandato contenido en los artículos 1 y 19 N° 4 constitucionales.

Así, el efecto contrario a la ley suprema se configuraría en cuanto la falta de reconocimiento de esta clase de vínculos matrimoniales discrimina entre tipos de familia, contraviniendo la debida consideración que esta clase de familia se merece. Siendo, además, que se les desprotege atendido que se les priva del estado civil que ellas libremente eligieron para regular los derechos y obligaciones que emana del matrimonio;

QUINTO: Que, en segundo término, dichas normas jurídicas en su aplicación, les resultan discriminatorias, atendido que les crea una realidad desmedrada, cuya única causa es su orientación sexual, constituyéndose una desigualdad ante la ley que la Carta Fundamental no permite, al preceptuar que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (art. 19 N° 2 CPR). Agregan que, hay un riesgo cierto que la gestión judicial pendiente se vea frustrada atendido que las normas jurídicas censuradas sean aplicadas, como lo hizo la entidad administrativa contra la cual se acciona;

SEXTO: Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa

en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectado la protección de la identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres. Esta situación conllevaría a incumplir lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución que asigna –expresan las requirentes– la dignidad de la persona como un elemento de justificación del orden político y coercitivo. Agregan que, la identidad forma parte de los derechos de los niños, que a su vez constituye una obligación del Estado, conforme lo prescribe el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño;

SÉPTIMO: Que, finalmente, explican que las disposiciones legales impugnadas vulneran el mandato de protección del interés superior del niño, en atención a que excluirían a los hijos e hijas de los matrimonios de igual sexo, de la protección del estatuto de filiación, el cual solo está consagrado para la descendencia de los matrimonios heterosexuales. Ello quebrantaría el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual se entiende incorporado a la legislación nacional, la Convención reseñada precedentemente, cuyo artículo 3° consagra el principio del interés superior del niño;

OCTAVO: Que, atendido lo expuesto por las requirentes, el conflicto de constitucionalidad que corresponde resolver a esta Magistratura se circunscribe a determinar si las normas jurídicas objetadas, las que sirven de fundamento a la negativa del funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación para registrar el matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja del mismo sexo, resultan o no contrarias a la Constitución Política de la República de Chile;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 19 N° 4 DE LA CARTA FUNDAMENTAL

NOVENO: Que, para dilucidar si los preceptos legales impugnados vulneran, en el caso concreto, las disposiciones constitucionales de los artículos 1 y 19 N° 4 por desproteger a la familia matrimonial de parejas de igual sexo, cuando el vínculo se hubiera celebrado en el extranjero, se hace menester analizar la institución de la familia y del matrimonio, desde la perspectiva constitucional;

La Familia

DÉCIMO: Que, la Carta Fundamental en el artículo 1°, inciso segundo, establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando el inciso final que es deber del Estado dar protección a la familia. A su vez el artículo 19 N° 4 consagra a toda persona como garantía, el respeto y protección a la honra de la familia. De esta manera, el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se

entiende en un sentido restringido. La doctrina clásica confirma lo expresado al señalar que “es tal la unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos” (Cea Egaña, José Luis (2015) *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Ediciones UC, p. 210);

DÉCIMO PRIMERO: Que, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 expresa “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Esta regla es coincidente con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección, cuya base fundamental es el matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en el estado actual de las cosas interpretar el vocablo “la familia” usado por la Carta Fundamental, desde una posición originalista, esto es, hombre, mujer, hijas e hijos sería desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía. En este sentido, el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente –señala el fallo constitucional italiano– “el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa”;

DÉCIMO TERCERO: Que, la interpretación reseñada es coincidente y es la más conforme a la situación del país, y a la que esta Magistratura se adherirá por cuanto, existiendo normas de orden público familiar claras y precisas, es otra la vía institucional para entender el sentido y alcance del precepto “la familia” en cualquier sentido. Por consiguiente, vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones de personas del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia al dictar la Ley N° 20.830, permitiendo la celebración de un contrato solemne cuyas características y efectos, se expresan en dicho cuerpo legal;

El Matrimonio

DÉCIMO CUARTO: Que, aunque el matrimonio no tiene una consagración constitucional, siendo la institución básica de la familia, y más aún, no habiéndose impugnado el artículo 102 del Código Civil, norma jurídica que define el matrimonio, es menester señalar que las disposiciones legales que se censuran en el requerimiento de estos autos constitucionales están directamente vinculados al referido precepto legal, que a su vez es el origen de toda la institucionalidad que regula el matrimonio y la familia.

Así, la Ley N° 19.947 que establece una nueva ley de matrimonio civil, expresa en su artículo 1° que *“La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.*

La presente ley regula los requerimientos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.

Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil.”

El artículo 2° del referido cuerpo es del siguiente tenor: *“La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.”;*

DÉCIMO QUINTO: Que, en consecuencia, el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges;

DÉCIMO SEXTO: Que, la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, “no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengán a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.” (STC Rol N° 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica);

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, este criterio ha sido expresado por la Corte Europea de Derechos Humanos que al respecto manifiesta “El Tribunal observa, en primer lugar, que no le corresponde evaluar la validez, de acuerdo con las leyes del Estado contratante, de los matrimonios contraídos por los solicitantes, un asunto que no ha sido determinado por las autoridades nacionales cuya responsabilidad es hacer tales evaluaciones” (Caso de Orlandi y Otros con Italia, sentencia 14/03/18 N° 132, Corte Europea de DDHH);

DÉCIMO OCTAVO: Que, todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial N° 130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, cuya Cámara de Origen es el Senado de la República, boletín N° 11422-07;

El Acuerdo de Unión Civil

DÉCIMO NOVENO: Que, la Ley N° 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada “Acuerdo de Unión Civil” con el objeto asumir los derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos;

VIGÉSIMO: Que, el Estado de Chile, a través de dicho instrumento, ha querido reconocer y amparar aquellas relaciones estables entre dos personas, sean heterosexuales u homosexuales, a fin de que el ordenamiento jurídico les otorgue determinadas facultades en relación a la contraparte del antedicho contrato, constituyendo una institución jurídica similar al matrimonio, atendido los requisitos de existencia y de validez requerido por el cuerpo legal, para que nazca a la vida del derecho esa convención, creadora de derechos;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la inscripción del matrimonio de las requirentes celebrado en España, en el registro de Acuerdos de Unión Civil, significa que están amparadas por la Ley N° 20.830, y tengan entre sí los derechos y obligaciones que este cuerpo legal exige a los contratantes, otorgándoles la seguridad y certeza que ellas requieren. Por consiguiente, las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19 N° 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, resulta ineluctable manifestar que esta Magistratura Constitucional se ha referido en innumerables oportunidades al principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 constitucional, y a la prohibición que tiene la autoridad y toda norma jurídica de establecer diferencias arbitrarias. En relación a la igualdad ante la ley, ha referido que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas (STC roles N°s. 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330).

Por su parte, se está ante una diferencia arbitraria en el orden legislativo, si el precepto respectivo carece de razonabilidad, y la diferencia de trato no tiene justificación de esa naturaleza, en términos que la discriminación que afecta a la persona se torna intolerable constitucionalmente;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, el fundamento de la acción de inaplicabilidad, para estimar que los preceptos legales objetados discriminan a las requirentes, se produce a consecuencia de su orientación sexual, con lo que se obtiene como resultado un efecto contrario al texto constitucional. Acoger lo sustentado por las requirentes, conduciría a la afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias para todos los habitantes de la República.

Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedad, podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales *sui generis*, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en todo caso, no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como se expresa *ut supra* la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que no es contrario al principio de igualdad ante la ley que algunos países de la Unión Europea no otorguen efectos como matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, ya que esa decisión queda bajo el margen de apreciación de los Estados. En igual sentido, el Consejo Constitucional de Francia ha señalado que “el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por motivos de interés general proporcionado que, en uno y otro caso, siempre que la diferencia de tratamiento que se produce se encuentre directamente relacionada con el objeto que la Ley persigue; que manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución, que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto las normas del derecho de familia; que no corresponde al consejo constitucional sustituir la presencia del legislador, que tome en consideración, en tal materia, esta diferencia de situación.” (CCF Sentencia N° 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011 c. 9);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, esta Magistratura coincide con los Tribunales citados, acogiendo aquello de que la ley no discrimina de modo alguno a las requirentes, al negárseles, por aplicación de los preceptos cuestionados, la inscripción de su matrimonio celebrado en España, en el registro específico y aceptárseles, por el contrario, el registro del mismo como Acuerdo de Unión Civil;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, precisamente, por la vigencia del artículo 12 de la Ley N° 20.830, uno de los preceptos legales objetados, el vínculo matrimonial de las actoras adquiere un reconocimiento y protección jurídica, teniendo aplicación un Estatuto bastante completo, similar al matrimonial, en algunos aspectos con mayores beneficios para las partes, por lo que no se advierte que las requirentes sean discriminadas por la aplicación de las normas jurídicas consideradas, en el caso concreto;

*SOBRE LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL
ARTÍCULO 5 CONSTITUCIONAL, EN CUANTO SE INFRINGIRÍA LA
CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO*

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tal como se señala en los considerandos referidos a explicar el conflicto de constitucionalidad, la acción de inaplicabilidad deducida reclama dos órdenes de cosas: a) La falta de protección de la identidad del hijo y su dignidad, por no considerarse a las requirentes cónyuges, en Chile y, b) la afectación del principio del interés superior del niño. Cabe señalar que, tanto en el libelo que contiene el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como en la vista de la causa, se relata que una de las requirentes se sometió al proceso de fertilización in vitro con semen de un donante al parecer anónimo, en el mes de mayo de 2019, naciendo un niño, cuyo nombre es Marc, y respecto del cual se reclama la señalada vulneración de derechos, como consecuencia de la aplicación de las normas jurídicas impugnadas;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en cuanto al menor Marc no podrá reivindicar el matrimonio de las requirentes, por falta de reconocimiento en Chile, lo que implicaría que afectaría su identidad y su dignidad como persona, lo cierto es que el trato de hijo que debe recibir el niño, según lo que emana de la atenta lectura del libelo, desde su gestación ha sido atendido con esmero y cariño, por lo que, no se advierte que dicho infante, vaya a ser lesionado en su dignidad, máxime si en Chile el Código Civil declara iguales a todos los hijos (art. 33).

Respecto a la eventual afectación de la identidad del menor, nuevamente es del caso considerar el sistema filiativo en el orden público familiar, en que se establecen reglas de determinación de la paternidad y la maternidad, cuya consecuencia es que la identidad del niño o niña, está constituida por la de su padre y la de su madre, y en ese orden de ideas, la legislación no permite que una persona tenga dos padres o dos madres, como es en este último caso, la pretensión de las requirentes. Todo lo cual no origina un problema de constitucionalidad, sino que atañe a la institucionalidad propia del derecho de familia;

TRIGÉSIMO: Que, en lo que se relaciona con el interés superior del niño, hecho valer en estos autos, y tenido como vulnerado por la aplicación de las normas jurídicas ya conocidas, y cuyo contenido consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia alcanza también a toda autoridad, hay que considerar que el bienestar de un niño, tiene directa relación con su ambiente familiar en que lleva a cabo su existencia, el que irá marcando su personalidad y sus rasgos más característicos. Al ordenamiento jurídico solo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida.

Desde la perspectiva constitucional solo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en ese contexto no se divisa que los preceptos legales objetados vulneren el interés superior del niño;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, aun cuando se acogiera la inaplicabilidad de las normas impugnadas, ninguna consecuencia podría tener para la determinación de la filia-

ción del niño, porque del hecho que se reconociera que su madre biológica está unida en matrimonio con otra mujer, para la legislación chilena esto no cambiaría en nada su estatus. Se incumple así a este respecto, el requisito que las normas impugnadas puedan ser aplicables en la gestión judicial;

CONCLUSIONES

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, las disposiciones legales censuradas en el requerimiento de estos autos constitucionales pertenecen al orden público matrimonial, y por consiguiente no presentan aspectos constitucionales que reparar. A quien corresponde corregirlos, si así se estimare procedente, es a los órganos colegisladores, llamados a fijar las reglas acerca del matrimonio civil;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, los fundamentos sustentados en el requerimiento no alcanzan para persuadir a esta Magistratura, en orden a apreciar el efecto contrario a la Constitución, que el artículo 12 de la Ley N° 20.830 y el artículo 80 de la Ley N° 19.947, producen en el caso considerado, más aún si el Acuerdo de Unión Civil, en sus efectos, le otorga reconocimiento jurídico al matrimonio celebrado en país extranjero por las requirentes;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, atendida las consideraciones precedentes este Tribunal procederá a declarar conforme a la Constitución, las normas jurídicas impugnadas por el requerimiento de autos;

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. Que se rechaza el requerimiento deducido a lo principal de fojas 1, en todas sus partes. Ofíciase.
- II. Álcese la suspensión del procedimiento decretada en autos.
- III. Que no se condena en costas a la parte requirente por estimarse que tuvo motivos plausibles para litigar.

Disidencia

Se ha eliminado el voto en contra de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta), los Ministros señores Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, dada su extensión.

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez concurren al rechazo del requerimiento de autos, única y exclusivamente por los fundamentos que se expresan a continuación:

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

1°. Que, dos personas del mismo sexo, casadas en España el año 2012, reclaman porque la ley chilena no les permitiría registrar ese matrimonio en el país, a no ser como un acuerdo de unión civil.

Objetan, por discriminatorio, el artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830, en cuya virtud “Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil”. E igualmente, por contener –en su concepto– una diferenciación arbitraria, impugnan el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947, al señalar que el matrimonio celebrado en el extranjero puede ser reconocido como tal en Chile, “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

Aunándolo con el instituto del matrimonio, las requirentes agregan que el concepto de “familia” debe ser ampliado, por vía de interpretación evolutiva; pues –de lo contrario– la legislación de familia las dejaría al margen de su protección y en una situación de eventual desamparo;

2°. Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectada la identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres.

Explican que las disposiciones impugnadas, al menoscabar la protección al menor, además quebrantarían el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual se entiende incorporado a la legislación nacional la Convención pertinente, cuyo artículo 3° consagra el principio de interés superior del niño;

3°. Que, en relación a la materia, cabe tener presente que permanece inobjeto el artículo 102 del Código Civil, merced al cual “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Norma, esta última, que no fue objeto de modificación el año 2015 al dictarse la Ley N° 20.830 que creó el acuerdo de unión civil, por motivos que –junto a otros– enseguida se explicitaran, para no acceder a este requerimiento;

ANTECEDENTES

4°. Que, atendido que la Constitución española de 1978 se remite expresamente a la ley para regular las formas de matrimonio (artículo 32.2), es que en dicho país se dictó la Ley N° 13/2005 que, modificando el Código Civil (artículo 44), dio lugar a ambas posibilidades: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Dicho cambio fue adoptado considerando no solo la competencia que al efecto la Constitución le otorga al legislador, sino que también ejerciendo éste el amplio margen de discrecionalidad que el constituyente de 1978 le abre al efecto, amén de tener presente –esa Ley N° 13/2005– el historial legislativo patrio que reseña su Preámbulo.

El cambio así ocurrido en el Reino de España, por ende, tuvo lugar por aplicación de su propio derecho positivo y sin pretensiones unificadoras con alcance universal;

5°. Que el lenguaje común, reflejado en el Diccionario de la Lengua Española, define el Matrimonio –en su primera acepción– como la “Unión de hombre y mujer, concretada mediante ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”, en un continuo que viene desde 1780, cuando se entendía por tal el “Contrato de derecho natural, que se celebra entre hombre y mujer por mutuo consentimiento externo”. El Diccionario Ideológico de la Lengua Española, de Julio Casares, igualmente conceptualiza el Matrimonio como la “Unión de un hombre y una mujer para hacer vida común, con arreglo a derecho”.

Solo con posterioridad al año 2001, dando cuenta de una realidad existente en algunos ordenamientos positivos, como en España aconteció, la Real Academia ha añadido –a aquella transcrita precedentemente– esta segunda acepción: “En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concretada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.

“En determinadas legislaciones”, pues, esto es “en algunas en particular”, puede otorgarse el estatus matrimonial a parejas idéntico sexuales, según y cómo sea cada realidad normativa y en ningún caso con efectos de irradiación mundial;

6°. Que, en este sentido, conviene destacar la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, de 21 de julio de 2015, que en un caso análogo al actual –y considerando la preceptiva vigente en ese continente– entendió que “En ausencia de matrimonio, la opción de una unión civil o pareja registrada sería la forma más adecuada para que las parejas del mismo sexo, como los solicitantes, tengan reconocida legalmente su relación” (Oliari y otros v. Italia).

De ahí que Italia, cumpliendo tal fallo, expidió válidamente la Ley N° 76/2016, que regula la unión civil entre personas del mismo sexo, sin por ello tener que desconocer que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer;

7°. Que, en nuestro continente, es útil mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 17.2 “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”. El que, interpretado de buena fe, lleva a colegir que, siendo éste el único derecho que en dicho cuerpo normativo hace alusión al sexo, es porque –lógicamente– el matrimonio presupone una diferencia sexual entre los contrayentes.

La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, gira en torno a la misma idea, especialmente en su artículo 16, cuando propende a eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, las condiciones de igualdad que allí deben imperar “entre hombres y mujeres”.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC -24/17, de 24 de noviembre de 2017, remitiéndose a una sentencia

anterior, constató –sin reproche alguno– que “diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario” (Párrafo 201);

CONSIDERACIONES

8°. Que este conjunto de antecedentes permite advertir, desde ya, que no hay tal cosa como una especie de consenso global, en orden a que el matrimonio ha perdido su carácter de asociación entre un hombre y una mujer o que, necesariamente, ha de ser deconstruido para hacer cabida en él a parejas del mismo sexo.

9°. Que, como ya se empieza a visualizar, el requerimiento carece de razón suficiente para ser atendido, a partir de las bases ideológicas en que fue planteado.

En primer término, porque no existe fundamento alguno que lleve a declarar inconforme con la Carta Fundamental la concepción del matrimonio recogida en la Ley N° 19.974 y en el Código Civil, que reconoce precedentes tan antiguos como Las Siete Partidas (Partida cuarta, Título II, Ley I), por no mencionar el Digesto (título *De ritu nuptiarum*, 23, 2, 1) y las Instituciones (1, 9, 1).

Y en segundo lugar, porque tampoco podría estimarse cometiendo un ilícito constitucional la Ley N° 20.830, al instituir los acuerdos de unión civil sin hacer diferencias de nacionalidad, tanto para las parejas del mismo sexo que viven en el país como para aquellas que proceden del extranjero;

10°. Que, menester es tener en consideración, además, el Mensaje presidencial de 8 de agosto de 2011, con que se dio inicio a la tramitación de la Ley N° 20.830, donde se hace expresa defensa al “Carácter heterosexual del matrimonio”.

“El presente proyecto –dice este revelador documento– no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 102 de nuestro Código Civil, ni tampoco la definición que de dicha institución hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”.

Reiterando –a continuación– que la iniciativa legal se basa en “una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer”;

11°. Que, por ende, el Tribunal Constitucional no divisa fundamento jurídico alguno que lo lleve a secundar una supuesta evolución habida en la materia, declarando que sería inconstitucional reservar el matrimonio para la asociación entre un hombre y una mujer, y estatuir –paralelamente– la unión civil para parejas del mismo sexo.

Solamente una aplicación muy voluntariosa de la Constitución, cuando prohíbe al legislador establecer “diferencias arbitrarias” (artículo 19, N° 2, inciso segundo), podría mover a esta Judicatura a cuestionar dichos textos legales, sin más argumento que les resultarían odiosos u opuestos a sus propias valoraciones ideológicas o convicciones personales;

12°. Que, sin abandonar indebidamente la Carta Fundamental, que compele a este Tribunal –en todo caso– a fallar “de acuerdo a derecho” (artículo 92, inciso quinto), el cuestionamiento a tales leyes en función de su arbitrariedad, podría tener lugar solo si estas carecen de justificación racional. Cuyo no es el caso, desde que las Leyes N^{os}. 19.947 y 20.830 han consagrado regulaciones distintas para realidades diferentes, dentro de los márgenes razonables que permite la situación (STC roles N^{os}. 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330, entre muchas).

Así como, por lo demás, la institución legal de la unión entre personas del mismo sexo no resulta de suyo lesiva para el matrimonio, tampoco puede aducirse que la concepción del matrimonio entre un hombre y una mujer pueda resultar ofensivo o perjudicial para quienes contraen aquella forma de unión civil;

13°. Que, igualmente, el Tribunal Constitucional debe abstenerse de realizar esfuerzos activos para propiciar un cambio de legislación.

Esto es así dado que el “matrimonio”, en cuanto a su característica esencial de estar conformado por un hombre y una mujer, no obedece a la capacidad legislativa de abstracción para crear conceptos, *ex nihilo*, que permiten distinguir relaciones de semejanza o desigualdad entre las personas identificadas por ellos. Hay abundantes elementos de juicio, en cambio, tanto en el génesis como en el texto de la Constitución, para sostener que el “matrimonio”, aparte de estar incluido dentro del concepto mayor de “familia”, que es el “núcleo fundamental de la sociedad” en los términos del artículo 1°, inciso segundo, constitucional, asimismo queda comprendido dentro de aquellos “grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, a que hace referencia enseguida el inciso tercero del propio artículo 1°, para imponerle al Estado el deber de reconocerlos, ampararlos y garantizarles su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Siendo este un acto de mero reconocimiento constitucional, ello fuerza a aceptar que –en el caso de las comunidades necesarias como la familia y el matrimonio– su identidad consustancial viene predeterminada y que no es de competencia del Estado variar, sin perjuicio de las adecuaciones legislativas de que pueda ser objeto en sus aspectos accidentales, cuando sea menester y a fin de amparar el matrimonio y asegurarle su debida autonomía;

14°. Que, a este respecto, es importante enfatizar que el artículo 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, al incorporar el principio de subsidiariedad dentro de las “Bases de la Institucionalidad”, importa la consagración de un elemento vital para la efectiva vigencia del imperio del Derecho dentro de una sociedad auténticamente plural, al proteger a los cuerpos intermedios y a sus miembros especialmente de la acción transformadora del Estado, que pueda desnaturalizar su intrínseca o connatural constitución.

El bien común general, cuya promoción amerita crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, amén de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, exigidos por el citado artículo 1°, no valida la transducción de conceptos pre constitucionales como son la familia y el matrimonio; sin perjuicio de que la riqueza que posibilitan esas mismas Bases de la Institucionalidad, abra puertas a la participación de otros muchos y diversos cuerpos menores o asociaciones intermedias en la sociedad;

15°. Que, despejado lo anterior, a continuación, cabe pronunciarse sobre el alegato consistente en que, las leyes impugnadas, les impedirían a las requirentes formar una familia, a los efectos de acceder a la protección que la legislación pertinente ofrece a esta comunidad de personas, unidas por el parentesco o el matrimonio, según su definición habitual. O como reconoce el legislador: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, al tenor del artículo 1° de la citada Ley N° 19.947.

Cuestionamiento que, asimismo, debe ser descartado, habida consideración a que, si bien el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución señala que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, con el objetivo de otorgarle una atención preeminente, ello no releva al Estado de su obligación más general de “dar protección a la población”, por mandato del inciso quinto del citado precepto constitucional. Mandato, éste, que ha de ser satisfecho con particular consideración tratándose de personas desvalidas o grupos vulnerables;

16°. Que, fue así que la propia Ley N° 20.830, que creó el acuerdo de unión civil, incorporó un extenso Título VII, referente a un número considerable de “Modificaciones a diversos cuerpos legales”, justamente con el propósito de brindar protección a las personas vinculadas por este tipo de unión. En materias de salud (artículo 29), de pensiones y régimen de seguridad social (artículos 30 y 31), de remuneraciones en el ámbito estatal (artículos 32 y 33), de acceso a la justicia (artículo 34) y a las soluciones habitacionales (artículo 37), así como en lo relativo a la protección penal (artículos 39 y 40) y laboral (artículo 41), entre otras, dan cuenta de haberse cumplido, a cabalidad, el aludido imperativo constitucional.

Lo cual, por cierto, no obsta a que, si la aplicación práctica de estas u otras reglas legales genera una concreta inconstitucionalidad, puedan las requirentes impetrar – en su oportunidad – el correspondiente requerimiento de inaplicabilidad ante esta sede jurisdiccional;

17°. Que, sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que la Ley N° 20.609, que “Establece medidas contra la discriminación”, es decir, contra cualquier acto que carezca de justificación razonable y que haga distinciones en razón de orientación sexual, permite justamente a las personas afectadas interponer la acción procesal allí establecida, a fin de restablecer el imperio del Derecho en cada caso de agravio.

No se observa *a priori*, por ende, alguna situación de amenaza inexorable e inminente, derivada de la aplicación de los preceptos legales cuestionados, que mueva a declararlas contrarias a la Constitución;

18°. Que, tocante ahora a la dignidad del menor involucrado, esto es, de aquella calidad que impide que las personas sean tratadas como objetos o medios en aras a la consecución de un fin estatal, lo cierto es que el trato de hijo que éste recibe de las requirentes, así como la atención con esmero y amor que le brindan, no se divisa amagada por la legislación chilena; menos cuando el artículo 33 del Código Civil declara iguales a todos los hijos.

Tampoco se divisa menoscabado el derecho a la identidad personal, consistente en tener un nombre y apellidos que le sirvan de identificación civil dentro de la

sociedad, acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18), la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 7 N^{os}. 1 y 2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2). De manera que, por este concepto, no puede darse por infringido el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

19°. Que, en lo que se relaciona con el interés superior del niño, hecho valer en estos autos, y tenido como vulnerado por la aplicación de las normas jurídicas ya conocidas, y cuyo contenido consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia alcanza también a toda autoridad, hay que considerar que al ordenamiento jurídico solo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida.

Desde la perspectiva constitucional solo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en este contexto no se aprecia que los preceptos objetados vulneren tal interés superior;

CONCLUSIONES

20°. Que, de la normativa preanotada, es dable concluir, en primer lugar, que no es contraria a la Constitución la Ley N° 20.830, cuando en su artículo 12, inciso final, permite registrar en Chile los acuerdos de unión civil entre parejas del mismo sexo, al paso de ser conforme con la misma Carta Fundamental el que la Ley N° 19.947, en su artículo 80, inciso primero, reconozca que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

De los antecedentes tenidos a la vista, se infiere que la legislación nacional ofrece protección acabada a las parejas que se unen conforme al estatuto de la citada Ley N° 20.830, sin desmedro de otras medidas que pueda adoptar a futuro el legislador. La situación del hijo de una de las requirentes, no se divide en este momento amagada por la aplicación concreta de los preceptos reprochados, lo que lleva a rechazar el presente requerimiento también por este concepto; sin perjuicio de las acciones tutelares que les franquea el ordenamiento jurídico chileno y que pueden ejercer en su oportunidad.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad exclusivamente en virtud de las siguientes consideraciones:

1°. Las normas impugnadas son el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y la frase “*siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*” contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece la Ley de Matrimonio Civil.

2°. El supuesto subyacente a la argumentación central desplegada en el requerimiento es que el régimen regulatorio matrimonial (incluyendo el uso de la voz “matrimonio”) es la única opción constitucionalmente tolerable para parejas del mismo sexo. Se alega la existencia de una omisión legislativa incompatible con un derecho del que se sería titular y cuyo ejercicio autoriza a exigir una conducta positiva de los órganos del Estado.

3°. Solo a modo ilustrativo, el requerimiento razona sobre la base de reproches tales como los que se indican a continuación: “[d]eja desprovista de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo”; “[d]iscrimina arbitrariamente a mis representadas por su orientación sexual” (obviamente no se refiere al Acuerdo de Unión Civil); “[s]e le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres” (fojas 1). Es más, de la simple lectura de uno de los dos preceptos impugnados queda meridianamente claro que la objeción de fondo dice relación con la exigencia referida al distinto sexo de los contrayentes: “(...) *siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*” (artículo 80 de la Ley N° 19.947, que Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil).

4°. Teniendo presente lo recién señalado, lo cual se confirmará más adelante, es posible identificar la siguiente interrogante de relevancia constitucional cuya resolución se nos solicita: ¿Existe un derecho a que la unión de dos personas del mismo sexo pueda ser considerada por la legislación chilena como matrimonio, tanto respecto de sus efectos, como en cuanto a su denominación jurídica? Si se llegara a la conclusión de que la institución del matrimonio no puede estar reservada a la unión entre un hombre y una mujer, sin infringir el derecho constitucional a la igualdad ante la ley (la principal de las infracciones alegadas), estaríamos ante la pretensión de considerar que el denominado matrimonio “homosexual” o “igualitario” es un derecho fundamental (supralegal). Tal como se explicará más adelante, dicho alegato carece de asidero. Antes, incluso, es posible advertir que la parte requirente no ha demostrado por qué un régimen de acuerdo de vida en pareja, opción disponible en nuestro ordenamiento jurídico para todos los chilenos y extranjeros, independiente de su sexo, vulnera el derecho constitucional a la integridad física y psíquica.

5°. Una respuesta favorable a la existencia del derecho sobre la que versa la pregunta exige incurrir en un tipo de argumentación o raciocinio de índole constitucional o supralegal que, inevitablemente, alcanza diversas situaciones fácticas cuya distinción pasa a ser irrelevante. Nos referimos, indistintamente, al reconocimiento como matrimonio de uniones así consideradas de acuerdo a la legislación de un país extranjero, al de uniones inscritas previamente en Chile como pacto de unión civil (con independencia de si cuentan con un estatus jurídico matrimonial previo o no según algún ordenamiento jurídico extranjero), o al de uniones que pretendan celebrarse en calidad de matrimonio. Vale decir, si se llega a la conclusión de que la legislación de nuestro país no puede establecer diferencias en razón del sexo respecto de la institución del matrimonio sin violar el principio de igualdad ante la ley y, como también se reclama, la protección de la familia, el mismo resultado debiera alcanzarse, indistintamente, para todas las situaciones previamente mencionadas¹.

¹En palabras de la parte requirente “solo queremos que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando Marc nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no solo de una de ellas” (fojas 7). Como puede advertirse, de la lectura conjunta de las dos oraciones, la referencia al lugar (“casadas en el extranjero”) es irrelevante.

6°. Lo recién señalado tiene importancia desde la perspectiva del legítimo ejercicio de las competencias jurídicas (internamente, en cuanto a la idoneidad de la acción de inaplicabilidad para resolver la interrogante y, externamente, respecto del margen de apreciación nacional sobre la materia). Sostenemos que éste es un asunto que corresponde ser resuelto por los órganos constitucionalmente competentes de Chile. Y, desde la perspectiva interna, que debe ser definida, primeramente, a nivel legislativo y, en cuanto a su control por la judicatura constitucional, nunca por la vía de un control concreto ex post-característica esta última que define al mecanismo de inaplicabilidad. De hecho, considerando tan solo la apreciación final, el requerimiento debiera rechazarse por improcedente.

7°. Como ya lo adelantamos, el líbello funda la petición de inaplicabilidad en una supuesta vulneración a los artículos 19, N° 1° (derecho a la integridad psíquica), N° 2° (derecho a la igualdad ante la ley), N° 4° (derecho a la honra), para lo cual busca sustento recurriendo a lo señalado en el artículo 1°, inciso segundo (la familia es el núcleo fundamental de la sociedad) e inciso cuarto (bien común). Por último, reclama una infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

8°. En cuanto al agravio o lesión que los efectos de la aplicación de los preceptos impugnados les provocarían, la pareja requirente menciona la grave insuficiencia del Acuerdo de Unión Civil, la que sintetiza en la afirmación de que dicha institución “de facto, deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia [la pareja biológicamente no progenitora]”. Sin perjuicio de lo anterior, la actora reconoce que “quizás lo más importante es el efecto simbólico que produce el que se niegue el reconocimiento de una decisión voluntaria de las señoras Vera e Ibars; una que ellas han adoptado para que la sociedad las reconozca de esa forma y para fundar su familia de ese modo: a partir de una unión matrimonial”. (fojas 13, énfasis agregado).

9°. En su argumentación, la parte requirente busca apoyo en lo dispuesto en el artículo 1°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, disposición referida a la importancia que para la sociedad tiene la familia. Con el fin de sustentar la aspiración de personas del mismo sexo, la actora razona partiendo de la base de un concepto amplio de familia, para lo cual recurre a la legislación chilena y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el requerimiento se señala que “[t]ambién es demostrativo de la consagración constitucional de un concepto amplio de familia la creación del Acuerdo de Unión Civil en nuestro país” (fojas 11). Para tal efecto, se busca apoyo en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que expresa que en la Convención Americana de Derechos Humanos: [...] *no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, [la Corte IDH] reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*².

²Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. FRC. 2012, párr. 142.

En nuestra opinión, y sin necesidad siquiera de adoptar una postura, de esta afirmación se colige, a lo más, que bajo el paragua conceptual de “familia” (género) hay una modalidad jurídica o especie distinta al matrimonio. El recurrir a un concepto amplio de familia implica admitir que existen diversas opciones jurídicas, lo cual no permite arribar a conclusión buscada, esto es, el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo como única opción satisfactoria³.

Intentando conciliar la diversidad de formas que admitiría una familia con la aspiración por un reconocimiento de su unión como matrimonio y no como acuerdo de unión civil, señalan que el Estado tiene la obligación positiva de “crear un régimen jurídico que ofrezca a los distintos tipos de familia las mismas posibilidades de protección y regulación de sus relaciones, derecho y obligaciones” (fojas 13). En otras palabras, se plantea, contradictoriamente, que pueden haber varias formas de unión, pero todas deben ser iguales en cuanto a su regulación.

Esta equivalencia de condiciones regulatorias no encuentra respaldo. Incluso si se atendiera a la pauta (no vinculante, por cierto) que sobre la materia ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la postura de la parte requirente no resulta validada, toda vez que se reconoce que pueden existir diferentes grados de protección: “[...] Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”⁴. En considerandos de más adelante, donde se citan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, es posible apreciar lo mismo.

10°. En otra variante argumentativa, la parte requirente centra su atención en el hijo como titular de derechos constitucionales que le estarían siendo conculcados. Así, se alegan supuestas violaciones al derecho al nombre o al interés superior del niño. Al respecto, compartimos lo señalado en el fallo en sus considerandos vigésimo noveno, párrafo primero, y trigésimo. En nuestra opinión, se trata de desarrollos argumentativos incompletos. Es más, si consideramos el meollo de aquello a lo que aspira la parte requirente (recordémoslo nuevamente: el efecto simbólico de ser tratados de manera idéntica a los matrimonios heterosexuales) se hace más patente el carácter accesorio de este tipo de razonamiento.

³La parte requirente manifiesta la conclusión lógica de considerar una noción amplia de familia de la siguiente manera: “[de] lo anterior se sigue que toda la diversidad de familias existentes en nuestra sociedad debieran contar con la debida protección por parte del derecho. Es por esto que la consideración de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado no puede ser limitada a las familias compuestas solo por parejas heterosexuales”.

⁴Observación General N° 19 “Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23)”, 1990, párr. 2.

11°. Para la parte requirente es tan evidente la existencia de un derecho fundamental (de jerarquía suprallegal) a que dos personas de un mismo sexo puedan vincularse matrimonialmente, que apoyan su esfuerzo argumentativo recurriendo a lo que (equivocadamente) según ellos constituiría un indiscutible estándar jurídico internacional o global. Si se tuviera presente este “consenso global”, razona, esta Magistratura debiera, igualmente, arribar a la misma conclusión. Tanto es así que, según los solicitantes, vulneraría, incluso, el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

12°. Por el contrario, una revisión atenta del desarrollo normativo y jurisprudencial a nivel nacional y supranacional permite aseverar que no hay antecedentes suficientes que respalden la pretensión de considerar que existe un derecho humano (de reconocimiento global) al matrimonio entre personas de un mismo sexo. Por de pronto, no existe disposición contenida en algún tratado internacional ratificado por Chile que permita arribar a la conclusión pretendida por la parte requirente. Y, en cualquier caso, las normas convencionales no tienen, en sí mismo, rango constitucional (parámetro esencial de control), tal como lo ha afirmado reiteradamente esta Magistratura⁵.

13°. Las disposiciones sobre la materia contenida en instrumentos internacionales sobre la materia son similares y, subrayamos, ninguno hace mención al matrimonio entre personas del mismo sexo. A modo ilustrativo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere sobre esta materia en el artículo 17 sobre Protección de la Familia, que en su numeral 2°, establece que “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. De manera similar, artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que: “[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, evitando aludir a restricciones referidas al sexo, prescribe en el artículo 16.1 que: “[l]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

14°. A nivel jurisprudencial, en particular de aquella emanada de Tribunales supranacionales, característica que se le puede reconocer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco la postura de la parte requirente resulta respaldada por el razonamiento interpretativo respecto de disposiciones similares a las de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵Véase, por ejemplo, las STCs 2387 (c. 11° y 12°), 2699 (c. 13°), 2703 (c. 11°), 4948 (c. 13°) y 4963 (c. 13°).

15°. Al respecto, merece ser destacada, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2016, en el caso de Chapin y Charpentier contra Francia (N° 40183/07). En dicha causa “[l]os demandantes afirman que fueron discriminados por su orientación sexual al negarles el derecho a contraer matrimonio en virtud del artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos [antes citado]. Sostienen que, de haber sido heterosexuales en su orientación, habrían tenido acceso a tres regímenes de protección de la pareja (cohabitación, Pacs y matrimonio) y señalan que la protección jurídica que ofrecen los Pacs es inferior a la del matrimonio. Consideran que esta discriminación no persigue ningún objetivo legítimo (y, en particular, la protección del equilibrio jurídico relativo a la familia y la filiación, citado por el Gobierno, no constituye tal objetivo) y no es proporcionada” (pf. 33).

En lo concerniente a a dicha alegación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo un repaso de su jurisprudencia relevante, comenzando por la sentencia Schalk y Kopf (§§ 58-63), fallo en el que “dijo que, aunque la institución del matrimonio había sido profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la adopción de la Convención, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Sostuvo que el artículo 12 del Convenio se aplicaba a la denuncia de los demandantes, pero que la autorización o prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes. Sostuvo que el matrimonio tenía connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que podían diferir considerablemente de una sociedad a otra y recordó que no debía apresurarse a sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales, que estaban en mejores condiciones de apreciar y responder a las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, concluyó que el artículo 12 no imponía al gobierno demandado la obligación de abrir el matrimonio a una pareja del mismo sexo como los demandantes (véase también Gas y Dubois c. Francia, N° 25951/07, § 66 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 2012)” (pf. 36). Luego, se nos dice que “[e]l Tribunal reiteró esta conclusión en las recientes sentencias Hämäläinen y Oliari y otras sentencias citadas anteriormente. En la sentencia Hämäläinen (§ 96), recordó que el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y que, si bien era cierto que varios Estados miembros habían abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no podía entenderse que este artículo impusiera tal obligación a los Estados contratantes” (pf. 37). Por último, el Tribunal sostuvo que “[e]n la sentencia Oliari y otros (§§ 192-194), [...] estas conclusiones seguían siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados en este ámbito, ya que once Estados miembros del Consejo de Europa permiten actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Recordó que había dicho en la sentencia Schalk y Kopf que ni el artículo 12, ni el artículo 14 en relación con el artículo 8, que es más general en cuanto a su propósito y alcance, podían interpretarse en el sentido de que imponían a los Estados contratantes la obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Llegó a la conclusión de que el mismo enfoque era válido para el artículo 12 en relación con el artículo 14 y rechazó esta queja por ser manifiestamente infundada (§ 194)” (pf. 38).

En un segundo acápite de la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia, “[l]os denunciantes consideran que han sido discriminados por su orientación sexual

en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Invocan el artículo 8 junto con el artículo 14 de la Convención. El artículo 8 dice lo siguiente: ‘1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. 2. No habrá injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo la que esté conforme a la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás’” (pá. 45).

Sobre el reproche precedente, “[e]l Tribunal señala que los Estados siguen siendo libres, en virtud del artículo 14 en conjunción con el artículo 8, de abrir el matrimonio solo a las parejas heterosexuales y que éstas gozan de un cierto margen de apreciación para decidir la naturaleza exacta de la condición que confieren las demás formas de reconocimiento jurídico (Schalk y Kopf citados anteriormente, § 108, y Gas y Dubois citados anteriormente, § 66)” (pá. 48). Enseguida, “[s]eñala que, aunque en el momento de los hechos el matrimonio no estaba abierto a los demandantes en el derecho francés, éstos podían, no obstante, celebrar un pacto de solidaridad civil, previsto en el artículo 515-1 del Código Civil, que confiere a los socios un cierto número de derechos y obligaciones en materia fiscal, patrimonial y social (véase el párrafo 25 *supra*)” (pá. 49). Finalmente, el Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea señala que “[e]n la medida en que los demandantes invocan las diferencias entre el régimen matrimonial y el del pacto de solidaridad civil, el Tribunal reitera que no tiene que pronunciarse sobre cada una de esas diferencias en detalle en el presente caso (Schalk y Kopf, antes citado, § 109). En todo caso, observa, como lo hizo en esa sentencia, que esas diferencias corresponden en general a la tendencia observada en otros Estados Miembros y no ve ninguna indicación de que el Estado demandado haya excedido su margen de apreciación en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el pacto de solidaridad civil (*ibíd.*)” (pá. 51)⁶.

16°. En una línea similar y sobre un caso que presenta características muy atinentes a la ventilada en la actual acción de inaplicabilidad, resulta útil citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, Coman y otros contra Inspección General de Inmigración de Rumania y otros (C-673/16). El contexto de este caso es el siguiente: el señor Coman, nacional rumano y estadounidense, y el señor Hamilton, nacional estadounidense se casaron en Bruselas el 5 de noviembre de 2010. En diciembre de 2012, los señores Coman y Hamilton se dirigieron a la Inspección para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el señor Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del señor Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses. El 11 de enero de 2013, en respuesta a esta solicitud, la Inspección informó a los señores Coman y Hamilton de que este último disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses, porque no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con el Código Civil, y de que, además, la prórroga

⁶Los énfasis están agregados.

del derecho de residencia temporal del señor Hamilton en Rumanía no podía concederse en concepto de reagrupación familiar. Los interesados recurrieron a la justicia rumana, ocasión en la cual se requirió al Tribunal Constitucional de dicho país la declaración de inconstitucionalidad del artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil⁷ por vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad. Dicha Magistratura, a su vez, elevó el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre el particular y recalcando la importancia que el Tratado de la Unión Europea da al derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de un Estado miembro (y ciudadano de la Unión) en otro Estado miembro, el Tribunal aclaró que éste incluía el derecho de los nacionales de los Estados miembros *“de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen a él, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias”* (pf. 32). El Tribunal también reconoce que *“[e]s cierto que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe* (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, apartado 25; de 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, apartado 59, y de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, apartado 16). *Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo* (sentencia de 24 de noviembre de 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59)” (pf. 37).

Pero, al mismo tiempo, advierte que, *“dejar a los Estados miembros la posibilidad de conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de la Unión del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo tendría por efecto que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esta libertad variase de un Estado miembro a otro, según tales disposiciones de Derecho nacional”* (pf. 39). *“De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio de este con un ciudadano de la Unión del mismo sexo, nacional de dicho Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”* (pf. 40).

⁷El artículo 277, apartados 1, 2 y 4, del Código Civil de Rumania está redactado en los siguientes términos: *“1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...] 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”*.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “*hace constar que la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros, como se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia. No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión*” (pf. 45)⁸.

17°. En cuanto a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible afirmar que no hay fallo en el que haya manifestado derechamente que el matrimonio entre personas de un mismo sexo es un derecho y, creemos, tampoco podría hacerlo. En efecto, bajo el pretexto de una interpretación llamada “evolutiva”, los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos no podrían modificar las disposiciones de la Convención que los rige sin actuar fuera del ámbito de sus respectivas competencias. Si el matrimonio entre parejas del mismo sexo es o no una buena idea no debiera ser de su incumbencia. Una Corte no es una legislatura. Los Estados parte que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos no han autorizado a la Corte Interamericana (ni a ninguna otra) a ejercer la fuerza ni la voluntad, sino solo el juicio. Si la judicatura constitucional a nivel nacional suele ser criticada en muchos países por su carácter contramayoritario (y que responde, vulgarmente, al apelativo de “tercera cámara”), debiera reconocerse que cuando se trata de una judicatura todavía más lejana de los mecanismos de decisión democrática, la cautela y deferencia ha de ser aún mayor. Y si se tiene presente los muy disminuidos niveles de “accountability” con que operan (algo de lo cual un juez no es responsable), la conciencia sobre el riesgo de usurpación de la voluntad de los nacionales de los países miembros debiera ser elevada. En este sentido, la noción de “Corte transformadora”, la cual puede denotar un encomiable compromiso de sus jueces por el rol con que han sido investidos, puede, sin embargo, transformarse en una peligrosa tentación. Así como se suele decir que no hay tributo sin representación, en asuntos tan trascendentes para la vida en sociedad como aquellos concernientes a la familia y el matrimonio adquiere especial relevancia un principio todavía más fundamental: no hay transformación social sin representación.

18°. En el informe presentado por MOVILH se hace referencia al Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) suscrito entre el Estado de Chile y dicha organización no gubernamental⁹. Sobre el particular, en el documento se sugiere que una negativa a consagrar legislativamente el matrimonio entre personas del mismo sexo o, incluso, a declarar la inaplicabilidad por esta Magistratura de los artículos im-

⁸Los énfasis dispuestos en las citas están agregados.

⁹Ver fojas 131 a 133.

pugnados, constituiría una inobservancia al mencionado acuerdo. Pretender que dicho “acuerdo” implica haber fijado una definición sobre la materia por parte de nuestra nación significa desconocer los mecanismos democráticos esenciales en virtud del cual expresa sus preferencias y se da sus propias reglas de convivencia. Y, en materias como éstas, tal manera de entender el funcionamiento del sistema hace preguntarse, efectivamente, por un principio invocado al efecto: la buena fe.

19°. Desde el punto de vista jurídico, a quien le corresponde, finalmente, el contenido y aplicación del derecho vigente en nuestro país, como lo serían aquellas materias relativas al matrimonio, son los órganos del Estado con competencia para ello.

20°. No desconocemos que este Tribunal Constitucional, como órgano del Estado, puede tener algún tipo competencia para conocer de algún requerimiento por parte de órganos. Pero, al respecto, es muy importante tener presente que las materias concernientes al matrimonio (más todavía cuando se refieren a la naturaleza de dicha institución) son de aquellas que, claramente, deben ser reguladas por ley¹⁰.

También hay que tener en consideración que no existe disposición alguna en nuestra Constitución que en forma expresa se refiera al matrimonio, lo cual no es completamente inocuo –con independencia de si puede o no entenderse implícito en el artículo 1°, inciso segundo, sobre lo cual no nos pronunciamos–. Por último, hay que tener en cuenta la diferente naturaleza que tiene el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 93, inciso primero, N° 6° (Inaplicabilidad de precepto legal) respecto de, por ejemplo, la contemplada en el N° 3° del mismo artículo (cuestiones de constitucionalidad en proyectos de ley). El primero pretende resolver controversias constitucionales con impacto acotado, y no solo por las consecuencias que tiene en la gestión judicial pendiente, sino también por su incidencia respecto de aspectos básicos sobre las que se sustentan instituciones y sistemas legales. Por todo lo mencionado previamente, esta Magistratura ha de ser especialmente cauta.

21°. De hecho, de acogerse la presente acción de inaplicabilidad no habría razón alguna para no seguir haciéndolo en el futuro. Así, cualquier discusión legislativa se vería inevitablemente sustituida por lo que esta Magistratura ya habría zanjado. Cualquier controversia sobre la constitucionalidad de un cambio legal esencial respecto de la regla imperante en nuestro ordenamiento jurídico vigente (como los relativos a la institución del matrimonio) es un asunto cuyo conocimiento es más

¹⁰La STC 1881, tanto en el fallo como en sus votos, confirma que cualquier eventual modificación al régimen de familia es materia de ley. El considerando 6° de dicho fallo explica muy bien este punto: *“está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a “Las personas” incluye el título IV “Del matrimonio”, lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, N° 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca”*.

propio de un control abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, lo solicitado en virtud del presente requerimiento es una pretensión improcedente y ya, por esa sola razón, este Tribunal debe declarar su rechazo.

22°. Usando las palabras vertidas, en su oportunidad, en la STC 1881 (c. 9°) recaída sobre un caso parecido, este requerimiento tampoco puede prosperar, “toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad”.

23°. Para finalizar, cabe aclarar, nuevamente, que el análisis desarrollado en este voto particular concurrente no tiene el mismo sentido y alcance de si se estuviera discutiendo la constitucionalidad de un nuevo y fundamental cambio al régimen jurídico existente discutido y aprobado por el Congreso, si así ocurriera en el futuro. Decir que la Constitución no mandata o impone, como único modelo tolerable, que la institución del matrimonio esté disponible para contrayentes del mismo sexo, no es necesariamente equivalente a sostener que está constitucionalmente prohibido que el ordenamiento jurídico de un país contemple una regla que, en lo que al matrimonio se refiere, no haga distinciones según sexo. Esta última no es una materia respecto a la cual este Tribunal deba ser arrastrado a pronunciarse con ocasión, como se ha explicado, de una acción de inaplicabilidad.

El Ministro señor Miguel Ángel Fernández González concurre a la sentencia teniendo además presente que:

1°. El requerimiento de fs. 1 no puede prosperar, en primer lugar, porque, al no haberse solicitado también la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil –que contiene la misma exigencia prevista en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil– deja desprovista de eficacia a la acción intentada en estos autos, aun cuando fuera acogida, desde que la condición exigida por esas normas consiste en un requisito de existencia del matrimonio que no se puede omitir por tratarse de una norma de orden público, como lo había resuelto la Corte Suprema, incluso antes de entrar en vigencia el referido artículo 80, “(...) por la vía de la aplicación de la excepción de orden público, sosteniendo que un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuya en el país que se contrajo” (Diego Oliva Espinoza: “Análisis Comparativo entre el Matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil en Derecho Internacional Privado”, *Revista de Estudios Ius Novum* N° 9, 2016, p. 44).

2°. Desde esta misma perspectiva, si se declarara la inaplicabilidad del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, las requirentes quedarían en una situa-

ción de menoscabo, en cuanto el matrimonio que han celebrado en el extranjero ni siquiera podría inscribirse en Chile como Acuerdo de Unión Civil, volviendo a la situación de total desconocimiento anterior a dicha ley, dado que tanto el artículo 102 del Código Civil como el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil se encuentran vigentes y tienen plena aplicación en la gestión pendiente.

3°. Por último, el requerimiento tampoco puede prosperar porque los preceptos legales impugnados no resultan, en su aplicación, contrarios a la Constitución, ya que no configuran una diferencia arbitraria al reconocer dos estatutos jurídicos distintos –el matrimonio y el acuerdo de unión civil– y al disponerse –en el artículo 12– que el matrimonio celebrado por las requirentes en España debe inscribirse en Chile como uno de dichos acuerdos, reafirmando que la diferencia de sexo entre los contrayentes es requisito de existencia del matrimonio.

4°. En efecto, a juicio de este previniente, entre las razones que pueden invocarse para justificar el tratamiento jurídico distinto a la unión de un hombre y una mujer en el caso del matrimonio, respecto de la que se pacta entre dos personas del mismo sexo, cabe considerar aquella que estima que es de la esencia de la institución matrimonial que se encuentre abierta a la procreación, ya que “[l]a unión orgánica entre los cuerpos de un hombre y una mujer es la característica que especifica una clase de pareja que, junto a otras características, responde a la definición del artículo 102 del Código Civil. El coito es una característica que especifica a las parejas heterosexuales de las parejas homosexuales. La cuestión es si esta característica justifica un estatuto jurídico propio y excluyente de las parejas homosexuales (y de cualquier otra clase de unión).

El coito es el primer paso del proceso procreativo; nuevos seres humanos comienzan a existir como resultado de este acto. Y con la existencia de un nuevo ser, se crean nuevas relaciones interpersonales (entre los padres y el hijo) y se modifican otras (de los padres entre sí). Estas nuevas situaciones no son irrelevantes desde la perspectiva del orden social. Las obligaciones morales que nacen a partir de la existencia de un nuevo ser humano, tienen una dimensión social relevante y, por eso, exigen un reconocimiento legal. La regulación legal de esta dinámica y su estructura es lo que tradicionalmente se ha llamado matrimonio. Puesto que la unión corporal que puede dar origen a un nuevo ser humano es exclusivamente entre un hombre y una mujer, la exclusión de las parejas homosexuales del marco regulatorio no es arbitraria. Esto es lo mismo que afirmar la conveniencia de un estatuto jurídico propio y específico para las parejas heterosexuales. Por el mismo motivo, se justifica un estatuto jurídico distinto para cada una de las dos clases de pareja” (Luis Alejandro Silva: “La Constitucionalidad del Artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Comentario Crítico del Requerimiento de Inaplicabilidad Fallado en la Sentencia Rol N° 1.881, de 3 de Noviembre de 2011”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, p. 480), tal y como se sostuvo en los votos particulares de los Ministros Bertelsen (pto. 6), Peña (pto. 3) y Venegas, Navarro y Aróstica (pto. 9), en dicha sentencia.

5°. Siendo así, “[e]l matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana que la racionalidad del hombre ha elevado

a un rango especial y ha estabilizado a través de las costumbres y de las leyes” (Hugo Hanisch E.: “Historia de la Doctrina y Legislación del Matrimonio”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 7, 1980, p. 481). Esa alianza, abierta a la procreación y que se funda, más allá, en la *unión* integral y complementaria entre un hombre y una mujer, en lo jurídico, se manifiesta en un conjunto de derechos y deberes recíprocos que surgen de ese vínculo libremente pactado.

6°. Por eso, la definición del matrimonio no queda a completa merced del legislador – apartándose parcialmente de lo resuelto en la sentencia Rol N° 1.881–, pues, aunque no se encuentra explicitado en la Constitución, tiene indudable base en la Carta Fundamental, ya que “(...) de la historia fidedigna del establecimiento de su texto queda claro que cuando se establece el precepto de que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1°) se está suponiendo implícitamente su organización jurídica a través del matrimonio (la discusión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre si debía o no contemplarse la indisolubilidad del vínculo o dejar libertad al legislador para establecer el divorcio, lo pone de manifiesto). Por eso, no extraña que la ley de matrimonio civil de 2004 haya querido explicitar lo que estaba subyacente en el texto constitucional declarando que el matrimonio es la base principal de la familia (art. 1°) y que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de la persona humana (art. 2°)” (Hernán Corral Talciani: “A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Matrimonio: ¿Sería Constitucional un Proyecto de Ley que Extienda el Matrimonio a las Uniones Homosexuales?”, *Diario Constitucional*, 28 de diciembre de 2011).

7°. Así las cosas, sea que se sostenga que la Carta Fundamental se refiere solo a la familia matrimonial, en su artículo 1° inciso segundo, o que, al menos, ésta es una especie de las familias allí reconocidas, en cualquier caso aquélla que se funda en el matrimonio sustenta la raigambre constitucional de esta institución, por lo que no queda, en su completa regulación, a disposición del legislador, de modo tal que “[l]a cuestión que se plantea, por tanto, es la del grado de originalidad que permite la Constitución al legislador matrimonial. En definitiva, se trata de saber qué caracteres –si existen– hacen reconocible el matrimonio de tal manera que su desaparición implicaría que el contrato de vida en común legalmente regulado no pudiera ser denominado matrimonio; es lo que suele conocerse como garantía de instituto. La idea es asegurar un mínimo de reconocibilidad a la institución matrimonial (...). Sin embargo, una postura en exceso rigurosa llevaría a la petrificación de una institución que está sociológicamente en permanente evolución” (Joaquín Urías: “El Régimen Constitucional del Matrimonio”, María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Directores): *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 895).

8°. Sobre esa base, eliminar la diferencia de sexo, como requisito de existencia del matrimonio, es suprimir la institución misma, lo que queda fuera del alcance de la potestad legislativa y, aun, constitucional, salvo que se sostenga que todas las instituciones pueden ser deconstruidas y replanteadas en su significado y contenido por lo que decida quien circunstancialmente dicta las normas jurídicas.

Como “[e]nseña Quintiliano (...) “la definición es la expresión adecuada al objeto propuesto, formulada en palabras con claridad y brevedad” (...)” (Tomás J. Aliste Santos: “¿Qué es el Matrimonio? Una Aproximación Dogmático-Conceptual”, Esther Martínez et al.: *La Igualdad como Compromiso*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 19).

Precisamente, “[l]a garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no solo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra (“Leit-Bild”). Éste es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto –se habla así de garantías “institucionales” o garantías “de institución”–), pero que después se proyecta sobre instituciones privadas (institutos –se habla así de garantías “de instituto”–) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales)” (Antonio Cidoncha Martín: “Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 23, 2009, p. 150).

9°. Con todo, es evidente que la existencia de instituciones diversas no justifica que el legislador, al reconocer o diseñar otras formas de vinculación interpersonal, vulnere principios y normas constitucionales, como por ejemplo la igualdad en y ante la ley, debiendo precaverse que no se incurra en discriminaciones, sobre todo, respecto de los menores de edad y que tampoco se afecte su identidad que “(...) *está constituida también por la identidad de su padre y de su madre (...). La vida humana, aunque se produzca mediante técnicas artificiales, requiere de un gameto femenino y uno masculino. Biológicamente, solo es posible una nueva vida humana mediante la fusión de células germinales de un varón y de una mujer, que se convierten en padre y madre del hijo común. Nadie puede tener más que un padre y una madre*” (María Sara Rodríguez: “Inaplicabilidad para conseguir “Presunción de Maternidad”: Otra Ofensiva de la Doble Maternidad”, *El Mercurio Legal*, 25 de febrero de 2020).

Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino. Los votos particulares han sido redactados por los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez conjuntamente, y Juan José Romero Guzmán, respectivamente. La prevención ha sido redactada por el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 7774-19-INA

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y Miguel Ángel Fernández González.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse

en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza*.

*Nota Redacción: Como aparece dicho en el fallo transcrito, la inaplicabilidad deducida surgió a raíz de un recurso de protección que dos personas de sexo femenino casadas en Francia, presentaron en la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Servicio del Registro Civil e Identificación que denegara su petición de (1) inscribir a las dos como madres de dos niños gestados por fecundación asistida y (2) de incorporar sus respectivos apellidos paternos en la partida de nacimiento de ellos. Pedían al tribunal que ordenara al Servicio recurrido que incorporara en la partida y certificación de nacimiento de los niños el nombre de la otra mujer también como madre y disponer la corrección de los apellidos de los niños incorporando los apellidos paternos de ambas.

La Corte Suprema, por sentencia de 20.7.2020 (rol 33.316-19) confirma el fallo apelado por no existir vulneración al derecho a la igualdad (art. 19 N° 2 de la Constitución) invocado, en la actuación del recurrido desde que el derecho vigente no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo y la filiación en Chile está concebida sobre la base de un padre y de una madre, no siendo aplicables meras opiniones consultivas de instituciones internacionales (Ministros Muñoz, Sandoval y Gómez Montoya/supl., y abogados integrantes Quintanilla y Pierry.

CORTE SUPREMA
(29.5.2020)
Schuster Pinto y otros c/Fisco
(condena Fisco por accidente isla J. Fernández
muerte ing. Arnolds)
Rol 5.572-19, de 29.5.2020

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veinte.

VISTOS:

En estos autos Rol de esta Corte N° 5572-2019, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados “Schuster Pinto, Macarena y otros con Fisco de Chile”, provenientes del Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de primera instancia, dictada el veintiuno de julio de dos mil diecisiete, se acogió la demanda, condenando al demandado a pagar a cada uno de los actores la cantidad de \$ 200.000.000, por concepto de daño moral.

Apelada dicha decisión por ambas partes, una sala de la Corte de Apelaciones la confirmó, con declaración que rebaja el monto concedido a \$ 150.000.000 para cada uno de los accionantes. Es necesario precisar que la sentencia erradamente expresa que “revoca” el fallo, en circunstancias que únicamente se resuelve una variación del monto indemnizatorio.

En contra de la decisión anterior, tanto los demandantes como el demandado deducen recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el primero de los arbitrios de nulidad es aquel entablado por los demandantes, quienes denuncian la infracción de los artículos 1556, 2314 y 2329 del Código Civil, yerro que se materializa al hacer suyo la sentencia de segundo grado, el motivo trigésimo sexto de la decisión de primera instancia, que rechaza la pretensión de lucro cesante en circunstancias que, en concepto de los recurrentes, resultó acreditado que la víctima de estos hechos percibía ingresos que van entre los \$ 53.000.000 y \$ 57.000.000 promedio en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, el cual ocurrió cuando tenía 40 años de edad.

En consecuencia, el hecho culpable de la demandada motivó que existan ingresos que los actores, en sus calidades de cónyuge e hijos del fallecido, dejaron de percibir y que deben también incluirse en la indemnización, siendo irrelevante su fuente.

SEGUNDO: Que, concluyen, la influencia de los señalados errores jurídicos en lo dispositivo del fallo resulta ser sustancial, por cuanto motivó el rechazo de la demanda en aquella parte que exigía una indemnización por concepto de lucro cesante, en circunstancias que dicha pretensión debió ser acogida.

TERCERO: Que, en cuanto al recurso de casación del Fisco de Chile, en un primer capítulo da por transgredidos los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil en cuanto al establecimiento de una falta de servicio, además de los artículos 1437, 2314, 2316 y 2329 en aquello concerniente a la relación de causalidad entre ésta y el daño demandado.

Expone que la sentencia recurrida razona en torno a que la maniobra del avión hacia el canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara es un comportamiento negligente de la tripulación, lo cual es, en concepto del recurrente, jurídicamente erróneo, puesto que esa negligencia no se puede desprender de ninguna norma o antecedente, como tampoco puede considerarse para dicho efecto que la altura no fuera superior a los 650 pies, en tanto ello no es una indisciplina o una negligencia.

Expresa que el informe de la empresa Airbus Military acompañado en autos reconoce que las condiciones meteorológicas imprevistas fueron las causantes del accidente, de lo cual fluye que el vuelo del avión se ajustó a las normas de tránsito y utilización del espacio aéreo. En este sentido, la decisión de ingresar al canal fue una maniobra reglamentaria y razonable para retornar a la pista una vez que las condiciones lo permitieran, configurándose así un actuar exento del reproche necesario para dar por establecida la culpa de los funcionarios.

Asevera que debe tenerse presente que solo hoy, después de muchos estudios, se puede evaluar que la decisión de volar al canal colaboró de alguna forma al resultado fatal, pero en las condiciones de los pilotos al momento de realizar esa maniobra, no se les podía pedir haber realizado un pronóstico y exigirles haber actuado sobre la base de información meteorológica con la cual no contaban, puesto que ello significaría olvidar la realidad concreta del servicio en el momento de los hechos.

Todo lo anterior incide también en el establecimiento de una relación de causalidad, por cuanto responsabilizar a la Administración en esas condiciones es un contrasentido y afecta el estándar de cuidado exigido. En este contexto, el error jurídico de los sentenciadores del grado estuvo en condenar únicamente sobre la base de un resultado dañoso, sin entrar a analizar la presencia del elemento subjetivo.

Asegura que la caída del avión se produjo por el fenómeno meteorológico, siendo imposible que los pilotos previeran la mayor intensidad de los vientos en un punto geográfico específico; se voló dentro de los parámetros y, entre el momento en que la nave se vio afectada por el viento y que se estrella en el mar, no transcurrieron más de 3 segundos, además, al momento del accidente el avión estaba fuera de la zona del circuito de aterrizaje o en fase de aproximación, volando por sobre la altura mínima establecida sobre el mar, de modo que no se observa en el accionar de los pilotos la negligencia imputada por el fallo recurrido, el cual finalmente aplica un régimen de responsabilidad objetiva, sin hacer un análisis normativo de la relación de causalidad.

CUARTO: Que, a continuación, se reprocha la transgresión del artículo 45 del Código Civil, por falta de aplicación de la eximente de caso fortuito. Afirma la demandada que el fallo confunde la imprevisibilidad con la razonabilidad o debida diligencia de una conducta y, a este respecto, reitera que los datos con que contaban los pilotos los habilitaban para el vuelo y que el fenómeno meteorológico fue inusual, circunstancia que lo hacía imposible de prever y resistir.

QUINTO: Que, finalmente, denuncia la vulneración de los artículos 47, 1698 y 1712 del Código Civil, 341, 384 N° 1 y N° 2, 426 y 428 del Código de Procedimiento Civil, identificando aquéllas como leyes reguladoras de la prueba, infracción que se configura al momento de calificarse la maniobra de los pilotos como negligente, para cuyo efecto los sentenciadores solo recurren a la opinión de Enrique Schafer Graf, prestada fuera del juicio, en desconocimiento de los antecedentes científicos recabados por la Fuerza Aérea de Chile y el peritaje de Airbus Military, conforme a cuyas conclusiones la única causa del siniestro fue el escenario meteorológico.

En este sentido, todos los investigadores aeronáuticos llegaron a una única conclusión, contraria a la que aparece en la sentencia, de lo cual fluye que los falladores desconocieron el valor probatorio de los informes científicos aportados, los cuales no fueron controvertidos por otras pruebas.

A mayor abundamiento, enumera una serie de antecedentes que, estima, no fueron valorados por la sentencia recurrida y que habrían llevado a concluir que la negligencia imputada a los pilotos en realidad es inexistente.

SEXTO: Que los errores de derecho antes mencionados tuvieron, en concepto de la parte recurrente, influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto la correcta interpretación y aplicación de las normas antes enumeradas, habría llevado a concluir que no fue acreditada una falta de servicio fiscal como tampoco un vínculo de causalidad, con el consecuente rechazo de la demanda.

SÉPTIMO: Que los antecedentes se inician por la demanda deducida por Macarena Schuster Pinto, por sí y en representación de sus hijos menores de edad Agustín, Josefa, Vicente y Matilde, todos de apellidos Arnolds Schuster, en contra del Fisco de Chile, motivada en los hechos ocurridos el día 2 de septiembre del año 2011, oportunidad en que el avión de la Fuerza Aérea de Chile (en adelante Fach), modelo Casa-212 cayó al mar en el Archipiélago de Juan Fernández, falleciendo sus 21 ocupantes.

Exponen que el vuelo se planificó en condiciones tales que, debido a la limitada capacidad de almacenaje de combustible, la nave no tenía la posibilidad de volver en caso de no poder aterrizar en la isla Robinson Crusoe, planificándose un punto de no retorno que motivó que la nave cayera al mar en un segundo intento de aterrizaje. A ello se suma que el Casa-212 tenía la posibilidad de llevar estanques adicionales de combustible que habrían aumentado la autonomía de vuelo, los cuales no fueron instalados y, por el contrario, durante los preparativos de la misión, la Fach dio la orden de retirarlos.

Añaden que el vuelo estaba programado originalmente para 11 pasajeros más 4 tripulantes, pero luego pasó a tener 15 pasajeros y 6 tripulantes, esto es, 21 personas a bordo, de manera que iba cargado al máximo con pasajeros y, si se agrega el peso del combustible, se sobrepasaba el permitido. En efecto, la nave tenía 164 kilos de sobrepeso.

En cuanto al aeródromo de Juan Fernández, punto de destino del vuelo, es conocidamente peligroso y con dificultades para aterrizar, tiene pista muy corta, rodeada de acantilados y mar, con fuertes vientos y tiempo cambiante, todo lo cual demanda una tripulación experimentada y con gran cantidad de horas de vuelo. El recinto operaba sin torre de control y sin personal o instrumental especializado; a modo ejemplar, la intensidad del viento era informada por el encargado de

aseo del lugar mediante la observación de una manga y las demás condiciones meteorológicas eran medidas en la Bahía de Cumberland, en el lado opuesto de la isla, a kilómetros de distancia.

Además, el modelo de avión no está diseñado para maniobras de aterrizaje con vientos cruzados superiores a los 22 nudos, circunstancia que evidencia que no era la nave apta para este viaje puesto que las rachas en la pista superaban el máximo permitido para la operación segura del avión, ascendiendo a 35 nudos.

Expresan que tampoco había manual o instructivo de vuelo específico para Juan Fernández, lo cual derivó en que no se observó un control adecuado de las condiciones de la travesía y, en efecto, el plan de vuelo elaborado por el piloto tenía falencias, como por ejemplo, no indicaba la circunstancia de tratarse de un trayecto con punto de no retorno, sin que se ejerciera una supervisión efectiva sobre estos aspectos.

Todo lo reseñado contribuyó a que la tripulación efectuara maniobras erradas durante los dos intentos de aterrizaje en la isla, exponiéndose imprudentemente a los vientos cruzados y, luego del primer intento, se llevó el avión hasta la zona del canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, caracterizada por fuertes vientos, área que fue sobrevolada a una altura peligrosamente baja, circunstancia que dejó al avión sin posibilidad de reacción frente a las corrientes y remolinos.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, expone que se verificaría una falta de servicio de la Fuerza Aérea de Chile, al tenor de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 44 de la Ley N° 18.575, puesto que se trata del órgano que estaba a cargo de la ejecución del vuelo y su seguridad, considerando que se trató de una misión ordenada por el Jefe del Estado Mayor, usando medios de la Administración y, en este escenario, se incurrió en las negligencias ya señaladas que fueron la causa directa de la muerte de todos los ocupantes.

A continuación, citan como fuente de responsabilidad los artículos 2314, 2329 y 2320 del Código Civil.

En cuanto al daño, uno de los pasajeros del vuelo era Joaquín Arnolds Reyes, nacido en 1971, quien formaba parte de la fundación Desafío Levantemos Chile, cuyos miembros se dirigían a ayudar a la reconstrucción de la isla, afectada por el terremoto del día 27 de febrero de 2010. Los demandantes son su cónyuge y sus cuatro hijos, quienes perdieron al padre de familia y principal fuente de ingresos familiares, dejando de percibir aquella cantidad que el fallecido ganaría por su trabajo hasta su edad de jubilación, además de sufrir un daño moral acrecentado por la exposición mediática de estos hechos. Por estas razones, solicitan la cantidad total de \$ 1.135.034.620 por concepto de lucro cesante, además del monto de \$ 350.000.000 para cada uno de ellos, en razón del daño moral.

OCTAVO: Que se establecieron como hechos no controvertidos, los siguientes:

1. El 8 de julio de 2011 la Fundación Levantemos Chile se dirigió al Coronel de Aviación Dennis Harvey Parada, Jefe del Departamento de Comunicaciones de la Fach, para invitar a la institución a participar en el denominado Proyecto de Reconstrucción del área de comercio de la Caleta de Pescadores de la Isla Robinson Crusoe del Archipiélago Juan Fernández, solicitando apoyo aéreo para el traslado del equipo del Programa Buenos Días a Todos de Televisión

Nacional de Chile, junto con personal de la Fundación y que comprendía un total de 11 personas.

2. Con fecha 19 de agosto de 2011, el General de Brigada Aérea Maximiliano Larraechea, Secretario General de la Fuerza Aérea, comunicó al Departamento Comunicacional la factibilidad de trasladar a la isla Juan Fernández al equipo del programa de televisión, personal de la Fundación Levantemos Chile y personeros del Consejo Nacional de la Cultura y Las Artes, apoyo que sería brindado los días 2 al 4 de septiembre de 2011 en el material modelo Casa C-212.
3. Mediante Reservado de fecha 24 de agosto de 2011, se ordenó la misión de vuelo para el traslado de 15 personas y materiales.
4. Con fecha 29 de agosto de 2011, la Fuerza Aérea de Chile a través de la V° Brigada Aérea, Grupo de Aviación N° 8 emitió la correspondiente Orden de Vuelo Esc. Apoyo CBTE N° 83-2011 Código Transponder 6541; Documento Orden Del C.J.V°B.A./O.M.N° 118/2011. Dicho instructivo consignó como avión al Casa-212 N° 966; con salida el 1 Septiembre de 2011 y regreso el 4 de Septiembre de 2011. Este documento contiene la siguiente mención; *“el comandante de la nave deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en el Manual de Operaciones del Grupo de Aviación N° 8, maximizando las normas de seguridad”*.
5. La tripulación estuvo conformada por la Teniente Carolina Fernández Quinteros, el Teniente Juan Pablo Mallea Lagos, los ingenieros de vuelo Eduardo Jones San Martín y Erwin Núñez Rebolledo y los funcionarios de la Fach Eduardo Estrada Muñoz y Flavio Oliva Pino.

NOVENO: Que la sentencia de primera instancia razona en torno a la prueba aportada en relación a todos los aspectos sobre los cuales descansa la negligencia imputada a la Fach, comenzando por el peso de la nave.

Sobre este particular, tiene presente que la Junta Investigadora de Accidentes de la institución registra en su informe que el Casa-212, inició el vuelo un peso de despegue de 8.264,6 kilos, presentando sobrepeso al despegue de un 2%; mientras que el fabricante Airbus Military, entre los datos básicos de la aeronave, describe que su peso máximo de despegue son 8.100 kilos.

Por otro lado, el Manual de Pesos y Centrados del Casa C-2012-300 contempla como peso máximo de rodaje 7.750 kilos y de despegue 7.700 kilos. El mismo documento señala que para efectos de cálculo del peso, se debe utilizar la llamada Tabla F, que es el resumen de la carga del avión, donde se debe incluir el peso máximo admitido para el despegue y aterrizaje, estimando el combustible que quedará al momento de arribar a destino, la suma del peso operativo más el del combustible al momento de aterrizar y restar los pesos anteriores de aquellos máximos, para así obtener las cargas permisibles.

Obran en la causa, además, el informe pericial entregado por la Dirección de Operaciones del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, de 10 de noviembre de 2011, donde se consigna que el peso total fue de 16.550 libras, mientras que aquel elaborado por los peritos Henry Cleveland y Raúl Jorquera Conrads, de 8 de agosto de 2011, describe que el peso total de la aeronave fue de 18.293,42

libras, equivalentes a 8.297,896 kilos, encontrándose en condición de sobrepeso al momento del despegue de 165 Kg y fuera de los márgenes permitidos.

El reporte de la Junta Investigadora del Accidente describe como peso máximo de despegue de la aeronave 8.100 kilos, señalando que el cálculo de peso estimado fue de 8.264,6 kilos, esto es, un sobrepeso de 164,6 kilos, lo cual es confirmado por el informe emitido por Airbus Military, de 15 de junio de 2012, que refiere que la aeronave despegó del aeropuerto de Santiago con un ligero sobrepeso, sobre los 8.100 kilos de peso máximo autorizado.

Por otro lado, también se incorporó la Resolución de la Comandancia en Jefe que propone sanciones administrativas, en razón de que el peso de operación de la aeronave fue calculado sobre la base de estándares, pero de haber sido fiscalizado debidamente se habría advertido que la cantidad de personas que transportaba excedía el máximo de despegue de la aeronave.

En cuanto al combustible, los antecedentes dan cuenta que el avión fue cargado con 1.380 litros, quedando con un total de 3.400 libras, sin especificar si aquel total contemplaba los estanques sub alares. Por su parte, el informe pericial de 10 de noviembre de 2011, realizado por los peritos Fernando Ilharreguy y Carlos Latorre Vargas, al detallar las características técnicas del avión, indica éste tiene una capacidad de combustible de 3.496 libras. Luego expresan que desde Antofagasta despegó con una cantidad de 3.400 libras, de modo que considerando un consumo promedio de 700 libras por hora y que el vuelo duró 3 horas con 24 minutos, se obtiene un combustible consumido de 2.380 libras.

El informe de Airbus Military indica que el combustible cargado se corresponde con la máxima capacidad de los tanques de combustible –principales y auxiliares– su peso es de 1545 kilos y el avión no estaba equipado con estanques sub-alares. De este modo, el combustible consumido en el trayecto a la isla con potencia máxima de crucero está en torno a los 1.062 kilos, circunstancia que indica que todavía quedó en los depósitos 483 kilos, que suponen una autonomía del avión de 110 minutos aproximadamente, de lo cual se desprende que la aeronave alcanzó las islas con suficiente combustible para intentar las maniobras de aterrizaje que fueran necesarias o mantenerse sobrevolando bastante tiempo en un área, en posible espera de mejores condiciones meteorológicas.

La Junta Investigadora de Accidentes menciona en su informe que la aeronave habría llegado a la isla con 1.298 libras de combustible remanente, que le daban una autonomía de 1 hora y 35 minutos de vuelo.

Finalmente, el metaperitaje rolante a fojas 831 y siguientes establece que el abastecimiento de combustible fue normal, descartándolo como causa del accidente.

Respecto de las comunicaciones, la Norma Dan 91 relativa a las Reglas del Aire, preceptúa que toda aeronave deberá mantener escucha permanente respecto a las comunicaciones aeroterrestres orales en ambos sentidos. Sobre este aspecto, el informe de la Junta Investigadora de Accidentes expresa que la aeronave entró en frecuencia Multicom 118,2 Mhz con la Estación Aeronáutica Robinson Crusoe a 10 minutos del arribo y canceló el Plan de Vuelo en esta frecuencia a las 16:42 horas, efectuándose las comunicaciones en forma normal desde y hacia la aeronave; la comunicación se dio normal y fluida, circunstancia que es confirmada por el informe de los peritos Henry Cleveland y Raúl Jorquera Conrads conforme al cual el avión mantuvo comunicaciones regulares.

Por su parte, el informe de Airbus Military que contiene la transcripción de dichas comunicaciones, no reporta ningún tipo de anomalía, emergencia o situación adversa, lo cual se ve refrendado por el metaperitaje de fojas 831, que expresa que, en general las comunicaciones fueron dificultosas, no obstante, no tuvieron injerencia en el accidente.

Respecto de la información meteorológica, el Manual de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa-212 señala que como parte de la planificación del vuelo debe considerarse la meteorología tanto del aeródromo de salida, durante la ruta, en el destino y en las alternativas.

El informe de la Junta Investigadora de Accidentes consigna que el aeródromo de la Isla Robinson Crusoe es uno no controlado, razón por la cual los Previsionistas de la Dirección Meteorológica de Chile, solamente preparan una situación de la ruta y del aeródromo, apoyado por imágenes satelitales. La condición sinóptica de Juan Fernández que se transmite a Santiago es obtenida a través de los observadores meteorológicos de la Dirección General de Aeronáutica Civil, que se encuentran en el pueblo de San Juan Bautista en la Isla Robinson Crusoe y aquello que se observa en la estación no corresponde necesariamente al panorama que se presenta en el aeródromo, que se encuentra a 10 kilómetros de distancia. En este orden de ideas, para apreciar la cantidad de nubosidad en el aeródromo, se observan las cámaras meteorológicas que hay en él y para determinar la base de las nubes, se utilizan los cerros como referencia, lo cual se complementa con la información de viento y nubosidad obtenida por parte del cuidador del aeródromo. No obstante, las condiciones meteorológicas en los alrededores y particularmente en el sector del canal, entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe donde se produjo el accidente, no son apreciadas y, por tanto, las tripulaciones no cuentan con esta información. Añade que los vientos eran de 45 nudos a los 9.000 pies hasta los 80 nudos a los 16.000 pies.

El informe de la empresa Airbus Military describe que la información meteorológica correspondiente al aeródromo de la isla Robinson Crusoe fue facilitada a la aeronave la noche del 1 de septiembre, consignando vientos de dirección variable a veces cruzados a la pista con intensidades medias de 10 a 13 nudos, arrachados hasta 36 nudos. La Isla habría sido afectada por fuertes vientos entre 30 y 35 nudos a partir de las 18:30 horas o 19:30 horas UTC no descartándose que haya perdurado hasta las 20:00 horas. Al momento del accidente la condición meteorológica era de vientos fuertes, 25 a 30 nudos, arrachados, con variaciones en la dirección horizontal de más de 90°.

Finalmente, el metaperitaje indica que, en relación a la ruta, la información que fue entregada a la tripulación por los previsionistas del Centro Meteorológico del aeropuerto correspondía a vientos de 250° con 20 nudos en promedio. Las condiciones en la Isla eran vientos fuertes de 25 a 35 nudos arrachados, variaciones en dirección horizontal de más de 90° en 30 segundos con fuerte inestabilidad y turbulencia agravada por la presencia de vientos descendentes entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe, de las cuales la tripulación no tuvo conocimiento. Tanto en la ruta como en la Isla las condiciones climáticas fueron adversas y la información meteorológica en poder de la tripulación no correspondía a las reales.

En aquello que concierne a la altura de vuelo, el Manual de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa 212 serie 300 para el Grupo de Aviación N° 8, dispone en el acápite Selección Altitudes del Capítulo IV, que para la navegación de

bajo nivel y para las misiones de instrucción, se utilizará una altitud de 250 pies, sobre el nivel de suelo. Conforme a la Junta Investigadora de Accidentes, la aeronave permaneció por un tiempo de 38 minutos sobre el límite fisiológico de los 10.000 pies, lo cual no tuvo efecto en el desempeño de la tripulación, aunque experimentó cambios de niveles de ruta que se realizaron para franquear nubosidad y posible formación de hielo, determinándose que se mantuvo en todo momento entre los 350 y 400 pies y se vio afectada por el viento cruzado. Durante la maniobra de inversión, la altura era de aproximadamente 350 a 400 pies sobre el mar y la pasada sobre la pista 32 fue aproximadamente a 80 pies y sin un ascenso pronunciado.

Añade que la altura de vuelo de la nave sobre el sector del canal se encuentra por debajo de las máximas de la isla Santa Clara, cuya elevación superior es de 1.226 pies.

El informe de la empresa Airbus Military contiene la transcripción de las comunicaciones y concluye que la altitud de la aeronave durante su vuelo por el canal fue inferior a la altura geográfica de la isla Santa Clara, menor a 650 pies en la zona donde fueron encontrados los restos.

Finalmente, la pericia evacuada por los Peritos Henry Cleveland Cartes y Raúl Jorquera Conrads, manifiesta que el avión realizó dos sobrevuelos a la pista, para luego pasar el canal a una altitud de vuelo inferior a los 650 pies, siendo lo más probable no superior a 440 pies. Asevera que las condiciones de alta inestabilidad y condiciones de cizalladura, con turbulencia moderada a extrema, pueden dar lugar a poderosas ráfagas descendentes que facilitan la formación de fuertes torbellinos en la zona del canal de la isla Santa Clara, provocando pérdida de altitud y del control.

En aquello tocante al plan de vuelo, el Reglamento Aeronáutico de Operación de Aeronaves lo define como la información especificada respecto a un vuelo proyectado o a parte de un vuelo de una aeronave, mientras que el Manual de Fase y Aplicación Táctica del Avión Casa-212, establece que la clave para el éxito de un vuelo es la planificación previa del mismo.

Sobre los hechos, el informe elaborado por la Comisión Investigadora de Accidentes de Tránsito, refiere que hubo diferencia entre el peso planificado y el real, se estimó un peso de 200 libras por persona sin contemplar equipaje y se consideró, además, un menor peso para los equipos de apoyo que se llevaron para la operación y para los dos especialistas. Añade que el perfil de vuelo planificado generaba la necesidad de contemplar un punto de no retorno –que no aparecía en el documento– en el cual tomar la decisión si continuar o no, de acuerdo a las condiciones meteorológicas y operacionales del destino.

El informe confeccionado por los Peritos Fernando Ilharreguy y Carlos Latorre, asevera que el Teniente Mallea no indicó ni mencionó en los Planes de Vuelo el punto de no retorno, de modo que es posible que la tripulación no contara con una planificación escrita y detallada del vuelo a realizar, puesto que, además, en el documento presentado se cometieron una serie de errores, en especial en tiempos y capacidad del avión.

Sobre las condiciones del Aeródromo Juan Fernández, no fue controvertido que se trata de uno no controlado. La dependencia aeronáutica que establece contacto y asesora a las tripulaciones se encuentra ubicada en la localidad de San Juan Bautista en la Bahía de Cumberland y el contacto con el control aéreo es un

funcionario localizado en dicho lugar, que dispone de equipos de medición de las condiciones meteorológicas.

El informe de la empresa Airbus Military describe que se trata de un aeródromo sin torre de control, como tampoco servicio meteorológico localizado en el lugar, a lo cual el reporte de la Junta Investigadora de Accidentes añade que se carece de equipos de comunicaciones que operen en frecuencia aeronáutica y de un operador que permita entregar información en tiempo real a las aeronaves.

Por su parte, el Metaperitaje de fojas 831 y siguientes indica que el recinto no cuenta con ningún tipo de servicios, como el de losa, control de tránsito aéreo o extinción de incendios, tampoco posee equipos de comunicaciones en frecuencias aeronáuticas u operadores, lo cual impide dar información en tiempo real respecto a las condiciones reinantes en el área inmediata al aeródromo.

Por último, sobre de las aptitudes de la tripulación, la Teniente Carolina Fernández era la oficial más antigua, teniendo a su cargo el cumplimiento de la misión, contaba con licencia de Piloto de Guerra y una experiencia total de 727,5 horas de vuelo en 8 años, de las cuales 411,9 horas corresponden a vuelos en un Casa-212. Su último viaje al archipiélago de Juan Fernández se registró en el mes de junio de 2011 y anteriormente había cumplido misiones al mismo lugar en febrero de 2011 y diciembre de 2010. En el mes de febrero de 2011 fue autorizado su nombramiento como Comandante de Aeronave Casa-212, asumiendo el cargo a contar del 4 de marzo.

El Teniente Juan Pablo Mallea se desempeñó como piloto al mando, siendo de su responsabilidad el funcionamiento y la seguridad de la aeronave durante el tiempo de vuelo. Contaba con licencia de Piloto de Guerra y una experiencia total de 613,6 horas de vuelo en 7 años, de las cuales 276,8 horas corresponden a vuelos en un Casa-212. Durante el año 2011 había efectuado un vuelo a la isla Robinson Crusoe en la aeronave, los días 29 y 30 de junio de 2011 y anteriormente en los meses de marzo y diciembre del año 2010.

Conforme al Metaperitaje, ambos pilotos se encontraban con sus cursos de vuelo aprobados, en condiciones de volar los diferentes materiales de vuelo, incluyendo el Casa-212 y contaban con la experiencia adecuada para operar en el aeródromo de la isla.

De todo lo expuesto anteriormente la sentenciadora establece, en primer lugar, que el avión despegó con un sobrepeso de 164 kilos aproximadamente, circunstancia que implica no seguir las medidas de un vuelo seguro, que deben adoptarse y respetarse desde que el avión se encuentra en tierra y previo al despegue y no solamente durante el trayecto. Además, los antecedentes dan cuenta que no existe certeza de la realidad de los datos consignados en el manifiesto de carga y pasajeros, del cual no quedó copia. En efecto, en el peso estimado que se registró, no fueron incluidos dos de los pasajeros, cuyos datos fueron proporcionados por las fichas médicas de la institución y con posterioridad.

Ello se relaciona con la razón de retirar los estanques sub alares, que fue precisamente el exceso de peso que ya se advertía y, aun sin ellos, igualmente fue excedido.

La misma inobservancia se aprecia en aquello concerniente al combustible, por cuanto los antecedentes allegados a la causa no entregan suficiente claridad en cuanto a que si los cálculos efectuados para medir capacidad versus autonomía, consideraron la capacidad total de almacenamiento de combustible del

avión, incluidos los estanques sub-alares, o sin éstos. La capacidad máxima de combustible permitía una autonomía de 4 horas con 51 minutos, mientras que el Plan de Vuelo, consideró una menor y que hace dudar sobre la real carga, puesto que el remanente quedó reducido solo para 33 minutos de vuelo y, con ello, estrechamente se cumplía con los parámetros obligatorios. Se trató de un vuelo que consideró un punto de no retorno, lo cual obligaba a la tripulación a efectuar los cálculos de combustible con una precisión tal que, ante cualquier emergencia, permitiera desenvolverse con total holgura.

El aeródromo de destino establecido en el Plan de vuelo como primario fue Viña del Mar y, considerando las condiciones ideales, esto es, combustible al máximo, condiciones climáticas óptimas y sobrevuelo preciso sin otros incidentes, se hubiese podido arribar a ese lugar sin mayores problemas, pero habría sido imposible regresar a Santiago. Sin embargo, si se consideran los datos registrados en el Plan de Vuelo, no era viable ninguna de las alternativas ni siquiera en condiciones ideales.

En relación a la información meteorológica, ninguno de los miembros de la tripulación acudió personalmente a la oficina de meteorología para pedir la información o revisar y percibir directamente las condiciones climáticas. Esta falta de prudencia se advierte desde que al Teniente Mallea, en el Mesón de Operaciones de Vuelo y mientras esperaba la aprobación del Plan de Vuelo, le fue entregada la meteorología impresa, preguntándole el Cabo 1° Alegría, despachador, si había efectuado las consultas al Previsionista Meteorológico, respondiendo que sí, lo cual efectivamente habría ocurrido ese mismo día, pero telefónicamente y cerca de las 10: 30 horas. Luego del despegue no hubo preocupación por revisar nuevamente, a pesar que el Manual de Fase en su Capítulo III, preceptúa que el piloto será personalmente responsable de obtener en las dependencias correspondientes un completo informe meteorológico que contemple el máximo de información posible.

Agrega que la tripulación conocía condiciones climáticas distintas a las encontradas al llegar a la isla, falencia que se explica por informarse éstas en base al clima imperante en el lugar donde se encuentra ubicada la estación meteorológica, distante a kilómetros de la pista de aterrizaje y que son obtenidas de una cámara que visualiza la pista y la manga de viento con que se mide este último, mecanismos de predicción imprecisos e inquietantemente precarios. Los vientos anunciados oscilaban entre los 15 y 25 nudos, los constatados fueron por sobre los 35, arrachados en variadas direcciones y en particular entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe por donde el Casa-212 decidió transitar. En este sentido, si la isla hubiese estado dotada de una implementación e infraestructura apropiada, la tripulación hubiese tenido acceso a una información más precisa y en tiempo real de las condiciones climáticas imperantes, permitiéndole decidir preventivamente y evitando aquellas zonas donde el viento u otro factor podía afectar el control de la aeronave.

En cuanto a la altura al momento de pasar por el canal, se desconocen las verdaderas condiciones de aeronavegabilidad del avión hasta ese punto, no pudiendo determinarse con certeza que por el hecho de haber llegado a la isla y sobrevolarla, el avión no se viera afectado por otros factores.

Todas las circunstancias descritas llevan a concluir que la tripulación al mando del avión Casa-212 no dio cumplimiento a la reglamentación vigente,

contenida en las Normas DAN y DAR, como tampoco en los manuales emitidos por la institución al efecto, en particular respecto a la planificación y en la forma explícitamente descrita en ella y que ha sido establecida precisamente para resguardar la seguridad y eficiencia de un vuelo.

Sin embargo, la responsabilidad que concierne a la tripulación no se agota en ella, sino que trasciende y hace extensiva al Mando Institucional de la Fuerza Aérea de Chile, por no haber supervisado o revisado con la misma minuciosidad la planificación del vuelo, en cuanto al peso, cálculo de combustible y autonomía, considerando además que se trataba de un vuelo con punto de no retorno, respecto del cual se aprobó un plan deficiente, incorrecto e impreciso, para llevar a cabo una misión en un destino que no contaba con normas, instructivos o procedimientos mínimos de seguridad, en razón de su particular ubicación y características geográficas, como tampoco existía una regulación de la operación de naves pertenecientes a una brigada aérea en otra y, al mismo tiempo, por haber designado una tripulación que carecía de la preparación, experiencia y aptitudes personales necesarias para enfrentar todos los distintos y posibles escenarios en que se puede desarrollar una misión.

Estas infracciones reglamentarias, omisiones y el exceso de confianza en que incurrió la tripulación y el mando Institucional, afectaron la seguridad de la aeronave y del vuelo con destino a la isla Robinson Crusoe y contribuyeron a provocar el accidente y sus lamentables consecuencias, reflejándose en ello la falta de servicio que motiva la acción indemnizatoria.

Todo lo razonado también significa concluir que no tiene cabida al caso fortuito alegado por la demandada.

En aquello que concierne al daño demandado y, en primer lugar, sobre el lucro cesante, los únicos antecedentes objetivos son las declaraciones anuales de renta efectuadas por la víctima en los años 2010, 2011 y 2012, documentación que no resulta suficiente para avaluar efectivamente el monto que se dejó de percibir por su sucesión, dado que ellas consignan una serie de retiros, sin que conste si esa sociedad se encuentra disuelta o sigue funcionando.

En aquello que respecta al daño moral, ha quedado comprobada la aflicción experimentada por la demandante y sus hijos menores, evidenciada por los testimonios vertidos en juicio e informes psicológicos; los actores perdieron a quien fuera su cónyuge y padre, situación que significó disgregar su grupo familiar por la pérdida irreparable de uno de sus miembros, lo cual lleva a fijar el monto de este rubro en \$ 200.000.000 para cada uno de los accionantes.

DÉCIMO: Que, apelada la decisión, el fallo de segundo grado expone que, además de las omisiones, inexistencia de protocolos adecuados, inobservancia de las obligaciones contenidas en aquellos existentes, faltas de rigurosidad en el cumplimiento del plan de vuelo y las graves infracciones reglamentarias que se designan en el considerando vigésimo octavo de la sentencia en alzada, ha quedado establecido que una vez que la aeronave Casa-212 sobrevoló la pista de aterrizaje, hizo un giro que la condujo hacia el canal formado entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, sobrevolándolo a una baja y riesgosa altura. Fue precisamente aquella maniobra, que pudo evitarse, la que configuró una de las causas inmediatas del accidente, toda vez que debido a las condiciones meteorológicas existentes al tiempo de sobrevolar el canal que separa las islas señaladas

a baja altura, necesariamente provocaron una inestabilidad en la aeronave que no fue posible de revertir.

Aquella negligencia resultó ser una condición determinante, eficiente y necesaria para producir el accidente, apareciendo indiscutiblemente un nexo causal entre los hechos ocurridos los que culminaron en el lamentable siniestro.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, razona que la Fuerza Aérea de Chile, forma parte de la Administración del Estado y, por lo tanto, se rige por el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República. Si bien el artículo 21 de la Ley N° 18.575 excluye de su aplicación a las Fuerzas Armadas, la obligación de responder nace de la norma constitucional de manera directa, teniendo además en consideración que la tripulación a cargo de la misión actuó en su calidad de tal en el ejercicio de sus atribuciones, encontrándose ligados los funcionarios con el Estado por un vínculo de dependencia de derecho público, de modo que conforme los artículos 4° de la Ley N° 18.575 y 38 de la Carta Fundamental, se responde por falta de servicio, la cual resultó acreditada en estos antecedentes.

El razonamiento anterior permite, además, excluir el caso fortuito alegado, por cuanto los elementos de juicio dan cuenta que la existencia de los vientos y demás condiciones meteorológicas y climáticas presentes en el momento y lugar del accidente, eran posibles de ser calculadas con anticipación y pudieron ser eludidos, descartándose tanto la imprevisibilidad como la irresistibilidad.

En relación al daño sufrido por los actores, de la prueba rendida puede darse por establecido que la cónyuge y los hijos de la víctima Joaquín Arnolds han sufrido aflicción y dolor, estimando los sentenciadores que la cantidad de \$ 150.000.000 para cada uno de los demandantes auxilia a los actores a soportar el padecimiento que los aqueja.

UNDÉCIMO: Que, si bien el primer arbitrio de nulidad es aquel entablado por los demandantes, motivos de orden exigen previamente el examen de los yerros jurídicos invocados por el Fisco de Chile, en tanto ellos tienden a cuestionar el establecimiento de la responsabilidad, mientras que los actores únicamente centran su reproche en la naturaleza del daño cuya indemnización se concede.

DUODÉCIMO: Que, señalado lo anterior, de manera previa a toda consideración de fondo, corresponde razonar en torno al régimen de responsabilidad que debe aplicarse a la Fuerza Aérea de Chile, en tanto integrante de las Fuerzas Armadas.

Sobre el particular esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, de modo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos y, específicamente el artículo 2314, que establece la responsabilidad por el hecho propio, en caso que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o de los funcionarios, en la forma que se señala a continuación.

DÉCIMO TERCERO: Que, en efecto, corresponde recordar que hasta antes de la dición de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación

varía con la promulgación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el Derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló, entonces, el artículo 44 –hoy 42– que prescribió: *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18, actual 21.

Conforme a lo anterior, en los autos Rol N° 371-2008 caratulados “Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile” esta Corte razonó: *“cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a Carabineros de Chile. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente precisamente que el desarrollo del Derecho Administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, ‘no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso’. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado”* (considerando décimo quinto).

De esta forma, en nuestro país la noción de falta de servicio puede ser aplicable a las Fuerzas Armadas, pero a partir del artículo 2314 del Código Civil.

DÉCIMO CUARTO: Que, a su vez, como se decidiera en los autos rol 7919-2008 caratulados “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco” el 14 de enero de 2011, *“a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de*

falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo ‘Seguel con Fisco’ ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado” (considerando décimo tercero).

DÉCIMO QUINTO: Que la jurisprudencia expuesta, concordante con la exclusión del régimen de responsabilidad por falta de servicio respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, previsto en el artículo 21 de la Ley N° 18.575 en relación al artículo 42 del referido texto legal, ha sido acertada al sustentar la responsabilidad de tal órgano en las normas del Código Civil, específicamente aquellas previstas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, toda vez que estas normas, que tienen el carácter supletorio en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del mismo código, resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

DÉCIMO SEXTO: Que, volviendo al caso en análisis, la demanda cita como fuentes de la atribución de responsabilidad fiscal, tanto los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 44 de la Ley N° 18.575, como luego los artículos 2314, 2320 y 2329 del Código Civil, expresando que existiría de parte de la demandada, una falta de servicio, factor de atribución sobre el cual se construyen tanto la contestación de la demanda, como los fallos de primer y segundo grado, el último de los cuales aclara que la responsabilidad arrancarían directamente de la norma constitucional, razonamiento que no es controvertido por la defensa fiscal en su arbitrio de nulidad.

En este escenario, sin perjuicio de la precisión realizada en los motivos precedentes, el carácter de derecho estricto del recurso en examen motiva que esta Corte se encuentre impedida de variar el factor de atribución de responsabilidad, en tanto la demandada funda su impugnación sin discutir que a la Fuerza Aérea de Chile le fuere aplicable el régimen de falta de servicio e, incluso, reprocha la transgresión de los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, sin excluir su aplicación y, por el contrario, alegando que el actuar del órgano administrativo no cumpliría con los presupuestos de tales preceptos para hacer nacer la obligación indemnizatoria.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, a continuación, nuevamente motivos de orden en el razonamiento exigen resolver la vulneración que el Fisco de Chile denuncia en relación a las leyes reguladoras de la prueba, por cuanto del éxito o fracaso de este capítulo de casación será gravitante frente a la posibilidad de variación de los supuestos fácticos que vienen ya establecidos por los sentenciadores del grado.

DÉCIMO OCTAVO: Que, como reiteradamente esta Corte lo ha precisado, las normas reguladoras de la prueba se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el “onus probandi” o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley les asigna uno preciso de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga, nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

En efecto, se denuncia en primer lugar una infracción al artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, transgresión que luego se reconduce al artículo 425 del mismo cuerpo normativo, explicando que, al momento de ejercerse la opción por aquel de los medios de prueba que se creyó más conforme a la verdad, se hizo con desapego a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo cual, posteriormente y en el mismo capítulo, se reconoce que la valoración de las probanzas se rige, en este procedimiento, por el sistema de prueba legal o tasada.

Sobre esta prerrogativa –sin perjuicio de que en el fallo impugnado no se indica expresamente que se hubiere procedido en virtud del señalado precepto– esta Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que la aplicación del artículo 428 del Código de Enjuiciamiento no es susceptible de ser estudiada por la vía del recurso de casación en el fondo. En efecto, la infracción de tal disposición no ha podido producirse, desde que el fallo se limita a efectuar la valoración de los medios de prueba aportados –supuestamente contradictorios, en opinión de las recurrentes– apreciación que al no estar reglada no puede importar una infracción de ley.

En otras palabras, los sentenciadores han ejercido facultades privativas al estudiar y ponderar los documentos e informes acompañados por las partes en apoyo de sus pretensiones, razón por la cual corresponde desechar esta presunta infracción de ley que solo se sostiene en no haber reconocido mérito preferente a las probanzas allegadas por la demandada y, por el contrario, haberle otorgado valor a una declaración prestada en el marco de la investigación administrativa, tenida a la vista, cuyo valor instrumental, por lo demás, no aparece alterado en el fallo impugnado.

Relacionado con lo anterior, tampoco es posible acoger la alegación de existir un yerro en relación al artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, pues no aparece que a dicha declaración se hubiere dado el valor de una prueba testimonial. Sin perjuicio de ello, esta Corte ya ha señalado en oportunidades anteriores que dicho precepto no constituye una norma reguladora de la prueba, en tanto no consagra reglas que dispongan parámetros fijos de apreciación que obliguen en uno u otro sentido a los jueces de la instancia, siendo éstos soberanos en la valoración de la prueba testifical, por lo que este aspecto no es susceptible de ser atacado a través del arbitrio en estudio.

DÉCIMO NOVENO: Que, finalmente, respecto a los artículos 47 y 1712 del Código Civil, la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones queda entregada a los magistrados de la instancia, pues la convicción de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas. Y dado que la facultad para calificar tales atributos se corresponde con un proceso racional de los jueces del grado, no puede quedar sujeta al control de este recurso de derecho estricto.

A mayor abundamiento, de la lectura del fallo recurrido no fluye que los sentenciadores del grado hubieren acudido a presunción alguna para efectos del establecer la responsabilidad de la demandada, puesto que, en su concepto, ella resultó establecida de manera directa de los antecedentes aportados en la causa.

VIGÉSIMO: Que de lo expuesto, aparece que aquello que en definitiva la recurrente reprocha en este capítulo es la forma o manera en que fue valorada la prueba por la sentencia impugnada, toda vez que sus cuestionamientos esenciales dicen relación con el alcance y sentido que corresponde atribuirle, actividad que, en esos términos, escapa al control de casación y se agota con las conclusiones asentadas por los jueces del fondo, por lo que la denuncia sobre este particular no podrá prosperar.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, descartada una vulneración a las leyes reguladoras de la prueba, los hechos establecidos por los sentenciadores del grado resultan inamovibles para esta Corte, cuestión que habilita para entrar al examen de las normas sustantivas, comenzando por el reproche que formula el Fisco de Chile, en relación al establecimiento de una falta de servicio, como también de un vínculo causal entre ésta y el daño sufrido por los actores.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que se ha resuelto reiteradamente que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

También ha sostenido esta Corte de Casación que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, puesto que su factor de imputación es precisamente la falta de servicio, debiendo probarse –por quien lo alega– el mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado.

En este orden de ideas, no todo hecho dañoso puede atribuirse a una falta de servicio, sino solo los que se verifiquen por la falta de aquello que es exigible a la Administración, de modo que resulta necesario el análisis de las normas concretas que regulan la actividad en el marco de la cual ocurrieron los hechos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que la Fuerza Aérea de Chile está facultada por el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 175 de 1960, del Ministerio de Hacienda, para transportar personas y cargas ajenas a la institución en sus aviones y helicópteros que vuelan por razones de servicio y tengan cabida disponible, dentro del país o al extranjero. Este último requisito de la cabida disponible se considera una vez precisados los funcionarios institucionales y la carga necesaria para la función, todo lo cual debe ser transportado.

De acuerdo al artículo 3° del mismo cuerpo normativo, se puede autorizar en casos excepcionales y calificados, que dicho transporte sea otorgado en forma

gratuita, lo cual procederá especialmente en situaciones de emergencia o calamidades públicas.

De lo anterior se colige que razones de servicio limitan los vuelos civiles en transportes aéreos militares, pues solo pueden realizarse con motivo u ocasión del cumplimiento de una determinada función o tarea asignada a la Fuerza Aérea de Chile, destinando personal funcionario y medios de ésta para el cumplimiento de la misión institucional.

En consecuencia, de acuerdo a las disposiciones legales citadas, el transporte de civiles en aeronaves militares puede generar responsabilidad por falta de servicio, derivada tanto del acto material del vuelo como del acto formal administrativo que autorizó la misión institucional, aún si se ha llevado adelante únicamente por la decisión de la autoridad institucional.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en particular, importante resulta destacar, además de aquella normativa y disposiciones ya citadas en detalle en el fallo recurrido, lo preceptuado en el Manual de Fase del avión Casa-212, obligatorio para los funcionarios de la Fach, que parte regulando la planificación de todo vuelo, expresando que ella debe realizarse de manera tal que *“no quede ninguna duda para la fase de ejecución de esta y debe considerar todos los parámetros y variables posibles que afecten la operación de la aeronave”*, a modo ejemplar, el tipo de carga o pasajeros a trasladar, meteorología, cálculo de performance, selección de ruta y nivel de vuelo y cálculo de combustible. En este contexto, es de suma importancia verificar si la aeronave puede o no operar en ciertas condiciones, para lo cual debe buscarse las mejores condiciones meteorológicas, previa obtención de un completo informe. En cuanto al combustible, dispone que debe considerarse el necesario para cumplir la misión, el combustible hacia la alternativa, más 45 minutos de autonomía, que se eleva a 1 hora en caso de un vuelo con punto de no retorno.

La responsabilidad de la planificación recae en el piloto, quien está obligado a recabar toda la información de utilidad y confeccionará conforme a ella, el respectivo plan de vuelo.

Sobre la ejecución, el mismo documento advierte que, producto de su gran envergadura alar, el Casa-212 se ve seriamente afectado ante aterrizajes con viento cruzado.

En cuanto a la altitud, se consigna que ella es generalmente entre 50 y 500 pies sobre el terreno o agua.

En concordancia con todo lo anterior, las Reglas de Vuelo y Operación General ordenan que el piloto al mando deberá conocer toda la información disponible apropiada al vuelo proyectado, lo cual *“comprenderá el estudio minucioso de los informes y pronósticos meteorológicos de actualidad de que se dispongan, el cálculo de combustible necesario y la preparación del plan a seguir en caso de no poder completarse el vuelo proyectado”*. Añade: *“el piloto al mando de la aeronave es la única y máxima autoridad a bordo y principal responsable de su conducción segura”*.

Finalmente, el Manual de Pesos y Centrados del avión Casa-212, contempla como peso máximo de rodaje 7.750 kilos y de despegue 7.700 kilos, aun cuando la Junta Investigadora del Accidente expresa como peso máximo 8.100 kilos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a la luz de la prueba documental y pericial incorporada en los antecedentes, los sentenciadores del grado dieron por establecidos, además de los hechos consignados en el motivo octavo, los siguientes:

1. El avión Casa-212 despegó con un sobrepeso de, a lo menos, 164 kilos.
2. Funcionarios de la demandada dispusieron que se retiraran del avión los estanques sub alares de combustible, en razón del ya mencionado exceso de peso.
3. Una menor disponibilidad de combustible derivó en que la autonomía de vuelo del avión, también disminuyera, situación que se vio acrecentada con las condiciones del viento, que generan un consumo mayor. Con ello, en caso de dificultarse el aterrizaje, la nave estaba impedida de volver a Santiago o siquiera dirigirse exitosamente al aeródromo de Viña del Mar, fijado como alternativa.
4. El plan de vuelo elaborado por el Teniente Juan Pablo Mallea contenía errores en cuanto a la cantidad de combustible cargado y, consecuentemente, la autonomía de vuelo, altura máxima, naturaleza –civil o militar– de la misión, además de omitir la circunstancia de tratarse de un vuelo planificado con punto de no retorno.
5. Ninguno de los miembros de la tripulación acudió personalmente a la oficina de meteorología para pedir la información concerniente al vuelo, revisar o percibir personalmente las condiciones climáticas. El Teniente Juan Pablo Mallea hizo consultas al previsionista meteorológico, pero solo telefónicamente y varias horas antes del despegue.
6. En el aeródromo de destino, la información fue obtenida de la estación meteorológica disponible en la isla, pero distante a kilómetros de la pista de aterrizaje y que es recabada en base a una cámara y una manga de viento. Para el caso de las nubes, se toma como referencia los cerros y la apreciación personal de un cuidador, que no cuenta con la calificación suficiente para estos efectos.
7. Los vientos anunciados oscilaban entre los 15 y 25 nudos. Los efectivamente constatados fueron por sobre los 35 nudos, arrachados, en varias direcciones, especialmente en el canal que se forma entre la isla Santa Clara y la isla Robinson Crusoe.
8. Al momento de arribar a la isla, la nave sobrevoló la pista de aterrizaje, hizo un giro que la condujo al canal antes mencionado, sobrevolándolo a una baja y riesgosa altura, lo cual, sumado al efecto de los vientos, provocó una inestabilidad que no fue posible revertir, provocándose el accidente y el fallecimiento de todos los ocupantes.

VIGÉSIMO SEXTO: Que los hechos reseñados, analizados a la luz de los deberes de acción y planificación que pesaban sobre la tripulación del Casa-212 y el mando de la Fach, permiten concluir la existencia de una falta de servicio de la demandada, puesto que se actuó de manera defectuosa, en inobservancia a la normativa que resultaba obligatoria y que establece obligaciones precisamente dirigidas a la seguridad y eficiencia del vuelo; como también se incurrió en omisiones respecto de la recopilación de información esencial y necesaria para aproximarse a un lugar de destino conocidamente problemático por sus condiciones meteorológicas.

En efecto, por un lado, la tripulación no cumplió con las disposiciones del Manual de Fase y de las Reglas de Vuelo y Operación General, que exigen una planificación minuciosa de la misión. Es así como no se verificó que se cumpliera con el peso recomendado, accionar que la demandada justificó en que los 164 kilos de sobrepeso correspondían a combustible que se consumiría durante el viaje, argumentación que no es susceptible de ser atendida, en tanto se trata de normas que deben ser cumplidas como una condición para iniciar el vuelo. Dicha falta de previsión se vio reflejada también en el manifiesto de pasajeros, mecanografiado con un total de 15 personas, de las cuales se tarjaron dos y se añadieron otras de forma manuscrita, sin que conste que el peso que implicó dicha variación hubiere sido considerado.

Por el contrario, para efectos de mitigar el sobrepeso, se dispuso el retiro de los estanques sub alares de combustible, lo cual dejó a la nave con una autonomía de vuelo de 33 minutos, en circunstancias que, tratándose de una misión con punto de no retorno, el Manual de Fase exige 1 hora de combustible, que se suma a aquel necesario para arribar al lugar de alternativa.

El plan de vuelo, por su parte, registró una serie de falencias, a modo ejemplar, indicaba que la altura sería de 10.000 pies, de los cuales se autorizaron únicamente 9.000 pies, estableciéndose luego que el Casa-212 alcanzó una altura de vuelo sobre los 15.000 pies. Relacionado con lo anterior, existen testimonios que dan cuenta que la Teniente Carolina Fernández rechazó la información meteorológica por sobre los 10.000 pies, afirmando que no se desplazaría a esa altitud.

Finalmente, tampoco se observó el deber de planificación en cuanto a las condiciones meteorológicas, las que ciertamente influyen en la selección de ruta, nivel de vuelo y cálculo del desempeño que tendrá la aeronave, incidiendo también en el consumo de combustible. En efecto, el Manual de Fase, respecto de las medidas de seguridad, pone especial énfasis en su punto N° 10 en la obligación del piloto, quien antes del vuelo *“debe estudiar la ruta, especialmente los terminales y las alternativas, verificando: vientos de altura, isoterma cero, nubosidad y topes, turbulencia, pronóstico, visibilidad y techo de los terminales”*. Añade este manual, en su parte de aplicación táctica: *“si las condiciones de temperatura y viento no son las esperadas e indispensables para puesta en marcha y el despegue, deberá esperara mejores condiciones, las cuales se producirán durante las últimas horas de la tarde”*.

Por el contrario, la información recibida por la tripulación daba cuenta de una actividad post frontal, con inestabilidad y vientos, a lo menos, sobre los 20 nudos –hasta 35 nudos según el informe de Airbus Military– lo cual ciertamente requería que, al momento del despegue, se contara con los datos más actualizados posibles, que no fueron recopilados. Sobre este punto, el Metaperitaje refiere que la última solicitud del pronóstico del tiempo, fue obtenida solo 6 horas antes del despegue.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que a las circunstancias anteriores, se suman las condiciones del aeródromo de destino, las cuales elevaban el estándar de cuidado que debía observar la tripulación por cuanto, al tratarse de un recinto no regulado, carecía de servicios aeronáuticos como el de información de vuelo y alerta, mientras que la situación meteorológica imperante en dicho lugar era informada por una unidad que se hallaba a kilómetros de distancia de la pista, cuyos métodos de medición y predicción eran, a lo menos, imprecisos y precarios.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tal como viene resuelto, las actuaciones causantes del accidente no se limitan a la tripulación del Casa-212, puesto que otros funcionarios de la Fach también omitieron ejercer su deber de fiscalización en el cumplimiento de la normativa obligatoria para estos efectos. De este modo se establece en la Resolución N° 062 de fecha 23 de mayo de 2012 de la Dirección de Operaciones de la Fach, que el Centro de Operaciones Aéreas de la II° Brigada Aérea, no mantuvo contacto con la tripulación, recibió el plan de vuelo vía fax, siendo revisado y tramitado pese a que no mantenían un procedimiento escrito para ese tipo de operaciones hacia el aeródromo Robinson Crusoe. Tampoco se realizaron coordinaciones respecto del punto de no retorno y, así, no se ejerció control positivo sobre la misión y los medios con que ella se desarrolló.

En este orden de ideas, a diferencia de aquello que refiere la demandada en su recurso, el reproche no se centra en la circunstancia de haberse realizado una travesía con punto de no retorno, puesto que ello no se encuentra prohibido y resulta válido como estrategia de vuelo. Sin embargo, dicha característica exigía de parte de la institución una mayor rigurosidad al momento de su planificación y ejecución, que no fue observada en este caso.

VIGÉSIMO NOVENO: Que la consideración de todas las circunstancias fácticas ya reseñadas permite entender la forma en que se desarrollaron los hechos: la tripulación se vio enfrentada a condiciones meteorológicas adversas de las cuales tenían previa noticia, pero sin dimensionar la importancia que tendrían para el desempeño de la nave, lo cual requirió una reacción rápida ante la posibilidad de que dicho escenario les impidiera el aterrizaje. Si bien no se pudo dar por establecido que la primera pasada por la pista del aeródromo fuera un intento frustrado de llegar a tierra, lo cierto es que luego de realizar la maniobra “gota de agua” se hizo una segunda pasada y, a continuación, el trayecto otorgaba dos opciones, esto es, rodear la isla Santa Clara o pasar por el canal que se forma entre ésta y Robinson Crusoe.

Tratándose de un vuelo con punto de no retorno y que, conforme se dio por establecido, no contaba con combustible suficiente siquiera para aterrizar en el aeródromo de alternativa, lo cual hacía perentorio descender en Juan Fernández puesto que no existía otra posibilidad, es posible comprender la presión que pesó sobre los pilotos para realizar un trayecto más corto y optar por el canal entre las islas, aun cuando las condiciones meteorológicas adversas del lugar eran conocidas.

Al ingresar a dicho canal a baja altura, la cizalladura del viento disminuyó la capacidad de maniobra, lo cual derivó, conforme lo concluyen de manera conteste tanto el Metaperitaje como el informe de la empresa Airbus Military, en una pérdida de control, a alta velocidad y baja altitud sobre la superficie del mar, con las consecuencias lamentables que ya son conocidas.

TRIGÉSIMO: Que, establecida la falta de servicio, el Fisco de Chile reprocha, además, la forma en que se asentó una relación de causalidad entre ésta y el daño demandado.

Respecto del vínculo causal, corresponde tener presente que un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando, de no haber existido aquél, éste tampoco se habría producido. Así, se ha señalado por la doctrina:

“El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado (...) la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño” (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, primera edición año 2008, Editorial Jurídica de Chile, página 373).

La doctrina nacional distingue hoy dos elementos integrantes de la relación de causalidad. El primero es el denominado “elemento natural”, en virtud del cual se puede establecer que *“un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido”* (obra citada, página 376). El segundo, corresponde al “elemento objetivo”, para cuya configuración es indispensable que el daño producido pueda ser imputado normativamente al hecho ilícito. De este modo, una vez determinada la causalidad natural, debe procederse a verificar si el daño puede ser atribuible a la conducta desplegada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en el caso de autos, si bien es cierto que el Casa-212 se enfrentó a condiciones extremas de cizalladura de viento en el canal que se forma entre las islas Robinson Crusoe y Santa Clara, resulta incuestionable que el hecho de la demandada, en los términos en que ya se ha establecido, constituye la causa directa del accidente y el consiguiente fallecimiento de los ocupantes de la nave. En efecto, el cumplimiento del deber de planificación que pesa sobre el piloto al mando de la misión, en los términos dispuestos por el Manual de Fase del avión –esto es, analizando tipo de carga, meteorología, performance, selección de ruta, nivel de vuelo y cálculo de combustible como consideraciones mínimas– habría permitido advertir que el vuelo, en la forma en que estaba originalmente dispuesto, no cumplía con las condiciones esenciales para despegar. Debía la institución disponer el pesaje de la totalidad de los pasajeros, tripulación y equipaje antes de abordar para así, conjuntamente con el peso del combustible determinar si se cumplía con los estándares recomendados; luego, correspondía recabar la información meteorológica más actualizada posible de manera presencial con el previsionista, tomando en consideración la naturaleza no regulada del aeródromo de destino y la circunstancia conocida de tratarse la isla Robinson Crusoe de un lugar complejo para el aterrizaje; con lo anterior, sería factible un cálculo en orden a si la aeronave podía o no operar bajo las condiciones previstas, puesto que también era sabido que el Casa-212 por su gran envergadura alar, es más susceptible de verse afectado en escenarios de viento cruzado; solo cumplidos estos pasos se podría determinar la ruta, horario y nivel de vuelo, considerando siempre combustible adicional en los términos consignado por el señalado Manual de Fase; finalmente, todos estos antecedentes debían, conjuntamente con otros relevantes, ser plasmados correctamente en el plan de vuelo y en el manifiesto de pasajeros, a fin que las autoridades competentes –particularmente la Dirección General de Aeronáutica Civil– tomaran adecuado conocimiento de ellos.

Por otro lado, de haberse ejercido eficientemente la obligación de fiscalización que pesaba sobre la cadena de mando institucional, las falencias anteriormente anotadas se habrían advertido –con lo cual el despegue del avión no habría podido ser autorizado– o, a lo menos, se habría tomado conciencia de la inexistencia de protocolos y procedimientos necesarios para el control efectivo de las naves, el

desarrollo de las actividades de vuelo y la coordinación y manejo de las operaciones, todas omisiones por las cuales, según consta en autos, se aplicaron sanciones administrativas a distintos funcionarios de la Fach.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que todas las circunstancias ya anotadas son, como se ha dicho, la causa directa del accidente, puesto que fueron determinantes para que el piloto del avión Casa-212 se hubiera visto compelido, ante el escenario meteorológico reinante, a ingresar al lugar donde finalmente ocurrió la tragedia.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, arribados a este punto, resta referirse a la excepción de caso fortuito opuesta por el Fisco de Chile y, relacionado con ella, la infracción denunciada respecto del artículo 45 del Código Civil.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en términos generales, el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que por lo tanto no pueden atribuirse a una falta de la diligencia exigida. *“La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente. Así, se ha fallado que ‘no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto’. En igual sentido se ha declarado que cuando se actúa con culpa “el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario”* (Barros Bourie, ob. cit. pág. 90).

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el caso fortuito tiene una definición legal en el artículo 45 del Código Civil como el *“imprevisto a que no es posible resistir”*. La doctrina tanto nacional como comparada reconoce tres elementos indicadores del caso fortuito, esto es, un hecho externo, imprevisible e irresistible.

En un sistema de responsabilidad de carácter subjetivo, en la naturaleza del caso fortuito pasa a ser determinante la estimación de la diligencia a que el deudor estaba obligado, por lo que dependerá necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidados debidos para prever este hecho o para evitarlo, si fue previsto. Para que el hecho se repunte como fortuito, es necesario que en él no se encuentre en relación alguna de efecto a causa con la conducta culpable del deudor. En consecuencia, no se puede calificar por si solo de fortuito a un determinado acontecimiento sin hacer una valoración de la diligencia del agente; esta calificación depende fundamentalmente de la conducta del agente frente al hecho. La prueba del caso fortuito se traduce, entonces, en la de los elementos que lo constituyen, los cuales deben concurrir copulativamente, siendo ellos indivisibles.

El aspecto de mayor importancia en el caso fortuito es la naturaleza imprevista del hecho, por cuanto pasará a tener este carácter cuando se han adoptado todas las precauciones que aconseja la ciencia o la prudencia para evitar el riesgo, no en lo que éste consista. Así, que el suceso se produzca por causas naturales no llega a importar caso fortuito, sino que la ocurrencia del mismo sea o no previsible. La previsibilidad depende principalmente del modo cómo el suceso

ocurre, no de un cálculo de posibilidades, probabilidades o porcentaje de ocurrencia. La diligencia, cuidado y cumplimiento de las obligaciones de seguridad y cuidado resultan indispensables de aquilatar. En el evento que se esté ante una omisión pasa a tener importancia la representación, es un elemento psicológico. Esta intervención tiene, como única finalidad, el objetivo de quitar al hecho los caracteres de imprevisible, de hacerlo previsible, de actuar en tal forma sobre las circunstancias concomitantes al hecho que la diligencia y cuidado empleados hagan que el evento escape a las previsiones exigidas, quede fuera de la órbita de los sucesos que racionalmente se hayan podido prever.

La conducta del agente se relaciona en forma más directa con la irresistibilidad del hecho, esto es, con las circunstancias de que el suceso haya sido superior a las fuerzas del agente, de tal manera que éste no haya podido impedir los efectos dañosos del suceso, no obstante las precauciones impuestas por la diligencia que debió emplear. Ello puede obtenerse mediante la oposición de defensas que se haga frente a un evento, las que deben ser idóneas para evitar sus efectos. Si ocurre el hecho dañoso y el deudor le había opuesto las defensas necesarias para evitarlo (medidas de previsión) y estas medidas eran idóneas para impedir sus efectos dañosos (medidas de resistencia), según lo aconsejan la ciencia y la prudencia, y –no obstante la diligencia y cuidado empleados– por obra de la violencia incontrolable del evento, el daño se produce, siendo por lo mismo para él insuperable, entonces podemos decir que el hecho ha sido irresistible.

Se exige también del agente el empleo de cierta diligencia y cuidado, y si aquél prescinde de ésta incurre en culpa o dolo, desaparece el requisito de la irresistibilidad y el hecho se le hace imputable.

Resulta imprescindible investigar sobre si el hecho, que se invoca como fortuito, es la verdadera causa del daño producido. En otros términos, se hace menester indagar acerca de la relación causal que puede existir entre el acontecimiento y el perjuicio, y la solución que esta indagación proporcione, tendrá que variar necesariamente en cada situación particular.

Naturalmente, no debe mediar intervención alguna del agente en esta relación causal entre el hecho y el daño. Si la relación causal es rota por culpa del obligado, el hecho pasa a serle imputable y pierde entonces su categoría de eximente de responsabilidad. Es indispensable que no exista culpa del agente en la ocurrencia del hecho, puesto que el caso fortuito se traduce en la falta de culpa del agente y, en consecuencia, no hay caso fortuito cuando existe culpa precedente o concomitante al hecho.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que la imprevisibilidad se entiende que es una calificación de carácter relativa, que puede aplicarse a un suceso según lo acostumbrado o desacostumbrado conforme a un proceso intelectual lógico y racional, el que está siempre subordinado a la circunstancia de que se refiera a acontecimientos que racionalmente hayan podido preverse; y que depende no del hecho mismo, sino de la manera cómo éste se presenta –en relación a sus factores externos, pero concomitantes–; todo lo cual debe descansar sobre una evaluación de la conducta del agente, referida al grado de diligencia que éste debió emplear.

Este elemento debe determinarse en concreto, es la previsión y la prevención ante los daños que se ha representado o que ha debido representarse el agente,

aquello que es necesario determinar. Se puede advertir que no es el daño mismo el que debe estar a la vista, sino la obligación de precisarlo, de llegar a conocerlo.

Para que se lo pueda considerar previsible el evento dañoso es indispensable relacionarlo objetivamente a otras circunstancias concretas, de modo que no existe un tipo ideal de fenómeno que sirva como medida para establecer si un hecho es o no previsible; aquello que le da este carácter a un hecho son las circunstancias específicas que lo rodean.

A lo expuesto se agrega el antecedente que lo exigido por la doctrina y la jurisprudencia, es actuar en la vida con la debida y esperada diligencia y cuidado, otorgando la calidad de imprevisto al suceso solamente en el evento que si se hubieren adoptado todas las medidas que la precaución aconseja, y sin embargo, el hecho igualmente se produce.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, finalmente, la irresistibilidad se refiere a la conducta del agente frente a un suceso en vías de ocurrir, inminente, o ya ocurrido, y consiste en defensas que se oponen al hecho imprevisto tendientes a evitar sus efectos dañosos. Es la previsibilidad de un suceso aquello que obliga a una persona a adoptar las medidas de diligencia y cuidado tendientes a evitarlo y, si este hecho dañoso igual ocurre, no obstante las medidas adoptadas, el suceso puede ser calificado de imprevisto.

Sin embargo, para atribuir a tal acontecimiento que originó daños a un tercero, el carácter de irresistible, es necesario que las medidas de defensa que se implementaron para que no ocurriera o minimizar sus consecuencias, sean de tal entidad y pertinentes que sean eficientes, eficaces y efectivas para evitar el evento dañoso o sus consecuencias, por tanto, corresponde ponderar la calidad, entidad, pertinencia e idoneidad de las medidas que se dispusieron, las cuales deben ser las adecuadas para evitarlo.

En otras palabras, para que el hecho sea irresistible y permita su calificación de caso fortuito, es necesario que el obstáculo para el agente sea insuperable, no solo para la persona concreta que está vinculada a imperativo legal, sino también para toda otra persona colocada en análoga circunstancia, esto es, que la prevención no pueda ser ejecutada por nadie ante la situación planteada.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, aclarado el marco teórico a la luz del cual corresponde analizar los hechos, ya ha resultado acreditado el incumplimiento culpable de la Fach en cuanto a sus deberes de planificación y fiscalización del vuelo del Casa-212, al estar probado que la observancia de una serie de pasos y la adecuada confección y revisión del plan de vuelo hubiera evidenciado los riesgos concretos de que el avión tuviera dificultades en el desarrollo del trayecto y en su aterrizaje.

En este orden de ideas, la misma demandada reconoció que el avión iba con sobrepeso, a un aeródromo no regulado, en un vuelo con punto de no retorno que debía esa característica a la cantidad de pasajeros a transportar, que nunca se contempló instalar los estanques sub alares de combustible y que era conocida la existencia de inestabilidad post frontal en la zona de destino, todo lo cual ciertamente exigía una actuación consistente en observar con mayor rigurosidad los deberes contemplados en su normativa interna, que precisamente están establecidos para la seguridad de los tripulantes y pasajeros.

El Fisco de Chile sitúa la causa directa del accidente en el fenómeno meteorológico. Sin embargo, tal como se ha indicado anteriormente, el nexo causal reconduce directamente a las acciones y omisiones en que se incurrió antes de iniciar el vuelo, por cuanto todas ellas generaron un estado de cosas que obligó a la tripulación a ejecutar una maniobra arriesgada, como era sobrevolar el canal que se forma entre las islas Santa Clara y Robinson Crusoe, ante la imposibilidad de continuar el trayecto, adentrándose en un sector cuyas características especialmente complicadas eran conocidas, tomando en consideración que el piloto Ricardo Schafer Graf, quien aterrizó horas antes, también presentó problemas y, de hecho, en su declaración judicial en sede penal, manifestó que sabía los riesgos de haber sobrevolado el canal, razón por la cual tomó otro recorrido.

En consecuencia, en concepto de esta Corte el énfasis en el análisis debe situarse en la omisión de la debida planificación del trayecto y así resultaba plenamente previsible que un avión cuyo vuelo no fue planificado adecuadamente, ante un escenario de inestabilidad post frontal –condición que era conocida desde antes de despegar en Santiago– en una zona de vientos a lo menos 20 nudos y muy superiores, sin posibilidad física de aterrizar en otro lugar por cuanto iba con sobrepeso y no contaba con combustible suficiente para viajar hacia el aeródromo alternativo, sufriera un siniestro como el ocurrido y la Fach no podía menos que representar su ocurrencia.

Tampoco puede estimarse que se trate de un hecho irresistible puesto que, según se ha razonado, podría haber sido evitado, puesto que las falencias en la preparación y fiscalización del vuelo debieron haberse advertido con mediana diligencia, todo lo cual habría llevado a reprogramar el viaje, en busca de condiciones meteorológicas más favorables o, a lo menos, a reconsiderar el número de pasajeros y la cantidad de combustible de que se disponía.

En efecto, en juego se encontraba no solamente la correcta aplicación táctica de las normas institucionales, sino la vida de un grupo de civiles y militares.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, en concordancia con lo que se viene resolviendo, esta Corte ha señalado con anterioridad: *“Que en cuanto a los efectos de los sistemas frontales, éstos no constituyen un caso fortuito o fuerza mayor, atendido que no concurre el requisito de la imprevisibilidad por cuanto en la zona donde se presentan son fenómenos naturales probables. En las condiciones referidas no resulta atingente sostener que la empresa concesionaria se viera enfrentada a un imprevisto imposible de resistir. Precisamente era previsible que el sistema frontal causara estragos en las instalaciones y sistemas de distribución, sin embargo, se podrían haber evitado o mitigado las consecuencias lesivas para el sistema eléctrico, si se hubieran adoptado las medidas necesarias para procurar la continuidad del servicio”* (CS Rol N° 20.271-2018 motivo 9°).

CUADRAGÉSIMO: Que, rechazada la concurrencia del caso fortuito, se acredita la falta de servicio de la demandada, en cuanto a la adopción de medidas para evitar el evento dañoso y su vínculo causal con los daños demandados, de modo que el arbitrio de nulidad sustancial no podrá prosperar.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, ya establecida la responsabilidad fiscal, corresponde analizar el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante,

que se centra únicamente en el lucro cesante demandado y rechazado por los sentenciadores del grado.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que se ha sostenido que el lucro cesante es la ganancia frustrada que no se logra por causa del hecho fuente de responsabilidad, en circunstancias que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas.

Atendida su naturaleza, resulta evidente que la determinación de este rubro, al vincularse con un hecho futuro, siempre genera incerteza, sin embargo, aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que el artículo 1556 del Código Civil dispone: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”*

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

Así, en el caso concreto, se dio por establecido que Joaquín Arnolds Reyes era el sustento económico de su familia, formada por los demandantes, prestaba servicios de ingeniería y percibía anualmente los ingresos que constan en las declaraciones anuales de renta que se acompañaron en autos, de todo lo cual se desprende que la víctima del accidente fue privada de las ganancias que obtenía por su actividad laboral y, por tanto, también fueron reducidos los montos que, como padre de familia, aportaba en beneficio de su cónyuge e hijos menores de edad, sin que resulte relevante la situación social después de la muerte –esto es, como indican los falladores, la disolución o no de la entidad societaria– sino la proyección de aquello que habría ocurrido de no haberse verificado el hecho dañoso, a la luz de la prueba rendida, examen que no se observa en la decisión impugnada.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, y sin perjuicio de las consideraciones a la luz de las cuales se fijó finalmente un monto para el lucro cesante, se trata de un daño cierto que, en tal calidad y al tenor de lo dispuesto en el citado artículo 1556 del Código Civil, merece ser indemnizado, por cuanto resulta atribuible al actuar de la demandada.

Al no disponerlo así, los sentenciadores han incurrido en infracción de dicho precepto, yerro jurídico que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivó el rechazo de un rubro indemnizatorio que debió haber sido concedido, circunstancia que motiva el acogimiento del arbitrio de nulidad sustancial de la parte demandante, según se dirá a continuación.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 1460 en contra de la sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1442 y se acoge el arbitrio de nulidad sustancial entablado a fojas 1453, en contra de la misma decisión, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Se previene que el Ministro señor Muñoz concurre acogimiento del recurso de casación deducido por la parte demandante y al rechazo del arbitrio planteado por el Fisco de Chile, pero no comparte los motivos duodécimo a décimo sexto, relativos al régimen de atribución de responsabilidad que debe regir para las Fuerzas Armadas y la fuente de éste, teniendo, en su lugar, presente:

- 1° Que, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades, el régimen de responsabilidad del Estado se rige por el Derecho Público y la noción de falta de servicio, sin que pueda ser aplicado el Derecho Civil por analogía o Derecho Común, por cuando reposan en nociones, fundamentos y evolución diferentes.
- 2° Que el sistema de atribución de responsabilidad de la Administración se sustenta en la falta de servicio, régimen que se desprende tanto del artículo 38 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575.
- 3° Que, incluso de estimarse inaplicables las normas del Título II del citado cuerpo legal, igualmente se debe tener en consideración el sistema basado en la noción de falta de servicio, tanto por así disponerlo el artículo 4° de la misma ley, como desprenderse de la historia legislativa de esa normativa.

Acordada con el voto *en contra* de la Ministra señora Sandoval, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandante, teniendo para ello presente:

- 1° Que, tal como se ha indicado, el arbitrio de los actores se limita a impugnar la sentencia únicamente en aquella parte que no les concede indemnización por concepto de lucro cesante.
- 2° Que del examen de los antecedentes, fluye que este rubro fue rechazado en primera instancia por falta de prueba – motivos que luego fueron hechos suyos por la decisión de segundo grado – en razón de la ausencia de antecedentes ciertos y objetivos para el establecimiento de su existencia y monto, por cuanto las declaraciones anuales de renta, correspondientes a los impuestos personales de la víctima en los años tributarios 2010 a 2012, únicas probanzas acompañadas sobre el punto, aun cuando podrían constituir la base para presumir una renta promedio, no resultan suficientes para avaluar el monto concreto de aquello que efectivamente se dejó de percibir por su sucesión. A esa conclusión se arriba luego de examinar dichas declaraciones y constatar que no aportan mayores datos respecto de los retiros que en ellas aparecen y que sustentan el cálculo realizado por los actores; en efecto, nada se acreditó en cuanto a si ellos provienen de una o más sociedades y, si así fuera, de su naturaleza jurídica, su objeto social y su vigencia; como tampoco su valuación precisa y su percepción constante por la víctima, de modo de poder conectar causalmente su pérdida con la falta de servicio cometida por la demandada. De este modo, los demandantes no dieron cumplimiento a lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil, que hace recaer en ellos el peso de la prueba en esta materia.
- 3° Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo de los actores se construye sobre la base de que aquel lucro cesante sería cierto y, en cuanto a su monto, estaría constituido por aquel que se expresa en la declaración de renta

bajo el código “retiros”, dividido por los 12 meses del año, ello, para cada una de las tres anualidades anteriores al fallecimiento.

Sin embargo, tal como ya se ha expresado, tales hechos no han sido asentados en la causa, muy por el contrario, los fallos de primer y segundo grado concluyen que el lucro cesante y su monto no fueron acreditados.

4° Que la variación de los hechos asentados en la causa es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. En efecto, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo cual significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero los hechos como soberanamente los han dado por probados o sentados los magistrados a cargo de la instancia no pueden modificarse por esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba.

5° Que, como reiteradamente esta Corte lo ha precisado, las normas reguladoras de la prueba se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el “onus probandi” o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley les asigna uno preciso de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga, nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

Ninguna de estas disposiciones es acusada como infringida en el recurso, puesto que únicamente se denuncia la transgresión de normas sustantivas.

6° Que, en consecuencia, los hechos asentados en la sentencia recurrida resultan inamovibles para este Tribunal de Casación, pudiendo inferirse que el recurso se construye contra ellos e intenta variarlos, proponiendo otros que a juicio de la recurrente estarían probados y que no se establecieron por los jueces del fondo, todo lo cual impide, en concepto de esta disidente, el acogimiento del arbitrio.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro (S) señor Zepeda y la prevención y disidencia, de sus autores.

Rol N° 5572-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 29 de mayo de 2020.

NOTA:

Más de siete años ha demorado este proceso de indemnización de perjuicios en el cual se ha perseguido la responsabilidad del Estado/fisco en este caso, por los

trágicos sucesos de la caída de un avión de la Fuerza Aérea de Chile que transportaba de manera gratuita un grupo de periodistas y gente de TVN que viajaba para cubrir la noticia de la iniciativa de la Fundación Un techo para Chile, que presidida por su fundador Felipe Cubillos pretendía iniciar en la Isla Juan Fernández trabajos de reconstrucción luego de la destrucción de parte de ella con ocasión del terremoto y maremoto del 23.2.2010, que tanto estrago produjo especialmente en la zona central y sus costas y tanta pérdida de vidas.

Siendo esta solo una nota, no nos interesa ahondar mayormente en este dramático accidente que terminó con la muerte de todos los pasajeros y la tripulación que conducía la aeronave y está totalmente destruida en el fondo del mar a los pies de la Isla.

Únicamente recalamos aquí que, por desgracia, en la preparación del referido viaje que con tanta ilusión había ideado el fundador Cubillos*, que ya había realizado una muy meritoria acción proveyendo a la reconstrucción de varios poblados arrasados, hubo una sucesión de hechos que mostraron –sin duda, sin la menor intención– una negligencia que hicieron posible dicho accidente, como (a) una carga excesiva que llevaba el avión, tanto de carga como de pasajeros, (b) una provisión de combustible, para no aumentar el peso ya sobrepasado, que no permitía volver al puesto de partida o alguno más cercano y que solo servía para la ida en dicha Isla, y (c) una tripulación joven, que si bien contaba con las aprobaciones reglamentarias exigidas, carecía de la experiencia para el aterrizaje en el lugar, particularmente difícil por la intensidad de los vientos, aeródromo situado en la cima de la Isla, lo que hizo que al no atreverse aterrizar a la primera pasada y pretender hacer una segunda, los vientos se lo impidieron precipitándose al mar con las consecuencias conocidas.

A pesar de los intentos de la defensa fiscal, estos hechos, debidamente probados en el proceso, eran más que suficientes para configurar una neta “falta de servicio”, en cuanto omisiones en el debido actuar del organismo estatal encargado de ese viaje, en una aeronave fiscal y con su personal, por los daños –en este caso específico, “Schuster y otros”–, por la muerte de un pasajero, por acción procesal deducida por su cónyuge y sus hijos, en lo referente al daño en las condiciones normales de vida producida por su muerte (mal llamado daño moral).

EDUARDO SOTO KLOSS

*Abogado, que fuera alumno de nuestra cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y que me tocara dirigirle la Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Derecho, sobre “Las concesiones marítimas”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
(11.03.2019)
Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A.
c/Municipalidad de Cerro Navia
Licitación pública declarada desierta/concesión de servicio
público de recolección de residuos sólidos
domiciliarios y aseo de ferias
(Casación en el fondo - Rol 3032-2018)

Santiago, once de marzo de dos mil diecinueve

Ante el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia contenida en Rol 5747-2017, de 22 de diciembre de 2017, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se rechazó recurso de ilegalidad contra el decreto N° 494 del Alcalde de la Municipalidad de Cerro Navia, presentado por Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A. (en lo que sigue “Servitrans”), en el cual se declaró desierto el proceso de licitación pública para la “concesión del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y aseo de ferias de la Comuna de Cerro Navia”, la Corte Suprema (tercera sala) acogió, sin voto disidente, dicho recurso, al considerar que se *“ha desnaturalizado el proceso de licitación pública (...) [y que] los sentenciadores han alterado las condiciones de aprobación de las concesiones municipales”*.

En virtud de lo anterior, declaró que los jueces del grado *“han vulnerado el artículo 151 de la Ley N° 18.695 en relación con el artículo 65 letras j) y k) del mismo cuerpo normativo”* y que *“se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto (...) en contra de la sentencia de veintidós de diciembre de dos mil diecisiete, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación”*.

A continuación, se citan los considerandos más relevantes del fallo antes identificado, en atención a los temas a tratar en los comentarios aquí expuestos:

“SEXTO: Que, en lo medular, la infracción de ley denunciada por el recurrente se funda en un aspecto, esto es, el yerro jurídico relacionado con la determinación de la naturaleza jurídica de la contratación, al señalar los sentenciadores que se trata de un contrato que, por reunir ciertas particularidades, requiere de un quórum diverso a aquel que la ley exige para el otorgamiento de una concesión municipal”.

“SÉPTIMO: Que, para resolver adecuadamente se debe tener presente que el artículo 65 letra j) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone que el Alcalde requerirá el acuerdo del Concejo para: ‘Suscribir los convenios de programación a que se refieren los artículos 8° bis y 8° ter y celebrar los convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 unidades tributarias mensuales, y que requerirán el acuerdo de la mayoría absoluta del concejo; no obstante, aquellos que comprometan al municipio por

un plazo que exceda el período alcaldicio, requerirán el acuerdo de los dos tercios de dicho concejo (...); a su vez, la letra k) de la misma norma señala que el Alcalde requerirá el acuerdo del Concejo para: ‘Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término’”.

En el mismo considerando, prosigue indicando que: “...a su turno, el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 18.695 establece: ‘El quórum para sesionar será la mayoría de los concejales en ejercicio. Salvo que la ley exija un quórum distinto, los acuerdos del concejo se adoptarán por la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva’”.

“OCTAVO: Que previo a entrar al análisis de los yerros jurídicos denunciados resulta imprescindible reflexionar respecto de la naturaleza del servicio para el cual el municipio hizo el llamado a licitación pública para la concesión del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y aseo de ferias de la comuna de Cerro N (...) Pues bien, este servicio responde a lo que doctrinariamente se conoce como un “Servicio Público”, puesto que es el Estado o la Municipalidad que decide satisfacer un interés general básico de la sociedad. Tal calidad la conserva sin importar que quien realice en la práctica tal función sea un órgano de la Administración del Estado o un particular. El último ejecutará el servicio por cuanto el primero habrá delegado el ejercicio de tal función en virtud de una concesión u otra figura jurídica”.

“En doctrina se ha denominado a este criterio –que busca definir qué es un servicio público– como funcional, puesto que atiende a la función desempeñada más que al órgano que la desarrolla. Lo importante es destacar que la naturaleza jurídica del servicio no cambia por haber sido entregada a manos de los particulares. Lo esencial es la satisfacción del interés general, mediante el procedimiento del servicio público decidido por el Estado, y este interés común, debe primar decisivamente sobre el interés de los particulares”.

“NOVENO: Que una vez despejado lo anterior cabe precisar que la afirmación contenida en la sentencia impugnada respecto que en el caso de autos no se estaría en presencia de una concesión sino que de un contrato de prestación de servicios, es errada, pues la concesión es un contrato administrativo que se rige por sus propias estipulaciones y por normas de derecho público. Lo anterior queda en evidencia pues una vez terminado el proceso de licitación que adjudica la concesión, ésta se perfecciona en todos los casos a través de la suscripción de un contrato administrativo”.

“No obsta a ello la circunstancia de no ser la empresa concesionaria quien directamente cobre una tarifa o tasa a los habitantes de la comuna de Cerro N. por el retiro de los residuos, ni cobre directamente los derechos de aseo domiciliario, pues lo decisivo aquí es que la empresa presta un servicio público que en principio debería ser proporcionado por la Municipalidad, puesto que conforme con el artículo 3 letra f) de la Ley N° 18.695 es el ente edilicio quien está a cargo del aseo y ornato de la comuna”.

“Es así como aquella a través de un proceso licitatorio externaliza el servicio, pagando a una empresa –que en este caso bien pudo ser la reclamante–, una determinada cantidad de dinero para que desarrolle tal labor, todo ello conforme las facultades que le otorga el artículo 8° del mencionado cuerpo legal, norma

que autoriza a las municipalidades a celebrar contratos y otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título”.

“UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, se debe establecer si en la especie se ha desnaturalizado el proceso de licitación pública convocado por el municipio y con ello el contrato de concesión, producto de la interpretación de los sentenciadores. En tal labor, atendido lo razonado y lo señalado en las bases de licitación de la concesión del servicio público de que se trata, sólo cabe concluir que efectivamente tal desnaturalización se ha producido, por cuanto se desprende inequívocamente que través del proceso licitatorio en cuestión, se persigue la externalización del servicio público, pagando a una empresa una determinada cantidad de dinero para que desarrolle tal labor, acorde con la facultad legal que autoriza a las municipalidades a celebrar contratos y otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título”.

“...no resultaba procedente declarar desierto el proceso de licitación pública iniciado por la Municipalidad de Cerro N., a causa de no obtener la propuesta de adjudicación, la aprobación de dos tercios del Concejo Municipal y, al haberlo resuelto así, los sentenciadores han alterado las condiciones de aprobación de las concesiones municipales que requieren para su conformidad de la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva y no los dos tercios del Concejo Municipal”.

“DUODÉCIMO: Que lo hasta ahora expuesto permite establecer que efectivamente los jueces del grado han vulnerado el artículo 151 de la Ley N° 18.695 con relación al artículo 65 letras j) y k) del mismo cuerpo normativo, toda vez que se ha desconocido que el llamado a licitación recae sobre el otorgamiento de una concesión pública cuyo quórum de aprobación es diverso a aquel que la ley exige tratándose de contratos de una determinada cuantía y que su plazo excede del período alcaldicio, razón por la que el recurso de casación en el fondo deberá ser acogido”.

COMENTARIO

Los argumentos antes transcritos, nos llevan a formular los comentarios siguientes:

Resalta la importancia de emplear correctamente los términos jurídicos y, más allá de los nombres, de identificar apropiadamente las figuras jurídicas presentes en los casos concretos, a partir de la constatación de elementos sustanciales, típicos, del o de los actos jurídicos involucrados, a fin de evitar yerros en el análisis de los requisitos para verificar la validez del o de los actos cuestionados. En este caso, el acto del Alcalde de Cerro Navia que declaró desierta la licitación, a partir de un falso supuesto de derecho. La sentencia explica de forma didáctica por qué no es lo mismo el otorgamiento de un permiso a la adjudicación de un contrato administrativo, y por qué una concesión no es algo diferente a un contrato administrativo, sino una modalidad de éste, estableciendo así criterios que ayudan a los operadores a guiarse ante el uso a veces inconsistente que en

la legislación se da a esos mismos términos, en especial en materia de adjudicación (Aróstica, 2007).

En efecto, mientras un permiso, en general, se corresponde con acto autorizatorio unilateral que permite la realización de una actividad a la que tiene derecho el interesado en realizarla, solo que bajo ciertas condiciones que exige la legislación, la concesión es un acto constitutivo bilateral, en definitiva contractual, que crea un derecho a gestionar, explotar o edificar, por ejemplo, una actividad u obra, que no tenía el particular antes de que se dictara el acto (Cordero Vega, 2015, 474).

Identifica, a partir de un uso correcto de la teoría del servicio público, el tipo de contratación y de actividad a desplegar a partir de ella en el caso concreto, para concluir que se trata en rigor de una concesión y no de otro tipo de contrato administrativo, y menos aún de una mera autorización, pues en el caso concreto lo procurado por la Administración es conceder a un particular, mediante procedimiento administrativo, bajo régimen monopólico y durante un tiempo determinado, el derecho a realizar una actividad de prestación, cuya titularidad está reservada por ley a la autoridad concedente, a cambio del pago por parte de los usuarios de una tarifa (Soto Kloss, 2012, 567-568). En tal sentido, no aplica en esta materia, como se puede seguir de la sentencia examinada, la figura de la “delegación”, que corresponde a supuestos de hecho y fines diferentes a los que aplican en el caso de la concesión.

Afirma, correctamente a nuestro entender, que no altera la cualidad de concesión de la técnica aplicada en este caso y su naturaleza de contrato administrativo, el hecho de que no sea la empresa concesionaria la que directamente cobre una tarifa o tasa a los habitantes de la comuna de Cerro Navia por prestar el servicio de retiro de los residuos.

Al contrario, cabría decir que justamente ese, entre otros, son evidencias de la naturaleza de concesión del acto que debió suscribirse, de no haberse incurrido en ilegalidad por errónea aplicación de las letras j) y k) del artículo 65 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en lo que sigue, Ley N° 18.695).

Ello así, resulta “decisivo” en el caso bajo estudio tener claro el tipo de actividad que, según la legislación aplicable en este caso –la Ley N° 18.695 y no la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios– realizará la empresa que obtenga la adjudicación respectiva, previa aprobación del Concejo Municipal, y luego de suscribir el contrato. Se trata de una actividad reservada a la Administración por la Ley N° 18.695, que se debe realizar de forma continua, universal, sin discriminación y con calidad, y que, por tanto, corresponde a un servicio público en sentido tradicional.

A partir de lo anterior, la Corte analiza, sin apartarse de la Ley N° 18.695, que en este caso aplica la teoría del servicio público, ya que se trata de una actividad cuya prestación la ley mencionada la reserva en su artículo 3°, letra f), a las Municipalidades, que solo mediante concesión pueden particulares asumir su realización, previo cumplimiento de requisitos previstos en la legislación y reglamentación aplicables, siempre en nombre y por cuenta del titular de la actividad.

Incorre en imprecisión la Corte cuando equipara la concesión a la delegación, ya que mientras la primera supone la cesión temporal del derecho a prestar una actividad de servicio orientado al bien común que está reservada a una

autoridad administrativa por ley, esto es, sometida a *publicatio*, de modo que siempre responderá esa autoridad en caso de daños causados por la actividad, la delegación es una técnica de desviación de la competencia, que consiste en la transferencia expresa, temporal y revocable de una atribución por parte del titular de un órgano administrativo a un órgano inferior o subordinado, dentro de una misma línea jerárquica, con la finalidad de, entre otros objetivos, hacer más eficiente la gestión administrativa (Soto Kloss, 2012, 211 ss.). También analiza, con apego a la Ley N° 18.695, por qué el requisito para la aprobación válida a nivel municipal de la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio público de recolección es el voto favorable de la mayoría de los miembros del Concejo Municipal presentes en la sesión y no la mayoría absoluta de los integrantes de dicha Cámara.

Si bien la sentencia no profundiza en el problema relativo a la duración del contrato que en este caso se habría adjudicado a la accionante de no haberse declarado desierta la licitación, esto es, pues no examina si dicho contrato habría tenido una duración mayor al del período alcaldicio, cabe preguntarse, de darse ese supuesto, si aun tratándose de una concesión, no se tendría que, de todos modos, cumplir con el requisito de la letra j) del artículo 65 de la Ley N° 18.695 –aprobación de la adjudicación– por la mayoría de dos tercios de los integrantes del Concejo Municipal, que aplica, a nuestro juicio, más que según el tipo de contrato a celebrar, según el hecho objetivo de la duración que tendrá ese contrato, sea concesión u otra modalidad.

Es útil la sentencia para constatar los errores y decisiones arbitrarias que se pueden adoptar debido a la inexistencia de una jurisdicción especializada en juzgar a la Administración; sea para juzgar la actividad de los órganos administrativos en general, sean nacionales, regionales o municipales, o para dirimir controversias vinculadas con la contratación administrativa, en este caso a nivel de Municipalidades, que cuentan con un régimen jurídico especial (Latorre Vivar, 2016, 172-173; Moraga Klenner, 2019, 121 ss.).

Muestra, en tal sentido, la confusión terminológica que puede existir en los sentenciadores de reclamos de ilegalidad contra actuaciones u omisiones de los órganos municipales al examinar los actos jurídicos o situaciones relevantes para la resolución de las controversias, lo que en materia de contratación administrativa es especialmente relevante a efectos de no quebrantar la certeza jurídica.

En efecto, tanto en la fase de formación de la voluntad de la Administración, esto es, el procedimiento licitatorio, como luego, en la etapa de suscripción y ejecución del contrario, existen principios y reglas especiales, cuyo dominio por parte del sentenciador es esencial para no incurrir en errores como los detectados en el fallo recurrido, los cuales derivan de no conocer, por ejemplo, las diferencias existentes entre figuras como el permiso y la concesión, así como la relación de género a especie que existe entre ellas y la autorización y los contratos administrativos, respectivamente.

Por otro lado, la sentencia examinada nos invita a formular las siguientes preguntas:

¿Por qué la Ley N° 18.695 exige para aprobar la adjudicación de una concesión por parte del Alcalde en una materia tan relevante como es la recolección de desechos, una mayoría de votos del Concejo Municipal inferior y en la práctica sencilla de lograr a la que exige para la aprobación de otro tipo de adjudicaciones

de contratos por parte del Alcalde, no vinculados directamente con la satisfacción de un interés público, o incluso para la aprobación de permisos que debe otorgar el Alcalde, para el aprovechamiento o uso de bienes públicos municipales?

¿El sujetar la adjudicación por parte del Alcalde de una concesión a la aprobación mediante voto favorable de la mayoría de los presentes en la sesión respectiva, tal vez en función de satisfacer principios como el de continuidad, acceso, eficiencia y eficacia de los servicios públicos, no puede, al mismo tiempo, debilitar la supervisión del cumplimiento por parte del Consejo Municipal de principios rectores del procedimiento licitatorio, tales como la libre concurrencia y de igualdad ante las bases?.

¿Si la concesión a adjudicar habrá de tener una duración que excederá el período de ejercicio del Alcalde que tomaría esa decisión, no debiera exigirse la aprobación por parte de la mayoría absoluta de los integrantes del Concejo Municipal y no sólo por parte de la mayoría de los presentes en la sesión, al ser la concesión una modalidad de contrato administrativo?.

¿La cuestionable equiparación entre concesión y delegación hecha por la Corte en la sentencia examinada, no es una evidencia más de la imperiosa necesidad y conveniencia, para el mejor funcionamiento del Estado de Derecho y la garantía del juez natural en Chile, de que existan jueces especializados en derecho administrativo a cargo de los juicios en que una de las partes sea un organismo de la Administración?

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Aróstica Maldonado, I. (2007). "De la adjudicación de los contratos administrativos", en *Actualidad Jurídica*. Año 7, N° 15, ene. 2007, 171-179.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
- Latorre Vivar, P. (2016). "La contratación administrativa en el ámbito municipal", en Jorge Bermúdez Soto (edit.), *Perspectivas para la Modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014*. Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Asociación de Derecho Administrativo de Chile.
- Moraga Klenner, C. (2019). *Contratación Administrativa*. Santiago de Chile. Thomson Reuters, 2da. ed.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Santiago de Chile. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 3ra ed.

LUIS ALFONSO HERRERA ORELLANA*

*Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Pedro de la Noi, *San José y la sagrada familia. Tratado teológico*. Santiago de Chile. 2008 (243 pp.).

A través de diversos artículos, el libro *San José y La Sagrada Familia. Tratado Teológico*, del Padre Pedro de la Noi, entrega un mensaje de amor a Dios por parte de las familias.

“Este libro es un verdadero regalo para todos nosotros que tenemos una veneración particular a San José o a la Sagrada Familia y para toda nuestra Iglesia, porque sus enseñanzas nos ayudarán a mirar el hogar de Nazaret, a conocerlo, a admirarlo y a seguir su ejemplo en la vida de cada día”, dijo el Vicario Episcopal para la Familia, Padre Marcos Burzawa, msf, durante la presentación del texto *San José y La Sagrada Familia. Tratado Teológico*, escrito por el Padre Pedro de la Noi.

La ceremonia de lanzamiento –enmarcada dentro de las actividades de la Semana de la Familia– se realizó el lunes 6 de octubre en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás y contó con la participación de un centenar de personas, entre las que destacaba el Cardenal Jorge Medina, quien corrigió el libro; el Vicario de la Zona Oriente, Monseñor Rafael Hernández, y el Vicario de la Zona Centro, presbítero Javier Manterola.

Dentro de la presentación que realizó el Padre Burzawa, señaló que gracias a esta publicación “la familia cristiana puede mirar a la Sagrada Familia como ejemplo y modelo, inspirándose en ella. Además permite renovar su autenticidad y su vivencia de amor siendo fermento de renovación para toda familia humana”.

Para el Cardenal Medina el nuevo texto del Padre De la Noi, “sirve para apoyar a la Iglesia en la admiración y oración a San José, un santo que habló muy poco, pero que hizo mucho”. Al ser consultado sobre los aportes del texto al mundo laico, el prelado señaló que “los ayuda a conocer a las grandes figuras de la fe cristiana, una de las cuales es San José”.

REIVINDICANDO A SAN JOSÉ

A través de sus 243 páginas el libro *San José y La Sagrada Familia. Tratado Teológico*, narra la vida del padre terrenal de Jesús, presentándolo en tres grandes momentos: “Del matrimonio de José con María”, “De la paternidad de San José” y “De la Sagrada Familia de San José”.

A juicio del Padre Marcos Burzawa, el libro “es un tratado teológico, pero que sin embargo, su estilo particular y el método utilizado, su abundante riqueza de textos bíblicos, permite al lector fácilmente penetrar en las profundidades del océano de sabiduría y enseñanza acerca de San José y la Sagrada Familia”.

Para el Padre Pedro de la Noi su obra “debería ayudar a los sacerdotes a que sepan más de San José y de la Sagrada Familia, ya que no hay un curso específico dentro de la formación. Todo lo que sabemos de ellos es a través de retiros y homilías”. Reconoce que sí hay mucho material sobre San José y la Sagrada Familia,

por lo que no entiende por qué “esa joya, dada por Dios para nosotros, no se da suficientemente a conocer”.

Para el Padre Burzawa no es ningún secreto que el contenido del libro constituye una de las grandes pasiones del Padre Pedro de la Noi. “Desde hace muchos años investigaba profundamente sobre la vida de San José y la Sagrada Familia, participando en muchos congresos internacionales, seminarios; dando conferencias y leyendo, por no decir devorando, todo tipo de literatura que aparecía sobre dicho tema”, señaló.

Agrega que la preocupación del Padre Pedro también pasa por “mostrar la felicidad del hogar de Nazaret, el cual indudablemente puede ser considerado como sagrado”, por lo que invitó a los asistentes al lanzamiento del libro a que “consideren el hogar de Nazaret como un verdadero Evangelio de la Familia, tomado como ejemplo y modelo de todas las familias humanas.

María Elvira Roca Barea, *Fracasología, España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*. Madrid. 2019 (526 pp.).

DE QUÉ TRATA EL LIBRO

Estamos ante un ensayo histórico que expone las razones por las cuales la fobia a lo hispánico se instaló y asumió como realidad cierta en España peninsular y sus territorios de ultramar a partir del siglo XVII, y qué papel tuvieron las élites políticas y sobre todo intelectuales en dicho proceso.

En la primera parte se explica cómo durante los siglos XVII y XVIII se logra mediante la propaganda más que por cualquier otra vía debilitar al imperio español y difundir la hispanofobia dominante en el viejo continente hasta nuestros días, mostrando con suficiente evidencia el protagonismo que en ello tuvieron la monarquía francesa y sus intelectuales (por ejemplo, Voltaire, Montesquieu, etc.).

En la segunda parte se explica cómo durante el siglo XIX el vacío cultural derivado del repudio a lo español se llena en España con el culto a lo francés, dando lugar al afrancesamiento de las autoridades y élites españolas, que asumen como ciertas las ideas que a partir del reinado borbónico determinarán qué es digno de valorar y qué no en el debilitado imperio, destacándose aquí la conflictiva relación entre España y el liberalismo, a causa de la perspectiva afrancesada que este último adoptó en ese país y, por vía de consecuencia, entre las élites de sus territorios de ultramar.

Por último, en la tercera parte, se describe cómo a lo largo del siglo XX y lo que va del XXI, salvo destacadas excepciones, las élites intelectuales y académicas hispánicas serán las que con mayor tesón promoverán la propaganda hispanofóbica, el afrancesamiento y luego la germanización de España y nuestros países, siendo de especial importancia el extenso capítulo dedicado a examinar críticamente los argumentos de Max Weber en su famoso libro *La ética protestante y el*

espíritu del capitalismo, dejando en evidencia la cantidad de prejuicios, sesgos y lugares comunes no ciertos que, todavía hoy, generan complejos colectivos y se usan para explicar el éxito de unos países y la ruina o fracaso de otros.

POR QUÉ HA SIDO POLÉMICO

Tanto por el argumento central del libro que comentamos –el repudio a lo hispánico lo han fortalecido los propios hispánicos– como por el expuesto en su libro anterior *Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio español* –reivindicación de los aportes que han hecho imperios existentes, entre ellos el español, y que la leyenda negra contra este último ha logrado invisibilizar–, esta obra de la profesora Roca Barea ha generado mucha polémica en España, pues lo consideran un libro nacionalista, conservador y afectado por supuestas fallas metodológicas, todo para ocultar lo negativo de la historia de su país.

Basta con leer *Fracasología* para concluir que nada de ello es cierto, y que su autora, junto con otros académicos como John Elliott, José Varela Ortega, Santiago Muñoz Machado y Carmen Iglesias, se limita a asumir una tarea científica impostergable: exigir objetividad, rigor y respeto en el tratamiento de la historia cultural de la segunda comunidad de hablantes más grande del mundo, que integran tanto las personas de habla española que habitan España como las que habitan en las naciones hispanoamericanas y sus descendientes en incontables países del mundo, empezando por Estados Unidos de América.

En un tiempo en que movimientos identitarios de las más variadas tendencias, algunos de ellos muy violentos, así como los discursos anticristiano, antiespañol y antirrepublicano se fortalecen cada día más tanto en Europa como en América, propiciando sociedades desmemoriadas, cargadas de odio contra falsedades históricas, relativistas y nihilistas por considerar que los valores de otras épocas nunca se practicaron ni dieron frutos, comprender a través de esta obra de Roca Barea cuál es el origen de tantas imprecisiones, manipulaciones y omisiones, resulta fundamental para contar con mejores argumentos al momento de hacer contención a tales tendencias.

Ello en la medida que contribuye a purgar de ignorancia y complejos a los hispanohablantes de hoy, quienes luego de leer *Fracasología* podrán, con razones, tener una visión del ámbito cultural del que es parte, el hispánico, más objetiva, equilibrada y justa, sin tener en modo alguno que desconocer los aportes del mestizaje desde los tiempos de la conquista hasta el presente.

QUÉ UTILIDAD TIENE EN LA COYUNTURA POLÍTICA OCCIDENTAL ACTUAL

Es tal el menosprecio que se tiene hacia el patrimonio cultural hispánico que, ante la rivalidad y conflictos con otras culturas o visiones del mundo, parece considerarse que serán el protestantismo anglosajón y germánico, o el laicismo racionalista francés, los componentes culturales que podrán asegurar la pervivencia de la visión occidental en el mundo.

Las ideas y aportes desarrollados desde Isidoro de Sevilla hasta los escolásticos hispánicos de Salamanca y otros centros universitarios en el mundo hispánico,

que surgieron no a pesar sino a propósito de su tradición católica y su aprecio por el acervo grecorromano, sencillamente no cuentan, a pesar de que fueron las que hicieron de él, antes de su afrancesamiento y germanización, el ámbito de mayor desarrollo institucional en Occidente, generando insumos que luego serían mejorados y perfeccionados en otros ámbitos culturales, como ocurrió en materia económica con Adam Smith en Escocia, y en materia de derecho internacional con Hugo Grocio en Holanda.

Lo hispánico, desfigurado además bajo el rótulo publicista de “lo latino”, es la fracción oscura, risible y fracasada de la fracción luminosa y avanzada que es el resto de Occidente, una vez descontado lo hispánico. *Fracasología* explica de dónde surge este cuestionable punto de vista, y muestra por qué el mismo es tan injusto como temerario, si de asegurar un mundo con tradición cultural occidental se trata.

En efecto, esta obra de la también autora de *6 relatos ejemplares* 6 ofrece muy válidas razones de por qué ni el racionalismo laicista ni el calvinismo u otras variantes del protestantismo han sido todo lo modernos, tolerantes y justos que usualmente se asume que han sido, y cómo ese ámbito cultural que tuvo como piedra angular el catolicismo romano fue mucho más moderno, tolerante y justo en sus aportes y prácticas de lo que sus detractores y el público en general creen, pero que debido a la incapacidad de sus élites políticas e intelectuales, en un momento histórico crítico, el siglo XVIII, optó por abdicar de su propia tradición cultural para abrazar una ajena, en el inútil intento de recuperar el prestigio perdido.

POR QUÉ ES IMPORTANTE SU LECTURA EN HISPANOAMÉRICA

Sospecho que el infortunio español, consistente en el desprecio irracional a su valioso patrimonio cultural medieval y moderno, sin el cual Occidente no se puede comprender como realidad cultural, es también el infortunio hispanoamericano.

Y que tanto España como nuestras naciones en América continuarán fracasando una y otra vez en su intento por dejar atrás pugnas internas –cainismo– y lograr consensos básicos para la convivencia institucional y ordenada, hasta que no logren conocer y conectarse con ese patrimonio cultural propio, que incluye innovaciones teológicas, filosóficas, políticas, económicas y jurídicas, surgidas con antelación a los desarrollos que luego tendrán en los ámbitos anglosajón, francés y germánico, cuyo valor y originalidad, desde luego, está fuera de discusión.

Mientras los hispanoamericanos no rescatemos nuestras raíces hispánicas, superando el discurso antiespañol de las independencias –comprensibles en su momento, pero anacrónicas desde hace mucho–, y maduremos ante esos ya lugares comunes extraídos de documentos en que se nos describe como una “raza cósmica”, o de Simón Bolívar en que nos definimos por oposición a lo español-europeo.

La tarea es hacernos adultos, y ello pasa por finalmente hacer nuestra esa parte del pasado común, previo al nacimiento de las Repúblicas, y que nos conecta con la antigüedad griega, romana y cristiana. Pasado que, por ejemplo, puede ayudarnos a aclarar si el estatismo, el autoritarismo y el intervencionismo económico que muchos consideran consustancial a lo hispánico, no son más bien manifestaciones del afrancesamiento del mundo hispánico, es decir, consecuencia directa de su abdicación cultural.

Y *Fracasología* es, en un doble sentido, un insumo indispensable para tal empresa: puede contribuir a reconectar al mundo hispánico con lo mejor de su patrimonio cultural común, y, al mismo tiempo, a *re-unir* a las hoy fragmentadas y extraviadas naciones hispanoamericanas, huérfanas de una memoria histórica común, más allá de la retórica guerrerista y antiespañola de las independencias, lo que en modo alguno, valga aclarar, debe conducir al fortalecimiento de nacionalismos, xenofobia o exclusión de otras tradiciones culturales, hoy parte de nuestras sociedades hispanohablantes.

Me atrevo a sostener, por último, que la obra de la profesora Roca Barea, de algún modo, es también una invitación a recuperar esa visión hispanista, de una patria grande derivada de la lengua en común –no de fronteras o de Estados-nación–, que Andrés Bello desarrolló en sus obras dedicadas al Derecho Internacional, al Derecho Civil y sobre todo a la lengua española, y que hoy se halla casi olvidada, conservada tan solo por los estudiosos de la vasta obra del sabio caraqueño.

LUIS A. HERRERA ORELLANA

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
<i>El derecho, un arte de lo justo</i>	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito	\$ 5.000
<i>Derecho y familia</i>	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña	\$ 7.000
<i>Los derechos de la persona que está por nacer</i>	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro	\$ 7.000

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>La mujer ante la sociedad y el derecho</i>	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
<i>Moral y derecho, hoy</i>	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000
<i>Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos</i>	2003 (234 pp.)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica	\$ 18.500
<i>Sanciones administrativas, camino de servidumbre</i>	2005 (171 pp.)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500
<i>La responsabilidad del Estado-Administración</i>	2006 (156 pp.)	Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Mertehikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
<i>Familia, sociedad y vida</i>	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
<i>Familia, matrimonio y vida</i>	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado</i>	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público</i>	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
<i>Teoría tópica del derecho natural</i>	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
<i>El derecho natural en la realidad social y jurídica</i>	Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.)	Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros	\$ 26.000
<i>Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos</i>	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500
<i>El poder constituyente entre mito y realidad</i>	Santiago de Chile. 2016 (99 pp.)	Sergio R. Castaño	\$ 9.500

ESTUDIOS

FERNANDO MORENO VALENCIA: *Reflexiones sobre la democracia, sociedad y valores*

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ: *Garantismo abolicionista y falsa compasión*

SIXTO MIHURA: *La violación de la justicia (Apuntes genéricos)*

EDUARDO SOTO KLOSS: *Aún sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos en el Derecho chileno*

JOSÉ LUIS LARA A. Y FLORENCIA PORTALES P.: *Administración del Estado y Covid-19: Análisis y Crítica*

IN MEMORIAM

Fernando Moreno Valencia (8.5.1936-10.5.2020)

Padre Pedro de la Noi Ballacey (28.6.1935-20.5.2020)

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro, Reflexiones éticas: Axel Kaiser, Ricardo Escobar, Jorge Bofill, Enrique Navarro Beltrán, Sebastián Soto Velasco, Natalia González, Carlos Peña, Pedro Trevijano, José Antonio Guzmán Cruzat

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco Mensaje a los miembros de la Asociación de Prensa Católica con motivo de la Conferencia de Medios Católicos (30 de junio al 2 de julio) sobre el tema “Juntos mientras estamos separados” 30 de junio de 2020. Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso Internacional “La riqueza de los años”, Sala Regia, viernes 31 de enero de 2020. Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Seminario “Nuevas Formas de Solidaridad”, organizado por la Pontificia Academia de las Ciencias Sociales Casina Pio IV, miércoles 5 de febrero de 2020. Carta del Papa Emérito Benedicto XVI con motivo de los 100 años del nacimiento del Papa San Juan Pablo II, Ciudad del Vaticano, 4 de mayo de 2020, MAGISTERIO EPISCOPAL: Las llagas de Cristo... y de la Iglesia (Mons. Héctor Aguer). Obispos de Estados Unidos a la Corte Suprema: “Nuestro sexo es parte del plan de Dios para la creación y para nuestras vidas”. VARIA: Lo que un católico debe saber sobre el calentamiento global. (Stefano Fontana)

ACTUALIDADES

CHILE. PARTE I: RECUERDOS HISTÓRICOS

CHILE. PARTE II: LA REVOLUCIÓN DE OCTUBRE DE 2019

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (13.4.2020). Namoncura Godoy, Clodomiro c/Superintendencia de Seguridad Social (Nulidad de derecho público acogida/imprescriptible?) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema (23.6.2020). Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier (Revocación acto administrativo/improcedencia) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Segundo Juzgado de Familia de Santiago (8.6.2020). Reclamación de filiación de hijo de dos personas del mismo sexo femenino (Comentario de Hernán Corral Talciani)

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019 (25 de junio de 2020). Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830 y de la frase “Siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947

Corte Suprema (29.5.2020). Schuster Pinto y otros c/Fisco (condena Fisco por accidente isla J. Fernández muerte ing. Arnolds). Rol 5.572-19, de 29.5.2020 (Nota de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema de Justicia (11.03.2019). Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A. c/Municipalidad de Cerro Navia. Licitación pública declarada desierta/concesión de servicio público de recolección de residuos sólidos domiciliarios y aseo de ferias (Casación en el fondo - Rol 3032-2018) (Luis Alfonso Herrera Orellana)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS