

# IUS PUBLICUM

---

Nº 46 / 2021



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 46 / 2021

Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998  
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

REPRESENTANTE LEGAL:

Catalina Ugarte

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

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

Extranjero aéreo certificado: US\$ 50.

Ejemplar suelto: \$ 10.000.

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

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

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

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

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

Vol. 24 N° 46

MARZO 2021

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ: “Gesta de Dios por los argentinos”. (Sobre el homicidio prenatal desatado en la Argentina) .....	11
ARTURO SALAZAR SANTANDER: <i>Análisis de la lesión en el código civil chileno a la luz de la doctrina del equilibrio contractual</i> .....	23
IVÁN ARÓSTICA MALDONADO: <i>Leyes pro estado e indefensión: lo contencioso administrativo ante la constitución chilena, hoy</i> .....	61
SILVIA MARRAMA: <i>Reflexiones sobre una tasa municipal por pernocte turístico para preservación del medio ambiente (ECOTASA)</i> .....	69
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno</i> .....	85

## CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. Reflexiones éticas: Bernardita Espinoza V., Germán Masserdotti, Pedro L. Llera, Pedro Treviano, Arzobispo de Arequipa/Perú</i> .....	113-137
--	---------

## DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco, Audiencias Generales, Patio de San Dámaso (Miércoles, de agosto y septiembre de 2020). Benedicto XVI, <i>Sacramentum caritatis, exhortación</i> apostólica sobre la Eucaristía. Extracto referido al testimonio de los católicos en su vida personal y especialmente social. Papa Juan Pablo II, Ángelus, Solemnidad de la Inmaculada Concepción (Sábado 8 de diciembre de 1979). Viaje Apostólico de Su Santidad Juan Pablo II a Polonia (16-19 de agosto de 2020). Consagración del Santuario de la Misericordia Divina, Homilía en el Santuario de la Misericordia Divina, Cracovia (Sábado 17 de agosto de 2002). Congregación para la Doctrina de la Fe, Carta <i>Samaritanus Bonus</i> sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida. MAGISTERIO EPISCOPAL: ¿El culto de Dios no es una “actividad esencial”? Mons. H. Aguer, Arzobispo de La Plata, Argentina. Declaración de cinco obispos sobre la ilicitud de la vacuna derivada de células de abortos, 12 de septiembre de 2020. El Vaticano rechaza la inclusión del término “derechos reproductivos” en resolución de la ONU sobre la pandemia. VARIOS: Vacunas con fetos abortados. ¿Es lícito usarlas? P. Javier Olivera R., 11 de diciembre de 2020. Derecho a la blasfemia? Necesitamos criterios sólidos, J. Soley....	141-199
--	---------

## ACTUALIDADES

I. EUTANASIA .....	203
1. Un proyecto que atenta contra la dignidad esencial de la persona .....	203
2. Conferencia Episcopal Española y ley de eutanasia: “en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana” ....	205
3. Cuatro pandemias para una eutanasia .....	206
4. Se usa la bella noción de dignidad para matar .....	208
5. Ilícitud de la eutanasia y suicidio asistido .....	209
6. Eutanasia: catálogo de mitos .....	211
7. Las cifras de la eutanasia en Suiza son “aterradoras” .....	214
8. Grupos de discapacitados protestan contra la eutanasia .....	216
9. Presidente Donald Trump declara el 22 de enero como el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana .....	217

## JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 8798-2020 (8 de septiembre de 2020) .	223
Corte Suprema (26.11.2020). Guarda con Servicio de Salud de Antofagasta (Responsabilidad por grave negligencia médica en atención dental a niño)	244
Corte Suprema (15.4.2020.) Herman Pacheco, Patricio, c/Municipalidad de Recoleta (Nulidad de derecho público/autoridad demandada no puede allanarse a la demanda).....	251
Corte Suprema (26.11.2020) Paredes Álvarez c/Establecimiento de Larga Estadía para el Adulto Mayor de El Bosque (Recurso de protección acogido/impedimento de visitar a cónyuge discapacitado/afectación a la integridad psíquica/artículo 19 N° 1 de la Constitución).....	266
Corte Suprema (24.12.2020). Juan Ramón Fernández B./amparo (Rechaza amparo por libertad condicional improcedente/prevenición) (Comentario de Adolfo Paúl Latorre).....	268
Corte Suprema y “reassignación sexual” para personas transgénero, Hernán Corral Talciani .....	274

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE LIBROS .....	283
NOTICIAS .....	291
EDICIONES IUS PUBLICUM .....	293

ESTUDIOS



## “GESTA DE DIOS POR LOS ARGENTINOS” (SOBRE EL HOMICIDIO PRENATAL DESATADO EN LA ARGENTINA)

Héctor H. Hernández\*

SUMARIO: I. El Derecho penal canónico no despenaliza a la mujer. II. Los fines perfectivos de la pena. III. Abortismo y Providismo. IV. Sobre las dinámicas propias del mundo legal. V. No siempre el que puede conseguir lo más, puede conseguir lo menos.

El peligro mayor que se cierne sobre la Argentina y la vida de los argentinitos no nacidos, proviene de las concesiones que se pretenden hacer para “obtener algo y no perder todo” frente a la pretendida extensión “legalizadora” del aborto. Una de ellas, preconizada por personas legas en Derecho y en política legislativa, pero que echan al ruedo su peso episcopal haciendo pensar en transacciones ocultas denotadas en la tibieza de la postura, consiste en proponer “despenalizar a la mujer”; o aceptar la falsa disyuntiva entre “despenalización” y “legalización”. Y hablamos de peligro mayor porque, sin esas defecciones, el Providismo tiene todas las de ganar y reeditar el Argentinazo de 2018, a pesar de ser marginal en los registros del poder.

Sobre la distinción entre “impunificar” y “legalizar”, digamos que como ninguno puede llamar mal al bien o bien al mal, *nadie puede legitimar, hacer bueno, bonificar, legalizar, la muerte de un inocente*. De modo que la legalización o legitimación es un imposible humano, metafísico o moral.

Aclaro que no distinguimos entre “legitimación” y “legalización”, porque toda ley inmoral no es ley en serio; quiero decir con los efectos de ley. De modo que si la norma positiva gravemente injusta autoriza algo, no es ley y en rigor no legaliza ni autoriza nada. De otro modo, los mandatos de los piratas que asumen el poder, o de los totalitarismos de toda laya, crearían la justicia y el derecho. De ningún modo.

---

\*Profesor de filosofía del derecho, Universidad Fasta/Mar del Plata, Argentina. Vid. su *Garantismo abolicionista y falsa compasión*, en *Ius Publicum* 45/2020. El texto, con leves retoques, es la primera parte del reportaje que se hiciera al autor en el Blog *Que no te la cuenten*.

Pero a fuerza de no punir se crea en el corazón de la gente la idea de que “es legítimo”. De modo que la falta de castigo produce un verdadero aliciente e instigación y promoción del homicidio prenatal.

Ahí está el asunto central al que destinamos el capítulo I, contestando una tesis lanzada por Monseñor Fernández, Arzobispo de La Plata y repetida por otros. Repetimos, lo decisivo es rechazar el aliciente al asesinato y “el aire de legitimidad” e instigación y promoción criminal que supone la impunidad. Porque la impunidad, en el alma del ciudadano común indefenso, tiende a ser equiparada con “legitimación” o “legalización”. La impunidad de la madre que mata a su hijo, totalmente injustificable, en la ley y hablando objetivamente, otra cosa serán las causales subjetivas de exculpación, importa una visión demonizadora y abolicionista del derecho penal y en los hechos nunca se limitará al caso previsto. Porque ya el Abortismo tiene jurisprudencia preparada a tal efecto.

–Dr. Hernández, ante declaraciones abortistas del Presidente electo Dr. Alberto Fernández el Arzobispo de La Plata, Monseñor Fernández, le ha contestado diciendo entre otras cosas que

“La realidad es que casi ninguna mujer va presa por haber abortado. Despenalizar sería simplemente blanquear esa situación. Pero otra cosa es legalizar el aborto libre, facilitar el aborto para quien quiera hacerlo por cualquier causa”.

1. Nos interesaría saber su opinión sobre la propuesta de despenalizar a la mujer *en el delito de aborto, en la ley y objetivamente hablando*.

H. Ante todo se trata de una manifestación al pasar, recogida por las redes, y no sabemos si nos llegó el pensamiento verdadero de su autor, pero contestaré a la propuesta objetiva de despenalizar a la mujer en el delito de aborto, lo haya dicho así o no el Señor Arzobispo de La Plata.

2. Dele...

H. La propuesta legislativa de despenalizar a la mujer es *un error*, porque enseña a practicar *una injusticia gravísima*. Pero para entender esto hay que superar la idea de que el Derecho Penal no es algo humano y justo, necesario para la felicidad de la comunidad.

3. Pero, ¿por qué es injusto despenalizar a la mujer?

H. Ante todo, porque es improbable poner hoy eso en el Código y porque es utópico que, aunque se ponga en él, se aplique...

4. Ud. me sale con una cuestión de hecho... no de justicia...

H. Buena observación, por lo que mejor vayamos primero a la justicia. El primer principio de justicia natural penal es que *el delincuente debe ser castigado*, como dice Santo Tomás, y si no se cumple con tal principio se

comete *una injusticia*. Pero hay delitos y delitos... Hay delitos *naturales*, como el homicidio, y delitos *positivos*, como la evasión impositiva a partir de tal monto. Y no se pueden castigar todos...

5. ¿Cuándo se cumple entonces lo justo natural penal en la comunidad y cuándo no se cumple?

H. Castigando, por lo menos, los delitos naturales más graves. Y una comunidad que los deje sin castigar *comete injusticia* y vive una situación de injusticia.

Así como es inconcebible no castigar el robo y proponer que los ladrones, en vez de recibir penas, vayan a una escuelita de derechos humanos a oír clases de buena conducta para aprender el respeto a la propiedad, lo que sería ridículo..., y así como tampoco se puede castigar la usurpación de viviendas salvo las de los bolivianos, tampoco un Estado legítimo puede dejar de cumplir con el castigo del crimen del aborto... Debe respetarse el principio de igual protección esencial para todas las personas, y proteger y castigar a la mujer que aborta... No hay razones para no reprimirla; es injusto.

6. ¿Y si la mujer no tiene culpa?

H. Desde luego que esto es hablando *objetivamente*, porque si la persona no pudo comprender la criminalidad del acto o no pudo dirigir sus acciones, como dice el artículo 34 del Código Penal, no se la castiga, o se la podría castigar con menor pena. Si a una persona logramos emborracharla y luego dirigirla a que mate a Fulano, es evidente que esa persona no será castigada por el homicidio. Además, si la mujer –o cualquier persona– no tiene 16 años, según el Régimen penal de los menores, ley 22.278, no recibe pena. Lo que no quiere decir que el juez la deje libre de hacer cualquier cosa, pues la debe cuidar y tratar y debe proteger a su hijo si todavía no nació. Ni tampoco quiere decir, como dice la Corte Suprema en ese esperpento jurídico que es el fallo FAL, que cuando una conducta no tiene pena aplicable hay un derecho a hacerla.

7. Ud. habla como jurista, pero ¿cuál es la doctrina de la Iglesia?

H. La Iglesia nos enseña que la comunidad tiene no solo el derecho sino *el deber en justicia* de aplicar las justas penas, como dice el Catecismo de la Iglesia Católica, nro. 2266. Es un deber en serio, no una obligación alternativa que se puede reemplazar por no penas, y vuelvo a repetir que no cumplir con lo justo es injusticia, tanto más grave cuanto más serio sea el bien en juego.

8. Sí, ¿pero la Iglesia dice que hay que penar al delincuente *también en el caso delicado del aborto*?

H. En el mismo Catecismo católico, en el nro. 2273, se cita la *Instrucción Donum Vitae*, de la Sagrada Congregación para la Doctrina

de la Fe, enseñando que es una *exigencia* del estado de derecho que la ley “prevea sanciones penales por el aborto” (Obviamente para todos los actores del delito). Sigue diciendo que la autoridad pública puede renunciar a reprimir aquello que de estar prohibido provocaría un daño más grave (cita *Suma Teológica*, 1-2,96,2). *Pero esto no se aplica en el aborto*: “Sin embargo, nunca puede aceptar legitimar como derecho de los individuos la ofensa infligida a otras personas mediante la negación de un derecho suyo tan fundamental como el de la vida” (nro. 71). Y recuerda la enseñanza agustiniana y tomista de que la ley injusta no tiene razón de ley (nro. 72). La ley que legitima el aborto “deja de ser una verdadera ley civil moralmente vinculante”.

9. ¿Y por vía de tolerancia?

No hay tolerancia ni mal menor que valga aquí, porque es lo que se llama “un absoluto moral”, una prohibición que no tiene excepciones. No se puede invocar la tolerancia del aborto (ni de la eutanasia), “precisamente porque la sociedad tiene el derecho y el deber de protegerse de los abusos que se pueden dar en nombre de la conciencia y bajo el pretexto de la libertad” (nro. 71). Por otra parte, ¿qué mal se evitaría o qué bien se conseguiría (*requisito para aplicar la doctrina de la tolerancia o eventualmente del mal menor*) con la impunidad de la madre?

10. Pero el derecho positivo puede decir otra cosa...

Según la enseñanza católica, si dice otra cosa en materia grave no vale nada, pero he aquí que dice lo mismo. Conforme a la Constitución Nacional y los pactos internacionales, sobre todo la Convención de Derechos del Niño, el apartado segundo del artículo 86 (que trae algunos eximentes de pena) es nulo de toda nulidad. Hay que tener presente, además, que *la sola no penalización trasmite a la gente la idea de la legitimidad*. Y eso es decisivo, y no los nombres y distinciones sutiles que quedan en la cabeza de los intelectuales. Para el hombre común que no recibe la verdad con fuerza de otro lado, *si siendo algo tan fuerte la ley no lo castiga es que está bien*. Y si no lo piensa así, por debilidad tiende a engañarse admitiéndolo para justificar sus debilidades...

11. Pero no penar no es legalizar...

H. Lo decisivo aquí es lo que el legislador tiende a suscitar *en el alma de la gente*, que en su mayoría no es muy virtuosa que digamos... y no las palabritas con que los intelectuales calificamos ... Por de pronto desde el punto de vista de la realidad humana, moral, jurídica, “óptica” podríamos decir, *nunca se puede legalizar o legitimar la muerte de un inocente*. Quiero decir que el legislador no solo moralmente no puede legalizar lo que es malo, *sino que no lo legaliza en sí mismo, porque nadie puede hacerlo*. Es un imposible metafísico que el legislador constituya como bueno lo que es malo.

Que la ley humana diga que hay derecho a abortar o que es legítimo abortar, cosa que insisto no puede ni consigue, no es lo mismo que decir que en ciertos casos el aborto está despenalizado... pero en definitiva no hay que pagarse de palabras o conceptos e ir a las conductas concretas... *porque en la medida en que se despenaliza, en el corazón del ciudadano común eso se legitima y no hay vuelta de hoja...*

12. ¿Conductas o leyes?

H. ... ¡Claro! Despenalizar *en la norma* es un aliciente a su *realización en las conductas*. En realidad, si se penaliza solo en la norma no se penaliza, porque la pena realmente se da en el penado cuando se le aplica. Hay una visión normativista que todo lo que toca lo hace norma, y no ve que si la ley no se aplica no hay penas verdaderas. Lo decisivo es lo que la norma promueve, si se aplica, en las conductas, y no las minucias irrealistas de si el legislador humano pretende “legalizar” (que no puede ni moralmente ni de hecho, porque te repito que nadie puede hacer que sea bueno lo malo), o meramente “penalizar poquito” o “despenalizar”, que en la medida en que lo hace, *desde el punto de vista psicosocial pedagógico político* fomenta, porque en el alma de la gente lo hace ver como bueno...

13. Desde luego que es un verdadero homicidio, esencialmente hablando...

¿Qué dice el derecho?

H. Dice parecido a lo que dice Juan Pablo II en *Evangelium Vitae* y *el Código de Derecho Canónico*. En la citada encíclica el Papa enseñaba la gravedad moral del aborto, que es un verdadero homicidio, agravado por *la inocencia absoluta* de la víctima, por *su debilidad*, y por *hallarse totalmente confiado a la protección de su madre*, que lo mata (nro. 58).

El homicidio se agrava según el artículo 80 del Código Penal, si se mata al descendiente [lo que hace la madre con el hijito]; por precio (el médico que cobra para matar); y cuando se mata con alevosía, con frialdad y sobreseguro, a quien ni siquiera puede hacer oír su grito afuera, que el bebé sí que grita dentro del útero y sufre hasta que termina muriendo, como muestran las películas sobre el tema. Esto es así aunque al declarar la inconstitucionalidad de las eximentes de pena del art. 86 apartado 2do., el juez no puede inventar el castigo que aplica sino que debe atenerse a lo que hay previsto.

## I. EL DERECHO PENAL CANÓNICO NO DESPENALIZA A LA MUJER

14. ¿Y el Derecho Canónico

H. Para la Iglesia es tan grave el delito de aborto que lo castiga con la pena más grave, excomunión *ipso facto*, y *no exime ni por las tapas de castigo a la mujer que liquida a su hijito* (canon 1398). No me salgas con

el talismán de la misericordia, que en verdad no es incompatible con el derecho penal, porque el nro. 2272 del citado Catecismo dice que esto no la restringe (a la misericordia), sino que “manifiesta la gravedad del crimen cometido” y el “daño irreparable causado al inocente, a sus padres y a toda la sociedad”... Enseñar lo contrario de esto es redondamente un error.

## II. LOS FINES PERFECTIVOS DE LA PENA

15. Pero, si el daño es irreparable, ¿quién se beneficia con la pena?

H. Por de pronto, si se castiga el delito todos nos beneficiamos porque se cumple con el fin *retributivo* de la pena que, según el Catecismo, “compensa el desorden” que afectó a la comunidad. Si la que cometió el delito acepta voluntariamente la pena y lo rechaza en el fondo de su corazón, tiene un *valor expiatorio*, que según enseña S.S. Pío XII cancela el mismo delito. Además, se preserva *el orden público y la seguridad de las personas* (Catecismo, 2266). Y a los delincuentes presos, como enseña el expositor más importante de este asunto en el mundo (el cordobés Camilo Tale), se los *innocuita*, es decir que se les impide físicamente cometer los delitos que no pueden cometer desde la cárcel. Se protege así a los chiquitos no nacidos...

16. ¿Cómo se los protege, si ya murieron?

H. No hay que hacer un recorte fotográfico del derecho penal reducido a los delitos ya cometidos, sino que hay que verlo como *una película* pensando en el presente y en el pasado y en el futuro y en el que delinquiró y en todas las personas que podrían cometer el delito o en aquellos que podrían sufrirlo, en forma integral.

17. ¿Cómo es eso?

H. Si la ley considera que el aborto es un delito, aunque no se aplique un castigo existe el principio de que “es mejor prevenir que curar”, y entonces, como cuento en mi libro *Salvar vidas con el Derecho Penal* con un caso real que me tocó vivir en la Justicia, al actuar la Fiscalía y la Policía por una denuncia que hicimos se salvaron dos vidas. Porque esta actuó antes de que se produjeran dos abortos y aquellas se preservaron, aunque después no se castigó nada. Se actuó *preventivamente*, favorecido porque el aborto es un delito y está reconocido positivamente en el Código como tal. Por esa misma razón, chicos que rezan el Rosario en abortorios, como cuento que pasó en Tandil, salvaron vidas humanas... *Salvar vidas con el derecho penal*...

18. ¿Y cuándo se aplica la pena por el delito ya cometido?

H. Cuando la pena se aplica por un delito ya cometido, *puede disuadir* a otros que no lo cometieron para que no lo cometan en el futuro.

*Fin preventivo*, de nuevo. De ese modo, los bebíto en el vientre materno reciben una verdadera protección, la que puede brindarles el derecho penal. Si ellos pudieran hablarnos nos agradecerían... Pero, además, el hecho de que se aplique la pena, puede tener efecto *medicinal*, esto es por ejemplo que *se enmiende* el culpable, como dice el mismo Catecismo, 2266. Incluso de la aplicación de penas puede el hombre *llegar a la virtud*, dice Santo Tomás. No hay por qué eximir de pena a la madre que aborta, porque de ese modo con ella y con los bebíto y con la comunidad *no se cumplen los fines justos verdaderos y múltiples de la pena que enseña la Iglesia. Es archiinjusto*. Y tal injusticia no se compensa con nada valioso. Ni de conseguirse ella se evitará ningún mal, como exigiría la doctrina de la tolerancia para no reprimir.

### III. ABORTISMO Y PROVIDISMO

19. ¿Qué es Abortismo y qué es Providismo en Derecho?

H. Providismo no es la tesis de aquellos que no les gusta el aborto, que nunca abortarían pero que no les importa si otros en la comunidad lo cometen. Jurídicamente, providismo es antiabortismo, esto es la tesis que no admite ninguna forma de impunidad jurídica penal para el aborto provocado con consentimiento de la mujer mayor penalmente, esto es imputable: no las menores de 16 años. Pero esto objetivamente consideradas las cosas, falta el elemento de la imputabilidad y culpa, que ya vimos.

Y Abortismo es la posición que admite *por lo menos alguna forma de impunidad* para dicho acto. Hitler era antiabortista y abortista...

20. No se puede ser abortista y antiabortista a la vez...

H. Tenés razón... Hitler se oponía al aborto... pero de los hijos de mujeres de raza aria... no de los bebíto hebreos...Entonces en definitiva admitía algunos abortos impunes, por lo que en definitiva *era abortista. Restringía la protección penal por el lado de las víctimas*. Como si se castiga el delito de robo, pero no si los propietarios robados son paraguayos... Y los que piden que no se castigue a la mujer (objetivamente consideradas las cosas) *restringen la protección penal por el lado del victimario*, no tienen razón, y además, postulan algo que de hecho será imposible de implantar hoy y aquí.

21. Bueno, ¿y las opiniones de Monseñor Fernández ?

H. Suponiendo que sea la que transcribimos, y en el sentido de dejar impune a la mujer, en el texto se usa el argumento usual en los abortistas de que "¿por qué castigarlo, si el aborto está y nunca se castiga?". El ateo socialista jurista Norberto Bobbio, en un reportaje de *Corriere della Sera* lo refutaba así: El hecho de que el aborto esté extendido "es un argumento

debilísimo desde el punto de vista jurídico y moral. Los hombres son como son, y por eso existen la moral y el derecho. El robo de automóviles, por ejemplo, está muy extendido y es algo ya casi impune, pero ¿eso legitima el robo? (...)”.

Y también es refutado así por *la Congregación de la Doctrina de la Fe*: “la función de la ley no es la de registrar lo que se hace, sino la de ayudar a hacer lo mejor” (*Declaración sobre el aborto provocado*, nro. 21).

Además “blanquear”, en el lenguaje coloquial argentino da idea de pasar de la ilegitimidad a la legitimidad, por ejemplo si uno “blanquea un empleado en la Obra Social”, deja de estar en la ilicitud y pasa a la licitud. Entonces, se da idea de que el aborto practicado por la mujer es legítimo ...

22. Es argumento que usan los abortistas, quizá no quiso decir eso...

H. Yo me ocupo de la tesis del texto encomillado más arriba... Quizá Monseñor debe estudiar el tema y reformularlo. Los abortistas, efectivamente, suelen usar el argumento... pero lo hacen para lograr la impunidad de todo aborto, porque la posición de que “porque no se castiga despenalicemos a la mujer”, vale también respecto de los médicos, y respecto de los que abortan con el Misoprostol, y respecto de las clínicas de la IPPF, hasta lograr la impunidad total con la “legalización-en-el-alma-de-la-gente” y en las conductas de los argentinos... Esto es el Exterminio... Y con el mismo argumento, como dijo Bobbio, no habría que castigar la corrupción de los gobernantes y de los jueces y de los legisladores... que casi siempre quedan impunes, los delitos de tortura, de secuestro, de terrorismo, de otros genocidios (porque el aborto en muchos casos lo es).

23. Santo Tomás habla de que no se pueden reprimir todos los vicios sino los más graves...

H. Y enseña la idea de la tolerancia, recogida en *Donum Vitae*, nro. III, por la Congregación para la Doctrina de la Fe. “La ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves”. Pero sin punto y aparte la Santa Sede enseña ahí que “sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad pública”. Es decir que no se puede tolerar que no sean respetados ciertos derechos fundamentales de los más indefensos (los que no ven esto tienen un fondo de “penalofobia”... o de abolicionismo).

Y lo mismo señala la *Declaración sobre el aborto provocado*. “Muchos tomarán como autorización lo que quizá no es más que una renuncia a castigar”. Y aquí lo del “alma de la gente” que mencionamos antes: “Pero esta renuncia a castigar, parece incluir, por lo menos, que el legislador no considera ya el aborto como un crimen contra la vida humana, toda vez que, en su legislación, el homicidio sigue siendo siempre gravemente castigado” (nro. 20).

Por su parte Santo Tomás en el mismo Tratado de la ley enseña que la “ley humana *solo reprime los vicios más graves*, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y *sobre todo los que van en perjuicio de los demás*, sin cuya prohibición la sociedad no podría sostenerse”. Y agrega que “así sucede *con el homicidio*, el robo y otros males semejantes” (1-2, 96, 2,c.). En el delito de aborto hay un tercero y no se puede tolerar su supresión.

#### IV. SOBRE LAS DINÁMICAS PROPIAS DEL MUNDO LEGAL

24. Quizá eximir de pena a la madre pero manteniendo el resto sería facilitar las cosas para poner un límite al aborto...

H. Para legislar hay que tener en cuenta el estado de la sociedad, y sobre todo la situación del poder judicial y ejecutivo que aplicará la ley, los medios de engañación y su influencia, así como el enemigo contra el cual defendemos los derechos humanos del no nacido. Además, hay dinámicas propias del mundo forense que son especiales y es difícil legislar sin conocerlas.

Si con la legislación que hay y considera al aborto un delito la Corte Suprema en FAL dice que es un derecho... ¿qué no harán los jueces con una ley que exige de pena a la madre? Los jueces pisotean la ley sin asco, guiados por la Religión abortista... De hecho, el Anteproyecto Borinsky-Yacobucci en el art. 88 da la facultad al juez de eximirlo de pena si es inconveniente que sufra la cárcel... Conociendo el paño, te puedo decir que si eso se aprueba todos los jueces dirán que es inconveniente la cárcel, porque predominan los garantoabolicionistas, que sostienen que el gran criminal es el Estado... y que no debe haber cárceles ni penas, salvo para militares y policías...

25. ¿Ejemplo de esas “dinámicas propias del mundo forense”?

H. Durante un gobierno militar le consultaron a los eclesiásticos si en el trámite del divorcio no vincular era aceptable el mutuo consentimiento, para evitar teatralizaciones e hipocresías que se daban en los tribunales y acelerar los trámites. Los curas contestaron en el mundo de las abstracciones que si no se trataba de divorcio vincular no había obstáculo. Pero Don Alberto Molinario, que tenía “naso católico” y forense, dijo que esto allanaría el camino a la ley del divorcio vincular. En abstracto no había problema doctrinal, pero ya dejaba de ser la disolución de la sociedad conyugal un asunto de orden público, lo que se manifestaba en un procedimiento que complicaba las cosas, y fue un paso a aquella ley y a la disolución de la familia. De la misma manera, eximir de pena a la madre es camino al abortismo total...

## V. NO SIEMPRE EL QUE PUEDE CONSEGUIR LO MÁS, PUEDE CONSEGUIR LO MENOS

26. Bueno, si no podemos conseguir lo menos... menos podremos lo más...

H. Aunque no lo creas, en ciertas materias como estas, aparentemente *el que no puede conseguir lo menos a veces puede conseguir lo más...* Es más fácil para el catolicismo ganar en las posiciones más radicales que en las parciales. Porque la concesión que se hace al admitir un poquito y no pelear por el total, debilita no solo la argumentación sino la fuerza de combate de la propia posición e impide conseguir nada, ni siquiera lo que aparece como "menos malo"... ¿Cómo vas a convocar a un joven a pelear contra el crimen del aborto, y le das el libreto de que es un crimen pero que por transacciones de las cúpulas o no sé por cuáles razones no vamos por todo y admitimos que el crimen no se castigue, porque en realidad las derrotas previsibles se declaran el mal menor antes de toda pelea? ¿Cómo vas a convocar a luchar si las cúpulas traicionan? Así nos va yendo hace años... Ese chico, si tiene garra, o se va al catolicismo que combate (el no progresista, porque los progresistas ven al Providismo como una "bandera de la derecha", o a los protestantes que la pelean sin respetos humanos ...

27. Hay una crisis de la justicia... y debe considerarse...

H. Tampoco se pueden enfrentar estos problemas tragándose que los gobernantes y los jueces son virtuosos que actúan siempre de buena fe, o admitiendo las falsificaciones que hacen del Derecho, o que respetarán lo que esté en las leyes. Te doy algunos ejemplos: 1) La Corte Suprema en el fallo FAL, que es alegado como pretexto para matar con las ILE, y será modelo de interpretación según el Anteproyecto de Código Penal, obró con absoluta mala fe, como que el juez que era el más serio, Fayt, votó allí sobre la validez de los tratados algo totalmente opuesto a lo que votó poco antes en *Simon*; 2) Hay un video de *YouTube* en que Zaffaroni confiesa que Kirchner le ofreció el cargo en la Corte Suprema por razones de "Militancia"; y el mismo juez dijo que se quedaría en el cargo hasta conseguir la impunidad de la tenencia de drogas y el matrimonio homosexual; 3) En el fallo FAL a la bebida no nacida le designaron incluso defensor, reconociéndola sujeto de derecho, y el defensor apeló pero los jueces la liquidaron antes... Una burrada jurídica tras otra. Esa es la realidad jurídica que vivimos, y si no nos oponemos radicalmente con verdadero espíritu de lucha por Dios y por la Justicia todo se empeorará y no conseguiremos nada. Y respecto a eximir a la mujer de pena, *ya el Partido Herodiano tiene jurisprudencia favorable para extender la exención a todos los partícipes e instigadores del delito...*

28. ¿Cómo que ya está resuelto esto si todavía no se legisló?

H. Monseñor Fernández no debe saber, como que a pesar de escribir mucho sobre el mismo me lo había olvidado, que en el fallo plenario

*Natividad Frías* (plenario es el fallo obligatorio para todas las salas penales), so pretexto (falso) de violación de secreto profesional, se estableció que a la mujer había que eximirla de pena pero no a los copartícipes. *Es decir, una situación perfectamente análoga, en el orden procesal, a la propuesta de eximir a la mujer de pena.*

Pues bien, la Cámara Nacional Criminal y Correccional I, en el caso *Katz*, entendió que lo que se dijo de la mujer valía para todos los demás y se extendió la eximición. La propuesta de despenalizar a la mujer es injusta, sin fundamento, y será inaplicable de hecho porque los jueces eximirán a todo el mundo de penas...

29. ¿Va a salir la ley abortista?

H. Vivimos un estado de hecho y no de derecho. El Gobierno perdió la votación en el Argentinazo en el Senado pero insiste con un Anteproyecto de ley más abortista; viene el nuevo presidente con el abortismo total; y entretanto se mata a mansalva invocando la "Interrupción legal del embarazo", las ILE, que son ilegales, inconstitucionales e inhumanas. Se mata con las siete plagas del Misoprostol, que el Gobierno Macri autorizó y que el Estado también fabrica... Según el Informe oficial de la Ciudad de Buenos Aires del 17 de octubre de 2019, mediante el Protocolo de la Muerte de Macri-Rodríguez Larreta murieron en los hospitales porteños en 18 meses 8.415 bebitos, lo que hace un promedio de 15 por día en 2016, que multiplicado por 360 días arroja *5.475 al año*, que, si se mata parejo en el resto del país, suponiendo que seamos diez veces más que los porteños, *en Argentina se están matando 54.750 bebitos por año*. Y todo eso sucede con un Código Penal que considera al aborto un delito y con las mejores leyes y tratados protectores de la vida ... ¿Qué no será con cualquier aflojada nuestra, que defendemos los derechos humanos de todos?

Pero si peleamos en serio como en 2018 oponiéndonos radicalmente y con millones en las calles y en todo el país y si rezamos mucho, la vamos a ganar de nuevo y obtendremos la derogación de las malas leyes y la detención del Exterminio. La Virgen de Luján nos ayudará para un nuevo Argentinazo, "gesta de Dios por los argentinos".



## ANÁLISIS DE LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

*Arturo Salazar Santander\**

SUMARIO: I. El concepto de lesión enorme. II. Análisis crítico de la lesión en el Código Civil chileno: ¿cabe hablar de una noción amplia de lesión? III. Una propuesta de solución al problema de la lesión en Chile: el artículo 16 letra g de la Ley 19.496. IV. Conclusión: el principio de equilibrio contractual como una cláusula de aplicación general

La institución de la lesión enorme, que históricamente ha recibido poca importancia y atención por parte de la doctrina chilena a partir de la Codificación, en los últimos años ha recuperado su trascendencia, especialmente a raíz de la creciente aceptación y reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia, del principio de equilibrio contractual y un renovado interés en la buena fe objetiva y la equidad contractual. Así como la doctrina e institución de la imprevisión y la cláusula *rebus sic standibus*, han estado en el centro de la discusión sobre la responsabilidad y los medios de tutela del acreedor por incumplimiento contractual, la lesión<sup>1</sup> como principio general del derecho de contratos, va informando toda la contratación moderna, en los principales instrumentos de derecho uniforme<sup>2</sup>, mientras que en Chile, paulatinamente se han recogido dichos principios por la doctrina, con creciente interés.

Son las dos instituciones en torno a las cuales gira el principio de equilibrio contractual: la lesión como el mecanismo para resguardar el equilibrio contractual originario, durante la etapa de formación y cierre del contrato y la imprevisión como la institución base para preservar el

---

\*Abogado, Universidad Católica de Chile, candidato a doctor en derecho.

<sup>1</sup>Aunque a menudo, en los modernos instrumentos del *soft law*, no se le denomina “lesión enorme”, en cambio, se usan expresiones como “ventaja desleal”, “excesiva desproporción”, etc.

<sup>2</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “La adaptación del contrato como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXI, N° 1, 2018, 130-133 y 138.

equilibrio contractual funcional, durante la ejecución del contrato<sup>3</sup>. Este nuevo enfoque que recupera la conmutatividad, se aparta de la doctrina clásica, voluntarista y subjetivista, que se conformaba con el mero consentimiento libre de vicios como base de la justicia del contrato, cuyo origen estuvo en la escuela del derecho natural racionalista y su apogeo, en la Codificación del siglo XIX; como consecuencia de la primacía de la voluntad de las partes y de la libertad contractual, se imponía el respeto estricto y absoluto al principio *pacta sunt servanda*, transformada en una verdadera intangibilidad del acuerdo de voluntades, que cerraba de modo casi absoluto la posibilidad de la adecuación contractual para mantener el equilibrio. El derecho subjetivo individualista, que sustentaba dicha concepción ilustrada, fue sometido a crítica y revisión por la doctrina y obra de juristas como Georges Ripert, Louis Josserand, Karl Larenz, Emilio Betti, Federico de Castro, etc. En esta nueva concepción, más objetiva y social, la voluntad es solo uno de los elementos, de gran importancia al momento de la conclusión, pero coexiste con otros de jerarquía semejante, y abre las posibilidades de adecuación contractual<sup>4</sup>. La buena fe vuelve a ser considerada un criterio de reciprocidad y equilibrio que debe observarse en las relaciones jurídicas.<sup>5</sup> De este modo, el nuevo derecho de la contratación, habiendo entrado en crisis el modelo codificado decimonónico, vuelve a considerar como objeto central de sus preocupaciones a la justicia conmutativa del contrato, apartándose del voluntarismo y consensualismo imperantes y recuperando la importancia del objeto, de la *iusta res*.

## I. EL CONCEPTO DE LESIÓN ENORME

La lesión enorme, en principio, puede ser definida como “el perjuicio que experimenta una persona al ejecutar determinados actos jurídicos, fundado en la desproporción resultante entre la ventaja obtenida y el sacrificio realizado”<sup>6</sup>. Y de forma más precisa, según Planiol y Ripert, “en

---

<sup>3</sup>Chamié, José Félix, “El principio de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 22, 2012, 220.

<sup>4</sup>Peñailillo, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*. N° 20, 2000, Concepción, 209-213; Tale, Camilo, “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: Pacta Sunt Servanda y el Principio de Equivalencia”, en AA.VV, Castaño, Sergio y Soto Kloss, Eduardo (edit.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, 584.

<sup>5</sup>De los Mozos, José Luis, *El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona. Bosch Casa Editorial, 47-48.

<sup>6</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta, Tomo II, Volumen II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 740-741; Veloso, Paulina, *Tratado de*

los contratos a título oneroso, en el hecho de que una de las partes recibe una prestación de valor inferior al de la ofrecida por ella”<sup>7</sup>.

En el derecho chileno, la lesión como causal de rescisión de actos y contratos, procede bajo un sistema de *numerus clausus*, siendo el caso emblemático, la compraventa de bienes inmuebles en la cual “el vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad de justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato” (Art. 1889 del Código Civil). El criterio general de la lesión en Chile, es el exceso sobre el cincuenta por ciento del precio justo al tiempo del contrato, la regla de la *lex secunda* del derecho justinianeo, también conocida como la *laesio ultra dimidium*.

No es un vicio del consentimiento, pero equivocadamente, a veces se le conceptualiza junto al error, el dolo y la fuerza. En el Proyecto de 1853, el Art. 1629 enumeraba la lesión dentro de los vicios del consentimiento, siguiendo el Código Civil francés, lo que fue suprimido en el Art. 1451 del actual Código Civil. En efecto, dada la naturaleza de la lesión, no se entiende cómo podría ser un vicio del acuerdo de voluntades, esto es, el error, fuerza y dolo, cuyo efecto es impedir que se alcance un consentimiento pleno sobre el negocio jurídico y las circunstancias de hecho, de modo que el acto o contrato nace a la vida del derecho, con una anomalía y podrá ser impugnado mediante la nulidad relativa. En los contratos rescindibles por lesión, ya hubo consentimiento válido, pero hay un vicio en el objeto de la relación jurídica, que genera un enriquecimiento a costa de un desequilibrio excesivo en las prestaciones. Si fuera un vicio, sería de aplicación general, y un requisito de validez, que no esté afectado por lesión enorme.

No basta que haya lesión, es decir, *daño* en un sentido genérico, en el patrimonio. Todo acto o contrato al intercambiar prestaciones, supone un esperable disvalor, que el principio de equilibrio contractual reconoce como parte de la normalidad del tráfico jurídico. Sin perjuicio de la imprescindible seguridad jurídica, sin la cual no podría existir un correcto funcionamiento del mercado y los intercambios que en este se dan<sup>8</sup>. Los Códigos que regulan la lesión basándose en un criterio matemático y preciso, consideran que todo desequilibrio inferior a la regla numérica, generalmente, de más de la mitad del precio justo, no es susceptible ni merecedor de tutela jurídica. En cambio, los Códigos que regulan la lesión

---

*Jurisprudencia y Doctrina. Acto Jurídico. Obligaciones y Contratos. Tomo I*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2012, 576.

<sup>7</sup>Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. *Las Obligaciones (primera parte)*, (trad.) Mario Díaz Cruz, Cultural S.A., La Habana, 1946, 282.

<sup>8</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Volumen II, *op. cit.*, 740-742.

en términos del “grave desequilibrio de las prestaciones”, sin fijar una cuota ni límite matemático, dan mayor flexibilidad para apreciar la lesión en el caso concreto, y las circunstancias de hecho en que se manifieste claramente el grave desequilibrio que el Derecho repudia.

### EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El fundamento de la lesión, en general se afirma que está en la equidad y la buena fe contractual. Sin negarlo, es preferible sostener que se encuentra en el principio de equilibrio contractual, porque no parece suficiente sustentar una institución en principios tan trascendentes y amplios como los citados, que fundamentan muchas otras instituciones y normas jurídicas. De modo que parece más preciso afirmar que el fundamento en general y en abstracto, está en la buena fe objetiva y la equidad, mientras que el fundamento en concreto y en particular, está en el principio de equilibrio contractual.

Fin-Langer, define el principio de equilibrio contractual, como aquel que postula que las desproporciones significativamente importantes, que suceden tanto durante la conclusión del contrato o durante su ejecución, deben ser corregidas y sancionadas. Dichas desproporciones, conllevan que el contrato pierda la base negocial y así, se justifica su adaptación equitativa para reestablecer el equilibrio de las prestaciones y garantizar de la mejor forma posible, el interés de los contratantes, que se traduce en una composición armoniosa y equitativa del contenido del contrato y la recta ejecución de las prestaciones de las partes<sup>9</sup>.

Patricia López Díaz, afirma que el principio de equilibrio contractual reemplaza y actualiza a la teoría del justo precio y la equivalencia de las prestaciones, elaboradas por los canonistas medievales, desde la filosofía aristotélica sobre la justicia conmutativa y la reciprocidad de los cambios<sup>10</sup>. Estas doctrinas que le dieron forma al *ius commune*, y fueron regla general en el derecho anterior a la codificación y los principios de liberales de la Ilustración, fueron vistos como “peligrosos para el individualismo y el liberalismo que constituían los fundamentos de dicho dogma y para la libertad y la fuerza obligatoria, en cuanto efectos derivados de este”<sup>11</sup>. José Félix Chamíé, sostiene que esta idea de justicia y equilibrio contractual, en realidad ha estado presente en los principios y elaboración dogmática del sistema jurídico romanista, desde la definición clásica del *ius est ars*

---

<sup>9</sup>Fin-Langer, Laurence, *L'équilibre contractuel*, Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002, 569-571.

<sup>10</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015, Santiago, 124.

<sup>11</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 124.

*boni et aequi*, posteriormente en la doctrina medieval señaló la necesidad de moderar los contratos afectados por un desequilibrio y desarrolló el principio de *reductio per aequitatem* para subsanar de modo equitativo, los desequilibrios *ab initio* y *ex post facto* (*propter mutationem temporum*). Este principio consustancial a la historia del derecho mismo, experimentó una crisis profunda en el siglo XIX, en pleno apogeo del dogma de la voluntad, para luego resurgir fortalecido con el cambio de concepción jurídica del siglo XX, que pone en el centro las exigencias de la buena fe, la colaboración, solidaridad, equidad y justicia contractual<sup>12</sup>. El contrato, pasó a ser concebido “no solo como un acuerdo de voluntades, sino como un intercambio de prestaciones entre dos patrimonios”<sup>13</sup>. Y ese intercambio, debe ser justo para merecer la protección del ordenamiento jurídico. No basta que las partes lo hayan querido a través de un consentimiento libre de vicios, sino que “la libertad contractual, correctamente concebida, debe facultar a las partes de un contrato para discutir su contenido y alcanzar una simetría prestacional, en el evento que esta haya desaparecido”<sup>14</sup>. De este modo, las obligaciones no son tanto formalmente recíprocas sino sustancialmente recíprocas, analizándose también el contenido armónico y equitativo del acuerdo de voluntades y su correspondencia de valor<sup>15</sup>. La fuerza obligatoria de los contratos se atenúa con las exigencias de justicia objetiva del *sinagma*.

Este proceso de reconocimiento de principios de justicia conmutativa, que priman por sobre el acuerdo de voluntades de las partes, que alcanza gran fuerza y extensión en el derecho de la contratación contemporáneo, tuvo gran desarrollo en el Derecho Común medieval, que Chamié caracteriza así: “frente al rigor del *strictum ius*, el sistema medieval mitigó, suprimiendo la distinción entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe, la justificación de esta operación interpretativa tiene su base en la emblemática noción de equidad de los doctores medievales, una equidad distinta de la romana, sí, pero que en todo caso *in omnes contractus servanda*, para corregir toda extrema *iniquitatis*”<sup>16</sup>. Este proceso de atenuación de la dureza del *strictum ius*, también se dio en el Derecho Romano, el cual experimentó importantes transformaciones jurisprudencia-

---

<sup>12</sup>Chamié, José Félix, “El principio de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, *op. cit.*, 222; Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, (trad.) José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, 102-103.

<sup>13</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *op. cit.*, 125.

<sup>14</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 125.

<sup>15</sup>Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, 44, 340-341.

<sup>16</sup>Chamié, José Félix, “El principio de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, *op. cit.*, 228.

les con el apogeo del *ius honorarium*, paulatinamente fue reduciéndose el formalismo del *ius civile*, y se reconoció un amplio margen a la buena fe, buscando los remedios adecuados para vencer las malicias de los privados y el aprovechamiento injusto del formalismo jurídico<sup>17</sup>. Las lagunas del *ius civile* para sancionar el enriquecimiento ilícito, fueron completadas a través del *ius honorarium* que otorgaba acciones o excepciones de naturaleza pretoria, para dar tutela jurídica a situaciones no protegidas por el *ius civile*, incluso, para otorgar soluciones contrarias al mismo *ius civile*.

## LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

No es objeto del presente estudio, el análisis detallado de la compleja historia de la lesión enorme. Un estudio respecto del tema puede encontrarse en el libro de Nathalie Walker, *La rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*. El presente estudio tiene por objetivo un análisis crítico del tratamiento de la lesión por el Código Civil de Andrés Bello, enfocándose en su relación problemática con la doctrina del justo precio y el equilibrio contractual, sin abordar todos los aspectos y consecuencias a que pueda dar lugar la doctrina de la lesión.

El Código de Bello, es reconocido como uno de los Códigos más influidos por el Código de Napoleón, fruto maduro de la Ilustración y el iusracionalismo liberal, no obstante, las importantes modificaciones que realizó Andrés Bello, en el proceso codificador chileno. Un ejemplo de dichas modificaciones que corrigieron aspectos del Código de Napoleón, se encuentra en materia de lesión enorme. Indudablemente, el tratamiento que hace el Código de Bello de la lesión, clasifica plenamente dentro de la denominada concepción objetiva de la lesión, que fija un límite rígido y preciso a la lesividad contractual, sin atender a las circunstancias y cualidades subjetivas como el aprovechamiento de un estado de inferioridad del otro contratante. Generalmente es regulada según el criterio aritmético de la regla *infra dimidium*, más allá del cual se considera injusto el contrato y bajo dicho límite, a pesar de su desproporción evidente, se entiende irreprochable ante el Derecho.

El Artículo 1451 al tratar sobre los vicios del consentimiento, excluye a la lesión, a diferencia del Proyecto de 1853, que incluyó a la lesión como uno de los vicios del consentimiento junto al error, fuerza y dolo en su Artículo 1629. Por el contrario, el Art. 1888, trata la lesión como una causal de rescisión, aplicable para el contrato de compraventa, cuando sea “enorme”, así como para otros casos específicos dispersos en el Código, siguiendo el modelo del Código Civil francés, a través de un

---

<sup>17</sup>Chamié, José Félix, “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 19, 2010, Bogotá, 18.

*numerus clausus*.<sup>18</sup> El caso más importante y que mantiene la sustancia de dicha institución, es la rescisión por lesión enorme en la compraventa sobre bienes inmuebles (Art. 1889), aplicable también a la permuta sobre bienes inmuebles (Art. 1900) toda vez que se le aplican las normas de la compraventa. Asimismo, se incluyen como supuestos de lesión en el Código; la cláusula penal enorme (Art. 1544), la partición de bienes (Art. 1348), el mutuo con intereses excesivos (Art. 2208 y Art. 8 de la Ley 18.010), la lesión en la anticresis (Art. 2443). Y de modo impropio y discutido por la doctrina, se incluye en la aceptación de una asignación hereditaria, pese a ser un acto jurídico unilateral (Art. 1234). En general, se habla que la lesión procede respecto a contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, toda vez que en ellos se puede advertir un desequilibrio entre lo que uno da y lo que uno recibe, en los cuales las prestaciones *se mirarán como equivalentes* conforme al Art. 1442. En los contratos gratuitos en cambio, al tener por objeto la utilidad de una de las partes no puede hablarse de desequilibrio entre las prestaciones. Y a su vez, en los contratos aleatorios, al existir una contingencia incierta de ganancia o pérdida, tampoco hay certeza respecto a la magnitud de la prestación por lo que no cabe desequilibrio<sup>19</sup>.

En el Proyecto de 1853, no obstante, en teoría recogía un criterio objetivo-subjetivo, aplicable para los contratos onerosos conmutativos, y la incluía como un “vicio”:

*Art. 1638. La lesión como causa de vicio en los contratos, es propia de los conmutativos; i para viciar un contrato, ha de ser enorme, esto es, tal que el valor de lo que el uno de los contratantes da al otro no llegue al a mitad del valor de lo que el otro reciba de él, no constando haber habido intención de donar el exceso. I no se entenderá haber habido tal intención sino cuando se mencionen específicamente las cosas o cantidades que se donan*<sup>20</sup>.

Pese a que el Art. 1638 hablaba de “vicio” y estar enumerada junto al error, fuerza y dolo en el Art. 1629, la doctrina entiende que no era un vicio del consentimiento propiamente tal. No se describía cuál era el elemento subjetivo que generaba un defecto en el consentimiento del contratante lesionado, solamente, indicaba el desequilibrio, el cual ope-

---

<sup>18</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta, Tomo II, Volumen II, op. cit.*, 741.

<sup>19</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios de Latinoamericanos de derecho de los contratos”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso 2014*, Thomson Reuters Legal Publishing, Santiago, 2015, 705-706.

<sup>20</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 705.

raba en la generalidad de contratos oneroso conmutativos. En realidad, operaba objetivamente, pese a ser descrita como vicio<sup>21</sup>.

Esta norma fue eliminada en el “Proyecto Inédito”. A su vez, existía una norma que regulaba específicamente la lesión para el contrato de compraventa, en el antiguo Art. 2067 del Proyecto de 1853, que el “Proyecto Inédito”, dejó en los mismos términos que el actual Art. 1889.

El antiguo Art. 2067 del Proyecto de 1853, decía:

*Art. 2067. Hay lesión enorme en el contrato de venta cuando el vendedor da la cosa por menos de la mitad de su justo precio, o cuando el comprador ha pagado sobre el justo precio de la cosa más de una mitad del mismo*<sup>22</sup>.

El actual Art. 1889, modificó dicha norma y quedó así:

*Art. 1889. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.*

Mientras que el vendedor sufre lesión enorme si recibe un precio menor que la mitad del justo precio, esto es, la regla *infra dimidium*; el comprador sufre lesión cuando paga más del doble del justo precio, esto es, la regla *ultra duplum*. La lesión para el comprador, se da cuando el justo precio es inferior a la mitad del precio que paga<sup>23</sup>.

Tal como sucede en la regla general del tratamiento que la Codificación dio a la lesión, solo aplica para las compraventas de bienes inmuebles y se excluye expresamente, para las ventas de bienes muebles, así como las ventas de inmuebles que se hubieran hecho por ministerio de la justicia, conforme al Art. 1891.

A diferencia del Código de Napoleón, la ley beneficia tanto al vendedor como al comprador, siguiendo en este punto a Pothier, quien concedía la rescisión a ambas partes. Y la medida del desequilibrio vuelve a ser la clásica regla de la “mitad del justo precio”, en general, y no las siete duodécimas partes del precio del inmueble, como sucede en el Art. 1674

---

<sup>21</sup>Merello, Ítalo “Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil Chileno”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 4, 1979, Valparaíso, 104-105.

<sup>22</sup>Guzmán Brito, Alejandro, “Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al Código Civil de Chile”, en Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, 208.

<sup>23</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Volumen II, *op. cit.*, pp. 748-749.

del Código Civil francés. Bello, a diferencia de otros codificadores decimonónicos, recibió en parte la influencia no solo del *Code*, sino que también de la antigua legislación de las Siete Partidas. De hecho, cita la Ley 56, Título 5 y Partida 5 en las notas del Art. 2067 del Proyecto de 1853<sup>24</sup>. Al suprimir los Arts. 1638 y 1629 del Proyecto de 1853, que consideraban a la lesión como un vicio del consentimiento (al menos, teóricamente) se apartó de la tradición proveniente de Las Partidas y se acercó al Código Civil francés y la *Lex Secunda*, que exigen solo un cálculo matemático del desequilibrio<sup>25</sup>. Según Barrientos, las fuentes usadas por Bello en el proceso de codificación en materia de lesión consistieron en las “Siete Partidas”, glosadas por Gregorio López, otras leyes recopiladas en la “Novísima Recopilación de Leyes de España” y las opiniones del jurista Antonio Gómez. Si bien tuvo como referencia al comentarista del Código Civil francés, Delvincourt, que generalmente se ha señalado como una gran fuente en el proceso de codificación; en materia de lesión fue casi irrelevante frente a la sistematización que elaboró desde el derecho hispano vigente a la fecha de redacción del Código<sup>26</sup>.

### 1) *EL JUSTO PRECIO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO*

El Código no define qué es el justo precio, solamente establece un margen negativo, del exceso permitido por sobre la medida del justo precio, basado en el criterio aritmético y exacto de la “mitad”. En general, en la doctrina moderna a diferencia del antiguo Derecho Común, se entiende el justo precio como el “valor de mercado”, o “valor de cambio” de un inmueble<sup>27</sup>.

La jurisprudencia es bastante uniforme en sentenciar que el justo precio no es el valor intrínseco de la cosa vendida, y que al no haber una definición legal de justo precio, es una cuestión de hecho privativa de los jueces de fondo, que queda entregado a las circunstancias particulares de cada caso y debe estarse al valor normal, común y corriente del inmueble, al tiempo del contrato. En ningún caso puede entenderse el valor de afección individual. El valor intrínseco tampoco es relevante. Solamente el precio determinado por la oferta y la demanda en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, en relación con la valorización del dinero y el interés de los terceros en adquirir dicho inmueble. El mero avalúo fiscal de la propiedad tampoco es suficiente por sí mismo para acreditar el justo

---

<sup>24</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho PUC, Santiago, 2017, 281-282.

<sup>25</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 293.

<sup>26</sup>Barrientos Grandón, Javier, *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada. Tomo II*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2016, 825-826.

<sup>27</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno, op.cit.*, 285.

precio, sino que se requiere de una tasación practicada, toda vez que el avalúo fiscal no es el precio de mercado del inmueble<sup>28</sup>.

Al ser la determinación del justo precio una cuestión de hecho y entregada de forma privativa a los jueces del grado, que resuelven conforme al mérito de la prueba rendida en autos, está excluido del juicio de casación de fondo. Se admiten como medios de prueba todos los medios de prueba legales reconocidos por el Código de Procedimiento Civil, pero son especialmente útiles para la determinación del justo precio, las escrituras de venta de los terrenos vecinos para establecer una similitud en las condiciones de tiempo y lugar que oriente al juez respecto al precio justo, así como los informes periciales, sin que se tengan por la única prueba admisible<sup>29</sup>.

Finalmente, el justo precio de la cosa debe tomarse en consideración al que tenía al momento de celebrar el contrato de compraventa, independiente de las mejoras o deterioros que sufra el inmueble con posterioridad a dicha fecha<sup>30</sup>.

Valdez Cruz critica la jurisprudencia chilena acerca del justo precio, porque considera que no se ha elaborado un verdadero cuerpo doctrinal sobre el mismo, limitándose los tribunales a admitir como prueba concluyente los informes de peritos, sin profundizar en criterios de justicia<sup>31</sup>. Los criterios jurisprudenciales del justo precio en efecto nos parece que abandonan el análisis de la justicia conmutativa y solo se centran en los aspectos formales y no los sustanciales para determinar el equilibrio prestacional en el precio.

Tal como sucede en muchas legislaciones, no todo desequilibrio de prestaciones está sancionado con la rescisión. Sea porque no alcanzan a cumplir la medida objetiva y aritmética de la regla *infra dimidium*, sea porque no constituyen un desequilibrio grave y excesivo en el cual concurren las condiciones subjetivas exigidas tales como explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia.

En cuanto a la medida del desequilibrio reprochado con la ley, de la sola lectura del Art. 1889 queda claro que hay una diferencia entre lo que se exige soportar al comprador y al vendedor. Mientras el vendedor, sufre lesión cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio, es decir, si valía 10 y recibe 4; el comprador sufre lesión cuando el justo precio es menos de la mitad del precio que paga por la cosa. En otras palabras, el comprador sufre lesión cuando paga más del doble del justo precio, si valía 10, debe pagar 21 pesos y no 16 para que haya lesión.

---

<sup>28</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 285-286.

<sup>29</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 286.

<sup>30</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta, Tomo II, Volumen II, op. cit.* p. 759.

<sup>31</sup>Valdez Cruz, Alejandro, *El justo precio*, Memoria para obtener el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho PUC, Santiago, 1983, 1.

En tanto, que en el antiguo Artículo 2067 del Proyecto de 1853 se exigía el mismo desequilibrio *infra dimidium*, para ambas partes. La raíz de esta diferencia en medir el desequilibrio está en la disputa medieval entre escuelas de Glosadores acerca del monto del desequilibrio. Por un lado, la escuela de Azo sostenía que debe aplicarse la misma medida, *infra dimidium*, para ambas partes, aplicando la fracción mitad siempre al justo precio de la cosa. Por otro lado, la escuela de Martino, quien sostenía que debe aplicarse la regla *infra dimidium*, para el vendedor y *ultra duplum*, para el comprador, aplicando la fracción mitad al justo precio de la cosa para el vendedor, y al precio pagado, en el caso del comprador, que recibe una cosa inferior a la mitad del precio que paga por ella.

Esta contradicción se traspasó a “Las Siete Partidas”, quedando en la V Partida la doctrina de Azo y en la IV Partida la de Martino. Cabe destacar que Bello tomó como referencia, hasta el Proyecto de 1853, la norma de la V Partida, que es citada en las notas al Art. 2067. A partir del “Proyecto Inédito”, Bello tomó como referencia la norma de la IV Partida, que se basa en la doctrina de Martino<sup>32</sup>.

No se entiende ni se justifica el motivo que perjudica y exige más sacrificio patrimonial por parte del comprador, para acudir de rescisión por lesión enorme. Es un aspecto del tratamiento de la rescisión por lesión que puede y debe reformarse, atenta contra la igualdad ante la ley en una misma situación jurídica, el desequilibrio en el precio en la compraventa de inmuebles, beneficiando al vendedor y exigiendo un perjuicio adicional al comprador.

El Código Civil chileno, no exige tener conocimiento respecto del precio justo al tiempo de la celebración del contrato. La acción de rescisión procede sea que hayan ignorado o no que el precio era lesivo. Alessandri Rodríguez afirma, que procede la acción sea que estén de buena o mala fe, al celebrar el contrato. No solo porque en ningún artículo se exige dicho requisito sino porque al ser un vicio objetivo, que no requiere para su procedencia el análisis de los elementos subjetivos de los contratantes, que en ningún caso es un vicio del consentimiento; de modo que existiendo el perjuicio en la mitad del justo precio, procederá la acción. Por el contrario, el Art. 2069 del Proyecto de 1853 incluía una norma que exigía al lesionado, justificar que ignoraba el valor de la cosa al tiempo del contrato. Dicha norma fue suprimida y por tanto, aún si no ignora el precio, concede la acción<sup>33</sup>. Hay jurisprudencia que ha reconocido un aspecto que es central en materia de cláusulas abusivas dentro del Derecho del Consumo, que a menudo, la lesión enorme tiene por causa, la diferencia en el poder de negociación entre las partes, cuestión que

---

<sup>32</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, op. cit., 288-289.

<sup>33</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Volumen II, op. cit., 764.

está presente en la concepción objetiva-subjetiva de la lesión, ausente en nuestro Código. De modo que, no exigir que quien alega la lesión tenga conocimiento del precio real al tiempo del contrato, protege al contratante que se encuentra en situación de debilidad relativa, para poner remedio al quebrantamiento de la conmutatividad del negocio<sup>34</sup>.

## 2) EFECTOS DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

En cuanto a las ventas respecto a las cuales la ley concede la rescisión, como se ha indicado con anterioridad, el Art. 1891 establece que no habrá lugar a la rescisión por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, sin mencionar específicamente que recae solamente sobre ventas de inmuebles. El mismo artículo niega la rescisión a las ventas hechas por el ministerio de la justicia. Si bien procede solo respecto a los inmuebles, es claro en la legislación y doctrina chilenas que la acción rescisoria procede en las ventas de bienes inmuebles incorporales, es decir, los derechos o acciones inmuebles, tales como el usufructo, censo, herencia, servidumbre o acciones que recaigan sobre bienes inmuebles<sup>35</sup>. Tampoco procede la rescisión por lesión, en las ventas comerciales, conforme al Art. 126 del Código de Comercio, lo que ha sido la práctica y costumbre constante al respecto. El Art. 170 del Código de Minería, también excluye la rescisión por lesión en las ventas de concesiones mineras, que serían contratos aleatorios al no poder tenerse certeza y claridad respecto a cuál es la riqueza que encierran realmente. En el caso de las ventas hechas por el ministerio de la justicia, se excluyen tanto a las voluntarias como las forzadas, ya que la ley no distingue, aplicando tanto en el juicio ejecutivo como en las ventas concursales. La doctrina tradicionalmente ha entendido que, al intervenir la justicia, desaparece toda sospecha de sorpresa y fraude. No obstante, la naturaleza de dichas ventas, que se realizan al mejor postor, impide que se puedan rescindir.

En cuanto a los contratos aleatorios, la regla general es que no se admite la rescisión porque no puede determinarse el precio justo de la cosa, y la ley no hace sino explicitar dicho principio. Pero nada obsta a que se acoja su rescisión cuando hay base para calcular el precio justo y por tanto el punto de comparación con el precio lesivo. Solo un contrato absolutamente aleatorio impide realmente que el juez admita la demanda

---

<sup>34</sup>Barros Barros y otros con Constructora e Inmobiliaria del Parque S.A, Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2015, WestLaw CL/JUR/7797/2015.

<sup>35</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta, Tomo II, Volumen II, op. cit.*, 766.

de rescisión. Lo que se ha admitido en casos de ventas de inmuebles mediante rentas vitalicias, usufructos sobre inmuebles, o la nuda propiedad<sup>36</sup>.

La norma toma el fundamento histórico de la acción rescisoria, que desde los rescriptos imperiales recogidos en la compilación justiniana hasta el Código Civil francés de 1804, otorgaba con exclusividad la acción a las ventas de inmuebles. Lo anterior sin perjuicio de la influencia que tuvo la legislación hispánica de Las Partidas en Bello. Dicha limitación además del elemento histórico, se explica por la influencia que el liberalismo ilustrado tuvo en la Codificación, buscando restringir el alcance de la acción rescisoria en contraste con el antiguo Derecho Común, que le daba una amplia aplicación para la generalidad de actos y contratos, así como la alta relevancia que tenían los inmuebles en el siglo XIX, que eran el principal medio de riqueza, frente a los bienes muebles. Pero la realidad económica fue mutando y con el tiempo los bienes muebles pudieron alcanzar aún mayor peso económico y patrimonial. Ejemplo, en las ventas de acciones de Sociedades Anónimas Abiertas, en las cuales puede darse perfectamente lesión enorme pero no se concede acción alguna, al ser bienes muebles. Lo mismo respecto a la cesión de créditos personales, toda vez que según el Art. 580, son muebles. Y así, un largo etcétera de bienes muebles de alto valor, industrial, artístico, histórico, tecnológico, de lujo. Incluso, los medicamentos. En muchos de estos casos, no obstante, operaría la legislación en materia de Consumo, que la sanción a las cláusulas abusivas regula, en lugar de la lesión enorme, si estamos dentro del ámbito de contratos de adhesión en una relación de consumo<sup>37</sup>. Hay doctrina que defiende que se aplique la lesión enorme en las ventas de cosas muebles, sobre todo de gran valor<sup>38</sup>.

Si bien en cuanto a la sustancia de los de la rescisión por lesión, el Código Civil sigue de cerca al Código Civil Francés, Bello cambió en el "Proyecto de Código Civil" de 1853 la terminología francesa de "resolución" que en el Código Civil de Napoleón se confunde con la "rescisión" de la compraventa por causa de lesión; a la terminología del derecho vigente, rescisión<sup>39</sup>.

El Art. 1890 establece el denominado derecho de opción del contratante vencido, contra quien se ha pronunciado sentencia de rescisión, también denominado *reductio ad aequitatem*, porque reestablece el equilibrio contractual perdido. En el caso del comprador, puede, a su arbitrio, consentir en la rescisión, en cuyo caso, se procederán a las restituciones correspondientes según las normas de la nulidad en la compraventa o completar el

---

<sup>36</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *Ibidem*, 770-776.

<sup>37</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, op. cit., 291.

<sup>38</sup>García Vallés, R., "La rescisión por *laesio ultradimidium* debería aplicarse a los bienes muebles?", en *Revista Jurídica de Cataluña* N° 2, Barcelona, 1963, 392-393.

<sup>39</sup>Barrientos Grandón, Javier, *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada. Tomo II*, op. cit., 825.

justo precio con deducción de una décima parte. En el caso del vendedor, tiene este mismo derecho de opción, quien puede a su arbitrio, consentir en la rescisión del contrato, que se entenderá nulo, o restituir el exceso del precio recibido por sobre el justo precio, aumentado en una décima parte. La elección de este derecho de opción, naturalmente, depende del contratante que ha provocado la lesión, y no depende en modo alguno de la víctima de la lesión.

Es una obligación facultativa, según Alessandri Rodríguez, quien a su vez, sigue a la generalidad de la doctrina francesa. De modo que el comprador en principio está obligado a restituir el inmueble y queda bajo su facultad, la de completar el precio con la deducción de la décima parte. El vendedor, está obligado a las restituciones propias del efecto de la nulidad o en su defecto, restituir el exceso del precio recibido por sobre el justo precio, aumentado en una décima parte, bajo su facultad; todo conforme al Art. 1505 del Código Civil que establece que el acreedor puede exigir una cosa determinada pero el deudor puede pagar con otra. Así, el vendedor o el comprador solo pueden pedir la rescisión de la compraventa en la demanda. Si luego, el demandado, escoge la devolución de la cosa o el precio, es enteramente bajo su arbitrio. Por el contrario, si el demandante, solicita la devolución de la cosa o el precio, según Alessandri Rodríguez y la doctrina francesa, debería ser rechazada la demanda<sup>40</sup>.

Nos parece cuestionable dicha posición, toda vez que le entrega el poder de escoger el resultado de la acción al propio contratante lesionado y no se aviene con el concepto moderno del derecho de contratos, como un mecanismo de remedios y acciones para la tutela del interés del acreedor. De modo que la tesis del derecho de opción como un derecho alternativo del acreedor, bajo su libre elección, nos parece que resguarda de forma mucho más eficaz su interés y la equidad del contrato. Cabe recordar que esta tesis, fue la sostenida por los Canonistas, basándose en las Decretales de Alejandro III e Inocencio III.<sup>41</sup> Y es la doctrina que sostienen legislaciones más recientes como el Art. 954 del Código Civil argentino y el Art. 332 del Código Civil y Comercial argentino de 2014, así como distintos instrumentos de Derecho Uniforme.

¿Por qué en el caso de ejercer el derecho de opción consistente en la *reductio ad aequitatem* se exige deducir o aumentar un décimo del precio justo? Ni en el Derecho Postclásico, ni en el Derecho Común y Canónico, ni siquiera en algunas legislaciones modernas existe esta facultad. Solamente en aquellas que se basaron directamente en el Código Civil francés, donde

---

<sup>40</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta, Tomo II, Volumen II, op. cit.*, 786.

<sup>41</sup>Abril Campoy, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión: enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 24-30; Valmaña, Silvia, *Evolución histórico-jurídica de la rescisión por laesio ultradimidium*. Tesis Doctoral defendida en el Departamento de Derecho Romano, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2017, 271.

existe este mismo principio. A partir de lo dictaminado por el Consejo de Estado francés, durante la compleja discusión del *Code*, se entiende como la legítima ganancia y beneficio que las partes adquieren en el tráfico jurídico, reconociendo que las cosas no se venden ni compran al precio justo exacto, que realmente valen. La doctrina entiende que no es justificado, porque ya hubo un desequilibrio que la ley considera intolerable, el que excede la regla *infra dimidium* o *ultra duplum*, que llevó precisamente a la rescisión del contrato. No es la ganancia normal y legítima proveniente de un contrato celebrado en condiciones equitativas. Al final la ley va contra su propio acto, al legitimar una ganancia sin justa causa<sup>42</sup>. Más aún, podría hablarse de esa décima parte, como un enriquecimiento sin causa, que es amparado, al menos tolerado por la ley, que exime de la obligación de restituir.

Si el demandado hace desaparecer el vicio, el fundamento de la rescisión, que es el desequilibrio excesivo entre el precio y el inmueble, desaparece. Por tanto, no se rescindirá el contrato, el demandado logró enervar la rescisión y subsiste el contrato; el vendedor conserva el inmueble y el comprador el precio<sup>43</sup>. Según la doctrina y la jurisprudencia tanto chilena como francesa, la décima parte no se calcula sobre la cantidad que se debe pagar para evitar la rescisión, sino que se calcula sobre el valor del justo precio, deduciendo de este, la décima parte en el caso del comprador que enerva la rescisión completando el precio; o aumentando en una décima parte el precio justo, para efectos de restituir el exceso, en el caso del vendedor<sup>44</sup>.

### 3) *EL EFECTO RESCISORIO. ¿UN CASO DE NULIDAD RELATIVA POR LESIÓN ENORME?*

En caso que se siga el efecto natural de la acción de rescisión por lesión enorme, se retrotraen los efectos del contrato de compraventa, que fue celebrado válidamente sin vicios de nulidad, no obstante, al generar un desequilibrio e injusticia patrimonial, la ley priva de efectos. Si se rescinde, en principio se siguen las normas de los Arts. 1888 y siguientes ubicadas en el párrafo “De la rescisión de la venta por lesión enorme” y en subsidio, las normas de los Arts. 1681 y siguientes, ubicadas en el Título XX, Libro IV, “De la nulidad y la rescisión”, en tanto no sean incompatibles con las normas del párrafo específico sobre la lesión, ubicado en las normas sobre la Compraventa. Se incluyen en estas normas supletorias las del Art. 1687

---

<sup>42</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, op. cit., 297.

<sup>43</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Volumen II, op. cit., 794, 802.

<sup>44</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo, *Ibidem*, 803.

sobre las restituciones mutuas, que se remite a su vez a los Arts. 904 a 915 sobre las restituciones mutuas en la acción reivindicatoria<sup>45</sup>

Conceptualmente no es asimilable la rescisión a la nulidad relativa, a pesar que el Código Civil regule los efectos de la rescisión bajo las normas de la nulidad relativa. Tanto los conceptos de “nulidad relativa” o “anulabilidad” así como el concepto de “rescisión”, tuvieron una compleja historia y evolución, que abarca el Código Civil chileno, el Código de Napoleón, así como el Derecho Romano, el Derecho Histórico Castellano, el Derecho Común, y su significado fue mutando o confundiéndose con otras instituciones, no del todo precisado a menudo. Acerca de la evolución de dichos conceptos no es oportuno tratar en extenso en este trabajo toda vez que sería un asunto que excede con mucho el enfoque del presente estudio. Así, el Código considera la rescisión por lesión como si fuera una nulidad y emparenta los casos de rescisión, en cuanto a sus efectos, sin que por sus conceptos y causales sean equivalentes. Sería una relación de género/especie, en la que cada caso de rescisión tiene su norma propia y de modo supletorio, la nulidad relativa<sup>46</sup>.

El Código usa el término “rescisión” de modo genérico, como una acción que permite dejar sin efecto un contrato, regulada en cada caso según una normativa específica y en lo no previsto, rige de modo supletorio lo dispuesto en el Título XX del Libro IV, que serían las normas genéricas de rescisión. En otras palabras, la rescisión en el diseño del Código es una sanción más amplia que la nulidad relativa, pero estas nociones son asimiladas. La rescisión es un concepto que incluye tanto la nulidad relativa como otros supuestos especiales que el Código incorpora dentro de la categoría rescisión<sup>47</sup>.

El Código Civil, contrariando a la tradición histórica, admite la rescisión no solo de los contratos sino también de los negocios unilaterales, como la aceptación de una herencia. La rescisión es una sanción de ineficacia que abarca tanto “actos”(negocios jurídicos unilaterales) como “contratos”<sup>48</sup>. Se entiende por rescisión en doctrina, como una figura de ineficacia, que propiamente es el efecto de un acto viciado estructuralmente (*ab initio*) o funcionalmente, los actos que están viciados funcionalmente causan lesión a una de las partes contratantes. La rescisión tiene como función proteger un interés patrimonial y más que una sanción, es un remedio que

---

<sup>45</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, op. cit., 300.

<sup>46</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 280.

<sup>47</sup>Alcalde Silva, Jaime, “La rescisión en el Código Civil chileno”, en VV.AA, *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción 2009*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2010, 77; Baraona González, Jorge, “Nulidad: ¿Por qué relativa?”, en Varas et al.(coord.), *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2010, Tomo I*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2010, 319-329; Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 255-260.

<sup>48</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 231.

busca reestablecer un desequilibrio patrimonial. Solo así se entiende que la rescisión abarque numerosas otras figuras aparte de la lesión y que la nulidad relativa sea considerada una forma de lesión, esta vez, por vicios que atañen al estado o calidad de las partes<sup>49</sup>. Según De Castro, viene a ser un remedio concedido *in extremis* a un contratante para protegerlo de un resultado patrimonial que se estima especialmente injusto, aun cuando fuera un perjuicio resultante del juego normal de la ley. El negocio rescindible por tanto puede incluso ser un negocio jurídico válidamente celebrado, pero que produce perjuicio a una de las partes o a un tercero y que la ley admite que se declare su ineficacia<sup>50</sup>. En el Código Civil, los supuestos rescisorios alcanzan una serie de actos que exceden con mucho a la nulidad relativa y la lesión enorme.

Si bien, la rescisión no es lo mismo que la nulidad relativa, el Código los asimila en sus efectos, quedando las normas sobre nulidad relativa, como las normas generales aplicables en materia de rescisión. El inciso final del Art. 1682 señala “cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”, de modo que la rescisión por lesión enorme, al no estar enumerada entre los vicios descritos en el Art. 1682, cae dentro de dicha norma general y subsidiaria que la asimila a la nulidad relativa en cuanto a sus efectos. No así, en cuanto a las causales de procedencia y requisitos para que se configure. Tampoco se debe asimilar a la resolución, toda vez que la resolución es la facultad que se confiere a un contratante, para solicitar la extinción de la relación obligatoria, cuando se produce el incumplimiento o se cumple una condición resolutoria. El vicio que es causa de la rescisión existe desde la celebración del negocio, en cambio la resolución opera por un vicio sobreviniente durante la ejecución del negocio<sup>51</sup>.

#### 4) EL EFECTO RESTITUTORIO DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN

Volviendo a los efectos de la rescisión en los supuestos de lesión, las partes se retrotraen al estado anterior a la celebración del contrato, como si nunca se hubiera celebrado. Por tanto, si el demandado consiente en la rescisión, se procederá con las restituciones mutuas del Art. 1687, “las partes tienen derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”. El vendedor deberá restituir el precio recibido y todo lo que forme parte de este. El comprador debe restituir la cosa vendida con todos los accesorios y frutos que tenía al tiempo del contrato, así como los inmuebles por destinación.

---

<sup>49</sup>Baraona González, Jorge, “Nulidad: ¿Por qué relativa?”, *op. cit.*, 326.

<sup>50</sup>De Castro, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, 520.

<sup>51</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, *op. cit.*, 248-253.

## 5) OTROS SUPUESTOS DE LESIÓN ENORME EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Fuera de la rescisión por lesión en la compraventa, que es el supuesto más importante dentro del Código de Bello, hay otros casos dispersos que la doctrina agrupa dentro de los supuestos de lesión enorme. Tales son, la rescisión de la permuta por lesión enorme regulada en el Art. 1900; la rescisión de la partición en que haya lesión en más de la mitad, regulada en el Art. 1348; la rescisión de la aceptación de una herencia en que haya lesión en más de la mitad, regulada en el Art. 1234 del Código Civil; así como la cláusula penal enorme conforme al Art. 1544; el contrato de mutuo de dinero con intereses excesivos, según el Art. 2208 y el Art. 8 de la Ley 18.010; y finalmente la anticresis, regulada en el Art. 2443. Solo se estudiará el supuesto de la lesión en el contrato de mutuo, y en la cláusula penal, en el presente artículo.

Más allá de dichos casos de rescisión por lesión enorme, en el Código hay una serie de acciones de rescisión que escapan con mucho a la lesión enorme. Según Baraona González<sup>52</sup>, las acciones de saneamiento por evicción y vicios redhibitorios se encuadran dentro de las acciones rescisorias del Código<sup>53</sup>; la rescisión de la renuncia de los gananciales por error o engaño, regulada en el Art. 1719 inciso primero, cual es un acto jurídico unilateral<sup>54</sup>; la rescisión del decreto de posesión efectiva de los bienes del desaparecido<sup>55</sup>; la rescisión de las donaciones excesivas hechas por el causante en perjuicio de sus legitimarios conforme a los Arts. 1425 y 1187, también denominada como acción de inoficiosa donación<sup>56</sup>; el fraude a los acreedores en actos o contratos celebrados en periodo de insolvencia, también conocida como acción pauliana en el Art. 2468 del Código Civil<sup>57</sup>, etc.

Lo que interesa para estos efectos, es destacar brevemente algunos puntos de las otras formas de rescisión por lesión, para dejar en evidencia su carácter inorgánico y adelantar una crítica a la regulación que el Código Civil dispone en materia de lesión.

## 6) LA LESIÓN EN EL CONTRATO DE MUTUO

En el caso de la lesión en el contrato de mutuo con intereses excesivos, el Art. 2208 del Código Civil remite al Art. 8 de la Ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, que regula la tasa del interés máximo convencional,

---

<sup>52</sup>Baraona González, Jorge, "Nulidad: ¿Por qué relativa?", *op. cit.*, 326.

<sup>53</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, *op. cit.*, 334-335.

<sup>54</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 354.

<sup>55</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 358.

<sup>56</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem* p. 365.

<sup>57</sup>Walker Silva, Nathalie, *Ibidem*, 372.

que consiste en el interés corriente aumentado en 50%. La sanción que establece la ley, es la rebaja al interés corriente, no la nulidad<sup>58</sup>.

Es una legislación muy deficiente si se compara a la Ley Azcárate del Derecho Civil español, en la que se exige el elemento subjetivo de debilidad por un contratante y explotación por la otra, y no se fija una tasa determinada de interés por parte del elemento objetivo. Si en la compra-venta de inmuebles, la lesión en el derecho chileno está sustancialmente reducida en comparación al Derecho Común y Derecho Canónico; en el caso del contrato de mutuo con intereses excesivos se vuelve completamente irrelevante. Especialmente porque la sanción no es la rescisión de todo el préstamo con usura, sino que el interés se rebaja al corriente. Es una *reductio ad aequitatem*, que en la práctica tiene poco de equitativo y el efecto de reducción es bastante escaso. La antigua Ley de Represión a la Usura N° 4694, en su Art. 2, reducía al interés legal y no al interés corriente, lo que la transformaba en una sanción más rigurosa<sup>59</sup>. La llamada Ley Azcárate o Ley de Represión de la Usura del 23 de julio de 1908 en España, establece la sanción de nulidad del préstamo usurario, y se basa no en una tasa determinada, sino en el arbitrio judicial para la apreciación de las circunstancias objetivas y subjetivas que definen la lesión por interés excesivo. Se entiende en general como un interés “notablemente superior al normal del dinero”, “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, y que existan “motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales” conforme al Art. 1 de la Ley. La definición de interés usurario, incluye además el “contrato leonino” y de modo particularmente notable en determinar la esencia de la lesión, el contrato “en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera sean su entidad y circunstancias”<sup>60</sup>.

No es un caso de rescisión por lesión, pues nada se rescinde sino que se rebajan los intereses según el criterio legal. Es una sanción que por lo exigua que es, en lugar de fomentar la reducción de la usura en los préstamos de dinero, la consolida y le da el beneplácito de la legalidad. Sin perjuicio de lo anterior, del problema del anatocismo en la Ley 18.010, que excede con mucho el tema del presente trabajo, pero que evidencia el problema de fondo en dicha Ley 18.010, que está muy lejos de los

---

<sup>58</sup>Vial del Río, Víctor, *Teoría general del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 131.

<sup>59</sup>Larraín Vial, Bernardo, “La teoría de la lesión en el Derecho Comparado (II)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXV, N°s: 5 y 6, Santiago, 66.

<sup>60</sup>Sabater Bayle, Elsa, “Rescisión por lesión y usura en el Derecho español, con algunas referencias al Derecho argentino”, en Rubio Torrano, E(dir.), *Libro homenaje a los Congresos de Derecho Civil Argentino, “Comentario a las leyes 499 a 507 del Fuero Nuevo”*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2003, 1200.

estándares ético-jurídicos clásicos, que han repudiado la usura como algo contrario a la naturaleza, la solidaridad y cooperación humana<sup>61</sup>. De modo, que un contrato que adolezca de anatocismo en los límites permitidos por la Ley 18.010, y que además infrinja el Art. 8 de la citada ley, comparativamente a uno que también infrinja dicha norma pero que no caiga dentro de los límites del anatocismo permitido por la ley, a pesar de que se haya ejercido la acción correspondiente y se hayan reducido los intereses a la tasa de interés corriente, seguirá siendo profundamente usurario.

## 7) LA LESIÓN EN LA CLÁUSULA PENAL

El último caso que la doctrina considera como un caso de lesión en el Código Civil, es el de la lesión en la cláusula penal. Es sabido, que la cláusula penal es la evaluación anticipada que hacen las partes, de los perjuicios que deriven del incumplimiento total o parcial de una obligación, regulada en los Arts.1535 y siguientes. La lesión en la cláusula penal, se conoce como cláusula penal enorme, que está regulada en el Art. 1544. Nuevamente, el influjo del Derecho Canónico contribuyó históricamente a ajustar y regular equitativamente las cláusulas penales. Son tres situaciones distintas.

En primer lugar, la obligación de pagar una cantidad determinada, esto es, un contrato oneroso conmutativo, en que una de las partes se obliga a dar una cantidad determinada y se estipula a título de pena civil, el pago de tal cantidad de dinero, para el deudor incumplidor. La pena, se reducirá en todo lo que exceda del doble de la obligación principal. Es decir, el deudor, solo por concepto de pena, y sin incluir la obligación principal, se obligó a pagar más de lo que constituye la obligación principal. El deudor puede pedir que se rebaje la pena, para que pague por concepto de obligación principal y de pena, en conjunto, no más del doble de la obligación principal. El segundo caso, consiste en el contrato de mutuo, donde rige lo dispuesto para el interés máximo convencional. El tercer caso, las obligaciones de valor inapreciable o indeterminadas, en que se hubiera pactado una pena civil<sup>62</sup>. Es interesante este caso porque es uno de los pocos casos en que el Código Civil reconoce explícitamente la total prudencia y discrecionalidad judicial para determinar la morigeración de la pena, según el principio *reductio ad aequitatem*. Como es evidente, no es un caso de rescisión, sino de modificación equitativa.

---

<sup>61</sup>Widow, Juan Antonio, "La ética económica y la usura", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 2004, Madrid, 22-26.

<sup>62</sup>Larraín Vial, Bernardo, "La teoría de la lesión en el Derecho Comparado (II)", *op. cit.*, 67; Vial del Río, Víctor, *Teoría general del Acto Jurídico*, *op. cit.*, 130.

## II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: ¿CABE HABLAR DE UNA NOCIÓN AMPLIA DE LESIÓN?

Del análisis de los casos planteados por la doctrina como propios de la lesión en el Código Civil, surgen varias interrogantes y problemas. El primero de dichos aspectos criticables, es lo limitado, su escasa extensión, en casos restringidos y a menudo, dentro de dichos casos, de la forma más limitada posible. Pareciera que se desconoce una regla general de equidad contractual, o se exagera demasiado el *pacta sunt servanda*, al grado de relegar a un plano menor, la solidaridad y el deber de cooperación contractual, resaltado por la doctrina, como una derivación de la buena fe<sup>63</sup>. Jorge López Santa María, ha criticado la regulación de la lesión enorme en el Código Civil, afirmando que “frente a la pacata concepción actual de la lesión enorme en Chile, que apenas opera en siete estrechos casos y que no permite anular –a diferencia de lo que acontece en el Derecho comparado– contratos a través de los cuales una de las partes hubiese explotado el estado de necesidad o la inexperiencia de la otra, obteniendo ventajas patrimoniales desproporcionadas e ilegítimas; cuanto menos estas abyectas situaciones de hecho podrían ser sancionadas en tanto vulneratorias del deber de rectitud y lealtad contractuales que la buena fe impone, otorgando una indemnización al afectado”<sup>64</sup>. Hace tiempo, autores como Daniel Peñailillo<sup>65</sup> o Ramón Domínguez<sup>66</sup> han afirmado la necesidad de reformar el Código Civil en materia de lesión, según la concepción objetiva-subjetiva, que le dé mayor amplitud a la lesión.

Una propuesta muy interesante, pero que a pesar de su valioso y noble esfuerzo, consideramos equívoca, es la de Patricia López Díaz, quien propone una noción amplia de lesión enorme, en contraposición a lo que denomina noción estricta y objetiva de lesión.

En general, en Chile ha sido escasa la doctrina que se ha preocupado en extenso del principio de equilibrio contractual, especialmente en su fase de equilibrio originario, a diferencia de Argentina, donde autores como Borda, Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Morixe<sup>67</sup>, Camilo Tale<sup>68</sup> han dejado hace largo tiempo una fuerte influencia favorable a la

---

<sup>63</sup>Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., 102-103 y 214-215.

<sup>64</sup>López Santa María, Jorge y Elorriaga de Bonis, Fabián, *Los Contratos: Parte General*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, 444.

<sup>65</sup>Peñailillo, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, op. cit., 220 y 236-237.

<sup>66</sup>Domínguez, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, 110.

<sup>67</sup>Horacio, *Contribución al estudio de la lesión*, La Facultad, Buenos Aires, 1928.

<sup>68</sup>Tale, Camilo, “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: Pacta Sunt Servanda y el Principio de Equivalencia”, op. cit.; Tale, Camilo, “Otros principios que rigen los contratos, además del Pacta Sunt Servanda y el principio de la justicia conmutativa”, en

armonización del *pacta sunt servanda* con las exigencias de justicia conmutativa y equilibrio prestacional entre las partes. Dentro de los autores que han tratado el tema, en el último tiempo, la profesora Patricia López Díaz ha efectuado una interesante síntesis conceptual y formulación del principio de equilibrio contractual autónomo, delineando sus perfiles y manifestaciones en el Código Civil chileno<sup>69</sup>.

Como parte de dicho trabajo, criticó la interpretación tradicional que hace la doctrina chilena respecto de la lesión enorme, que denomina “noción restringida”. Según ella, no se puede concluir del Código, tajantemente dicha noción y es más una interpretación de la doctrina clásica que lo realmente dicho por el Código. Así, se alega que la eliminación de la lesión como vicio del consentimiento, al suprimirse el Art. 1638 del Proyecto de 1853 en el texto definitivo del Código significa una aplicación restringida a casos particulares, toda vez que ya no sería un vicio del consentimiento de aplicación general.

No obstante, resulta muy cuestionable su afirmación según la cual, Bello, al suprimir dicha norma que restringía la lesión a los contratos onerosos conmutativos, en realidad estaría ampliando su procedencia porque ya no estaría restringida expresamente a los contratos onerosos y conmutativos. Además, dado que se suprimió el Art. 1639 que la proscribía respecto a los contratos aleatorios y la venta del derecho de herencia; la lesión no tendría una norma expresa que limite su aplicación a determinado tipo de contratos. *A contrario sensu*, aplicaría tanto para contratos onerosos conmutativos como aleatorios<sup>70</sup>. Así, aplicaría la lesión para los contratos aleatorios, siempre que se pueda verificar mediante los antecedentes del proceso, que se ha producido el desequilibrio patrimonial exigido, entre los cuales se menciona el caso de la venta de la nuda propiedad, usufructo o renta vitalicia.

Del mismo modo, la jurisprudencia se ha abierto a la cesión de derechos hereditarios sobre un inmueble, en cuanto concurren los requisitos de la lesión. López Díaz ve en la evolución jurisprudencial un principio de negación a la doctrina del *numerus clausus* en materia de lesión, pero nos parece equívoco<sup>71</sup>. En realidad, más que una negación de la tesis de los siete casos estrictos de lesión, hay una aplicación del elemento lógico

---

AA.VV. Castaño, Sergio y Soto Kloss, Eduardo (edit.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, 584.

<sup>69</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *op. cit.*, 115-181.

<sup>70</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios de Latinoamericanos de derecho de los contratos”, *op. cit.*, 703-705.

<sup>71</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 709-711.

de interpretación de la analogía, donde existe la misma razón, existe la misma proporción. Solo es posible extender la lesión fuera de los casos estrictamente mencionados, cuando se tengan los elementos constituyentes de uno de dichos casos, por ejemplo, una compraventa, sea de cosa corporal o incorporeal, con tal que tenga naturaleza inmobiliaria. Por eso se puede extender sin problemas a la venta de un usufructo. Lo importante es que estén los elementos propios de la compraventa de inmuebles, la cláusula penal enorme, la partición, etc.

La consecuencia natural de la premisa anterior, es la procedencia de la lesión en los casos expresamente contemplados por el legislador. Tales son, la lesión en la compraventa y permuta de inmuebles, la cláusula penal enorme, la partición de bienes, el mutuo con intereses excesivos, la anticresis y la aceptación de una herencia. A pesar de los problemas de concordancia doctrinaria que generan los casos en que no hay un contrato oneroso y conmutativo, de entre los anteriormente mencionados. Nos parece acertado lo que López Díaz destaca como deficiencia del tratamiento de la lesión según la noción restringida, que postula su procedencia en contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, pero luego la limita solo a algunos de ellos, pues en cualquier contrato pueden verificarse desequilibrios entre las prestaciones. El común denominador sería el desequilibrio o desproporción, cualquiera sea el acto en que se verifique, y no la idea de un contrato oneroso conmutativo. No parece equitativo reconocer en ciertos contratantes el derecho a rescindir o adaptar un contrato injusto y excluirlo en otros actos y contratos dicha facultad. La razón sería, la disposición del legislador, que según López Díaz, no puede afirmarse tajantemente que exista una norma general que excluya la lesión a siete casos<sup>72</sup>. López Díaz sostiene correctamente, que existen además dos casos más de lesión regulados en el Código Civil, el primero está en el Art. 2431 que prohíbe la extensión de la hipoteca en más del duplo del monto conocido o presunto de la obligación principal, aunque se haya pactado. Es un caso efectivo de lesión, el principio clásico de la lesión, según criterio *ultra duplum*. En el Art. 1776, en materia de partición de la sociedad conyugal, dispone que la división de los bienes sociales, se sujetará a las reglas de la partición y por tanto aplica el Art. 1348 que regula la lesión en la partición<sup>73</sup>. En realidad no es necesario añadirlo como un caso adicional, porque es un acto de partición. El que es bueno añadir doctrinalmente como un caso más, es la hipoteca que excede el doble de la obligación principal, un caso análogo a la cláusula penal enorme.

---

<sup>72</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 705-707.

<sup>73</sup>López Díaz, Patricia Verónica, "El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional", *op. cit.*, 163.

Es cierto que no hay norma que estrictamente prohíba la aplicación de la lesión en términos generales o la límite a siete casos; tal como sucede en el Art. 1118 del Código Civil francés y en los Arts. 1290, 1291 N° 1 y N° 2, y 1295 del Código Civil español; y tan solo hay normas dispersas que excluyen la lesión como en el Art. 1891 que la excluye de la venta de bienes muebles o el Art. 126 que la excluye de las ventas mercantiles<sup>74</sup>. Carlos Ducci ha reconocido lo mismo en su argumentación en favor de la lesión como un caso de error en la magnitud de las prestaciones, que no hay norma general que afirme que la lesión solo procede en los casos determinados por la ley<sup>75</sup>. Sin embargo, creemos que sí hay una norma general que impide de manera tajante la procedencia de la lesión fuera de los casos estrictamente mencionados. Nada menos que el Art. 1545, que dice así:

*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo, o por causas legales.*

El célebre principio del *pacta sunt servanda*, es la más evidente e irrefutable negación de la tesis de la noción amplia de lesión en el Código Civil chileno. La autonomía de voluntad y libertad contractual reforzadas con el valor de ley en dicha capital norma, que la doctrina denomina como “intangibilidad contractual”, le da tal fuerza obligatoria a lo pactado que solo la propia voluntad de los contratantes o la ley en circunstancias excepcionales que no amenacen la seguridad jurídica, puede invalidar. La obligatoriedad del contrato, según Jorge López Santa María, se traduce en su intangibilidad, por medio de la cual, ni el juez ni el legislador pueden modificar o revisar un contrato válidamente celebrado<sup>76</sup>. Dado que la lesión no es una causal de invalidez general, sea en razón de vicio del consentimiento, de acto contra las buenas costumbres, etc., no puede ser tutelado por el juez ni menos revisado, el juez estaría inventando un motivo para intervenir un contrato, si excede el listado taxativo de casos en que aplica la lesión, salvada la analogía válida.

Si se intenta invalidar un contrato fuera de los supuestos legales, según Jorge López Santa María, estaríamos ante una sentencia que adolece de error de derecho y susceptible de recurso de casación de fondo por infracción a la ley del contrato (en el caso claro está, de una sentencia de segunda instancia susceptible de casación de fondo, conforme a las

---

<sup>74</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios de Latinoamericanos de derecho de los contratos”, *op. cit.*, 711-713.

<sup>75</sup>Ducci, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, 266.

<sup>76</sup>López Santa María, Jorge y Elorriaga de Bonis, Fabián, *Los Contratos: Parte General*, *op. cit.*, 301.

normas adjetivas). El Art. 767 del Código de Procedimiento Civil, que establece el recurso de casación en el fondo por infracción de ley, que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo; permite que se incluya el Art. 1545 dentro de la expresión "ley", a todo contrato válidamente celebrado y, por consiguiente, la ley del contrato incluida en el Art. 1545, que la propia ley positiva le da el peso y fuerza de ley. Lo anterior, ha sido reconocido y aceptado por la doctrina y jurisprudencia; la infracción a la ley del contrato es una cuestión de derecho y no de hecho<sup>77</sup>.

Solo cabe aplicar la lesión a un acto o contrato distinto, mediante la interpretación analógica, en la medida que no desfigure la ley del contrato, para aplicar de un modo más extensivo, el principio de equilibrio contractual contenido en la lesión, tal como se ha hecho en los casos que se aplica a los contratos aleatorio, renta vitalicia o usufructo que recaen sobre inmuebles

La posición de López Díaz, en favor de una noción amplia de lesión enorme, se sustenta en una reinterpretación y relectura de las normas del Código Civil, a la luz del principio de equilibrio contractual y los nuevos principios de la contratación provenientes del derecho uniforme. Quien anteriormente propuso una relectura de la doctrina en materia de lesión enorme fue Carlos Ducci, quien sostuvo que la lesión puede tener aplicación general si se entiende como un vicio del consentimiento por error en la magnitud de las prestaciones y lo asimiló al Art. 1348 del Código Civil, en materia de partición, extrayendo desde allí un principio general<sup>78</sup>. No compartimos dicha posición, porque si efectivamente uno de los contratantes padece error respecto al verdadero precio de la cosa, sea un error esencial, sustancial o accidental, el Código Civil lo trata como tal, como un caso de error y no como un caso específico de lesión enorme, procediendo la sanción específica al error, que en general, es la nulidad relativa y no la rescisión ni la adecuación equitativa.

En cambio, López Díaz enfatiza en que, pese a no estar explicitado el principio de equilibrio contractual, existen manifestaciones del mismo en el Código Civil, lo que compartimos plenamente, si bien a menudo, tratadas de manera insuficiente frente a las exigencias propias de dicho principio. Es el problema que vemos en su invocación del Borrador de los Principios Latinoamericanos de los Derechos de los Contratos, que adoptan la noción objetiva-subjetiva de lesión, siguiendo el modelo de Códigos Civiles como el argentino o numerosos principios de Derecho Uniforme, tales como los PECL, DFCR, PME, UNIDROIT, etc<sup>79</sup>. Nos parece

---

<sup>77</sup>López Santa María, Jorge y Elorriaga de Bonis, Fabián, *Ibidem*, 356-362.

<sup>78</sup>Ducci, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, op. cit., 263-269.

<sup>79</sup>López Díaz, Patricia Verónica, "Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios de Latinoamericanos de derecho de los contratos", op. cit., 714-719.

una lectura forzada, que no permite distinguir claramente los principios jurídicos que sustentan el Código Civil como el Borrador, que mantienen diferencias en cuanto a la regla del *pacta sunt servanda*, los alcances de la Buena Fe objetiva, la noción de incumplimiento, etc. No es posible traspasar sin más, una institución diseñada en un instrumento jurídico elaborado con un enfoque diferente al Código Civil, so pena de desnaturalizar dicha institución o el propio Código Civil de Bello.

Un aspecto muy interesante de la tesis en comento, afirma que la consecuencia de la noción amplia de lesión, es que tendría el efecto de aplicar como remedio, no la rescisión del acto o contrato cuya causal de lesión no este regulada por el Código sino que la rebaja de la prestación excesiva. Dicho de otro modo, la *reductio ad aequitatem*, y no la rescisión, sería la sanción principal ante el desequilibrio<sup>80</sup>. En palabras de López Díaz, afirmando la similitud al remedio de la rebaja del precio ante el incumplimiento contractual,

*En efecto, según la opinión más aceptada, este medio de tutela tiende a reequilibrar la equivalencia de las prestaciones, descartándose su carácter indemnizatorio. Lo cierto es que se trata de institutos distintos, pues aun cuando persiguen la misma finalidad, proceden respecto de actos diversos y operan en momentos diferentes. Así, la rebaja del precio resulta aplicable en todo contrato bilateral del cual emane una prestación susceptible de ser reducida por cumplimiento imperfecto de la contraparte, a diferencia de lo que ocurre con la lesión enorme, que tendría cabida tratándose de actos unilaterales e incluso respecto de actos aleatorios, según la tendencia jurisprudencial a la que aludimos precedentemente. De otro lado, la rebaja del precio pretende reestablecer el desequilibrio contractual sobrevenido, constituyendo un medio de tutela frente al incumplimiento; en cambio la lesión enorme tiene por finalidad restaurar el desequilibrio inicial entre las prestaciones recíprocas, operando en la fase precontractual y constituyendo una causal de rescisión o adaptación del contrato<sup>81</sup>.*

La noción amplia de lesión tendría un “efecto expansivo”<sup>82</sup>, permitiendo que mediante la reducción de la prestación desproporcionada, se restaure el *sinlagma*. No es otra cosa que la esencia de la justicia correctiva aristotélica. Cabe precisar que en muchos casos, dicha *reductio* conlleva incrementar la prestación, por ser demasiado exigua frente a lo recibido, no siempre es una reducción propiamente tal. El monto respecto al cual debería renegociarse el contrato, sería una interpretación armónica de los

---

<sup>80</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 720-722.

<sup>81</sup>López Díaz, Patricia Verónica, *Ibidem*, 721.

<sup>82</sup>López Díaz, Patricia Verónica, “La adaptación del contrato como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, *op. cit.*, 144-146.

Arts.1544, 2206 y 2443 del Código Civil, que contemplan la rebaja de la prestación excesiva cuando el desequilibrio excede la regla clásica del *infra dimidium*. El efecto expansivo que tendría dicha norma, justificaría que proceda en casos no regulados expresamente<sup>83</sup>. Sería la regla general al final, que la sanción aplicable sea primeramente la *reductio ad aequitatem*, y solo si hay texto expreso de la ley, la rescisión como sanción a la lesión, que sería la sanción más radical, no la única<sup>84</sup>.

No obstante, no es posible aceptar el planteamiento anterior para la regulación que el Código Civil da sobre la lesión, porque de todos modos implica la revisión contractual respecto de lo que han pactado las partes, acuerdo que está protegido por la fuerza obligatoria del Art. 1545. El juez no puede, sin un texto expreso que lo autoriza y reconozca, revisar el mérito, entidad y adecuación del equilibrio de las prestaciones entre las partes. Esa es la gran limitante que tiene la plena aplicación en el Código Civil chileno, el principio de equilibrio contractual más allá de algunos casos donde se admite, más por excepción que por una regla general. Pese a que la *reductio ad aequitatem*, no conlleva la rescisión del contrato, al contrario, sino su supervivencia conforme al principio de conservación del contrato, de todos modos conlleva una modificación por un tercero que es el juez y no por la ley que lo ordene o las partes que lo hayan acordado mediante un pacto, una resciliación, convención extintiva, etc. Vale al respecto, lo mismo afirmado anteriormente sobre el recurso de casación en el fondo por infracción a la ley de contrato.

### III. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA LESIÓN EN CHILE: EL ARTÍCULO 16 LETRA G DE LA LEY 19.496

Es indudable que el concepto de lesión que se maneja en los instrumentos de derecho uniforme, es muy distinto del que se usa en el Código de Bello, por lo que no cabe forzar la aplicación de los mismos en nuestro derecho. El aporte de López Díaz no obstante, permanece muy valioso, como el primer estudio serio que conceptualiza, delimita y precisa el principio de equilibrio contractual en Chile, abriendo el campo para su estudio sistemático y posteriores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. Si bien objetamos sus conclusiones sobre la noción amplia de lesión enorme, creemos que se hace necesario cuestionar profundamente el concepto de

---

<sup>83</sup>López Díaz, Patricia Verónica, "El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional", *op. cit.*, 163-164.

<sup>84</sup>López Díaz, Patricia Verónica, "Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios de Latinoamericanos de derecho de los contratos", *op. cit.*, 722.

lesión manejado por el codificador. Cabe la pregunta entonces, ¿no hay un espacio en el Derecho chileno para una noción más cercana al concepto clásico de *sinagma* y por tanto no nos queda sino la concepción voluntarista de la fuerza obligatoria que prescinde de consideraciones de justicia conmutativa que puedan imponerse por sobre el acuerdo de voluntades?

Creemos que sí cabe una posibilidad, y se trata nada menos que del Artículo 16 letra G de la Ley 19.496 de Protección a los Derechos de los Consumidores, aplicable al ámbito de las relaciones de consumo, entre proveedores y consumidores, esto es, en contratos de adhesión y/o contratos con condiciones generales, en los cuales se puede afirmar incluso que, por definición, el elemento de explotación está presente o al menos el legislador ve el riesgo serio de que se produzca. Lo mismo, con el elemento subjetivo de debilidad del contratante en situación de inferioridad jurídica, el consumidor. El texto de dicha norma dice así:

*Art. 16. No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:*

*g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello, se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.*

Esta norma fue introducida en la Ley 19.496 mediante la reforma de la Ley 19.955, que perfeccionó y amplió el sistema de protección de cláusulas abusivas, que la ley chilena sanciona mediante un listado de cláusulas consideradas abusivas, a las que se añadió esta norma general que permite al juez un poder amplio de evaluación de la abusividad de una cláusula que no esté dentro del listado.

La fuente de dicha norma, está en el Artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que dice así:

*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato<sup>85</sup>.*

---

<sup>85</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, "Artículo 16 G", en Barrientos Camus, Francisca(coord..) *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, 340-342.

La norma del Artículo 16 letra G viene a consagrar la verdadera cláusula general de lesión enorme dentro del Derecho chileno, con la peculiaridad que aplica solamente en relaciones entre consumidores y proveedores. No obstante, dichas relaciones son hoy, la mayoría de las transacciones dentro del tráfico jurídico, dada la naturaleza del mercado en el mundo contemporáneo, donde la contratación negociada cláusula por cláusula es la excepción y no la norma general como era en el tiempo de la codificación. La regla general en las transacciones diarias, es un contrato de tipo predispuesto, con cláusulas generales, contratos en masa y de adhesión, en los que el consentimiento de parte del consumidor a lo dispuesto por el proveedor es meramente formal pero aun así, válido y real<sup>86</sup>.

La norma, aplicable para todo acto y contrato que caiga dentro de la categoría del Derecho del Consumo, que no distingue entre bienes muebles e inmuebles, presupone la explotación de la posición de superioridad jurídica en que se encuentra el proveedor y el estado de necesidad, inexperiencia o ligereza del consumidor; elemento subjetivo que en materia de cláusulas abusivas, es aplicado por analogía. Tal como la doctrina explica, en las relaciones de consumo el problema es una asimetría de información y poder de negociación entre las partes, de modo que protege al consumidor más que por ser parte “débil”, lo protege asimilándolo a la posición que tendría si fuera un contrato negociado entre partes iguales tanto material como jurídicamente. En el Derecho del Consumidor, la igualdad material entre proveedores y consumidores es reconocida como irreal y por tanto busca completar el diferencial que hay en cuanto al poder de negociación y de posición jurídica<sup>87</sup>. La sanción a las cláusulas abusivas establece un control para prevenir y reprimir las conductas lesivas que el proveedor fácilmente puede cometer y, de hecho, comete, en sus relaciones jurídicas con los consumidores. No por un prejuicio de la ley contra el proveedor sino por un asunto de neto realismo y análisis económico del derecho, el proveedor está en una posición en la cual la explotación y aprovechamiento para obtener utilidades manifiestamente desproporcionadas a través no ya del precio excesivo sino de las cláusulas abusivas que conllevan un “desequilibrio importante en los derechos y en las obligaciones que para las partes se deriven del contrato”, con tal que sean “en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos”.

Aquí se vuelve evidente el perfil jurídico de la lesión enorme, aplicado en otro contexto muy diferente al cual fue planteada originalmente

---

<sup>86</sup>Momberg Uribe, Rodrigo, “La transformación de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la norma común del derecho de contratos chilenos”, en Elorriaga de Bonis, Fabián(edit.,) *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo I*, Thomson Reuters, Viña del Mar, 2012.

<sup>87</sup>Carvajal, Patricio, “Sugerencias para un derecho del consumo unitario”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 1, 2002, 127-137.

en el derecho romano postclásico y desarrollada por las escuelas de los glosadores, comentadores, canonistas, humanistas, iusracionalistas, codificadores, etc. Todos los anteriores presuponian un contrato libremente negociado entre partes con la misma capacidad y poder de negociación. Ese es un argumento usado contra la lesión enorme, la idea que si es una parte capaz de disponer libremente de lo suyo sin la tutela de otro, ¿Por qué debería la ley rescindir un contrato libremente celebrado en que consintió un precio injusto? Hemos respondido que el principio de equilibrio contractual como un elemento de corrección de la justicia de los contratos, está por sobre el acuerdo de voluntades, y que es una objeción muy propia de la concepción voluntarista y subjetivista de la justicia contractual. Además, que eso opera solamente en la concepción objetiva y aún matemática, como es el caso del Código Civil chileno, que no considera factores subjetivos para su procedencia, a diferencia de las normas inspiradas en el parágrafo 138 del Código Civil alemán o el antiguo Art. 954 del Código Civil argentino.

En el caso del Artículo 16 letra G, el elemento objetivo está compuesto del desequilibrio excesivo entre los derechos y obligaciones de las partes. No es un desequilibrio en el precio ni una utilidad o ventaja patrimonial desproporcionada, sino un análogo idéntico. Al igual que en la regulación clásica de la lesión objetiva-subjetiva, no es un desequilibrio económico, en un sentido de límites matemáticos exactos. El desequilibrio está en el análisis de los derechos y obligaciones involucrados en el contrato, de los cuales se sigue la ventaja patrimonial excesiva de una parte por sobre otra<sup>88</sup>. Díez Picazo sostiene que “cuando la ley habla de desequilibrio en los derechos y obligaciones entre ambas partes que se deriven del contrato, está enjuiciando lo que se ha llamado un ‘déficit jurídico’, de manera que la abusividad no enfrenta lo que puede considerarse contenido económico del contrato y, por consiguiente no se refiere a las cláusulas de fijación de precios o de condiciones económicas”<sup>89</sup>. En el mismo sentido, Andrea Perrone ha destacado como los modernos instrumentos de derecho uniforme y regulación de cláusulas abusivas en materia de consumo, si bien tienen proscrito fijar y regular los precios, quedando determinados por la ley de la oferta y la demanda en un mercado competitivo; en la práctica si permiten ejercer un control indirecto de los mismos a través de la regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas<sup>90</sup>.

La exclusión del precio e incluso el objeto principal del contrato está dispuesto por el Art. 4.2 de la Directiva 93/13 de la Unión Europea, que

---

<sup>88</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, “Artículo 16 G”, *op. cit.*, 343.

<sup>89</sup>Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción: Teoría del Contrato*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, 494.

<sup>90</sup>Perrone, Andrea, “The just price doctrine and contemporary contract law: some introductory remarks”, en *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Año 122, N° 2, Roma, 224-226.

excluye el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, el cual ha servido de base para la ley española así como esta sirvió de base para la ley chilena en materia de consumo. No obstante, en España, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no excluye de manera expresa el control del juez a las cláusulas que constituyan el objeto principal del contrato, al igual que en la ley chilena. Si bien el juez no puede evaluar formalmente el precio, sí puede intervenir en las cláusulas relacionadas al mismo con tal que quepan dentro de lo que está prohibido en el Art. 16 letra G. Por ejemplo, cláusulas que establezcan un pago en caso de no utilización del servicio, que a todas luces es una cláusula abusiva, puede ser perfectamente anulada por el juez, al cumplir los requisitos generales de la ley que permiten la exclusión de dichas cláusulas<sup>91</sup>. La lesión enorme según sus críticos, es una suerte de fijación de precios, al proscribir el precio máximo según el criterio del juez o el límite *infra dimidium*.

En la doctrina española, el concepto general de cláusula abusiva, se sustenta en la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, entiendo por abusivas las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o involucren una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocas, en perjuicio de los consumidores<sup>92</sup>. No se actúa de buena fe, según parámetros objetivos, en la conclusión de un contrato, cuando no hay justo equilibrio entre las contraprestaciones, es decir, cuando hay una cláusula abusiva. Si hay justo equilibrio de las contraprestaciones, habrá buena fe y si no hay equilibrio entre las contraprestaciones, difícilmente habrá buena fe<sup>93</sup>. Según los profesores Momberg y Pizarro, lo relevante es la afectación a los derechos y obligaciones del consumidor, sea por efecto de la alteración del derecho dispositivo en contra del consumidor, sea por infracción a las expectativas y el propósito práctico del contrato. Pero en general, la infracción a la buena fe objetiva, en sí misma, implica el desequilibrio<sup>94</sup>. La buena fe exigida, es la buena fe objetiva, que conlleva un comportamiento correcto y leal, que respeta las expectativas razonables que la confianza en la oferta dispuesta por el proveedor generó en el consumidor al momento de contratar. La buena fe objetiva reconocida en el Derecho del Consumidor, es el mismo concepto presente en el Art. 1546 del Código Civil<sup>95</sup>.

Se puede afirmar sin temor a exageraciones, que la regulación de las cláusulas abusivas, especialmente la cláusula general según el modelo del

---

<sup>91</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, "Artículo 16 G", *op. cit.*, 344.

<sup>92</sup>Meoro, Mario Clemente, "El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas", en AA.VV. Orduña Montero, Francisco Javier, *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 302-303.

<sup>93</sup>Meoro, Mario Clemente, *Ibidem*, 303.

<sup>94</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, "Artículo 16 G", *op. cit.*, 344.

<sup>95</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, *Ibidem*, 342.

Artículo 16 letra G, vuelve a incorporar el principio medieval del *dolus in ipsa res*, al Derecho Civil, de un dolo contenido en la misma cosa objeto del acto o contrato, consistente en el desequilibrio entre el precio y la cosa, incompatible con la buena fe. Es notable que se rescate un elemento a menudo olvidado, para solucionar problemas jurídicos contemporáneos. En efecto, se cumple el requisito de ser una cosa que en sí misma contiene dolo, que necesariamente contraviene la buena fe y que no es un dolo proveniente de inducción a engaño y error, no es una maquinación, sino una cláusula que al ser abusiva infringe las expectativas razonables del consumidor de que la contraparte obrará conforme a la buena fe y respetará la justa composición de intereses.

La alteración en perjuicio del consumidor del derecho dispositivo y de lo que se entienden elementos de la naturaleza del contrato, están regidas según el profesor Carvajal por el principio del “juicio de méritos” de Betti, así, el proveedor debe justificar lo adecuado y racional de dicha alteración, de lo contrario se entenderá que infringe la buena fe objetiva y por tanto causa un desequilibrio injusto en contra del consumidor. En otras palabras, la regulación normal de las relaciones contractuales está en la ley dispositiva, no tan solo en la ley imperativa y por eso, si se modifica la ley dispositiva, requiere una especial justificación. La autonomía de la voluntad entendida como libertad para actuar jurídicamente, en acertada opinión del profesor De Castro, solo se entiende correctamente cuando se conciben sus límites intrínsecos, y se armoniza con la Buena Fe y la prohibición de los contratos leoninos<sup>96</sup>.

De la Maza sostiene que esta norma, tiene el mérito de invertir la regla general de la contratación civil propia del Código Civil, basado en un modelo de contrato libremente negociado, sustentado en la autonomía de la voluntad y libertad contractual, que se interpreta de manera subjetiva, según la voluntad de las partes<sup>97</sup>. Esta norma introduce del modo más claro, el principio de la exigencia de justicia contractual sinalagmática y su adecuación en caso de infracción. Especialmente relevante es que la norma introduce en Chile la interpretación objetiva, no aludiendo al acuerdo de voluntades sino a la “finalidad del contrato” y las “disposiciones especiales o generales que lo rigen”. Por lo que en cuanto a la buena fe en el equilibrio de las prestaciones, la interpretación es objetiva<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup>Carvajal, Patricio, “Tipicidad contractual y Derecho de los consumidores, artículo 16, letra G de la Ley N° 19.496”, en Elorriaga de Bonis, Fabián (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo I*, Thomson Reuters, Viña del Mar, 2012, 444; De Castro, Federico, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 35 N° 3-4, Madrid, 1982, 1067.

<sup>97</sup>De la Maza, Íñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra G)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, 2004, 36, 59-67.

<sup>98</sup>Carvajal, Patricio, “Tipicidad contractual y Derecho de los consumidores, artículo 16, letra G de la Ley N° 19.496”, *op. cit.*, 442-444.

La norma finaliza indicando la presunción simplemente legal, que las cláusulas supervisadas y aprobadas por una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, se entenderá ajustada a derecho y equitativa. La ley establece el mérito indicativo de la justa composición de intereses, al cual las partes se deben adecuar. Es exactamente la doctrina del juicio de méritos de Betti, lo que subyace en el Artículo 16 letra G<sup>99</sup>.

Podría cuestionarse que la lesión solo aplique en contra del proveedor pero nunca a favor del proveedor. Efectivamente nos parece un cuestionamiento válido pero es más bien teórico que práctico, porque los consumidores no predisponen los contratos por razones obvias y no están en posición jurídica de redactar cláusulas que contravengan la justa composición de intereses. Podrían eventualmente ejercer acciones de modo abusivo, en cuyo caso estaríamos ante la figura del abuso de acciones judiciales, que está dentro del ámbito del abuso del derecho y no dentro del ámbito de la lesión-cláusulas abusivas. Salvo este punto, en todo lo demás el perfil jurídico propio de la lesión enorme se mantiene, cercano a la concepción objetiva-subjetiva. No deja de ser interesante destacar que, en el Derecho Comparado, se ha avanzado hacia el control de las cláusulas pactadas entre empresarios, sobrepasando los contratos por adhesión celebrados entre proveedores y consumidores<sup>100</sup>. Según Federico de Castro, ni siquiera entre empresarios y profesionales deberían ser admisibles los pactos leoninos y abusivos, toda vez que quien firma un contrato leonino, lo hace por necesidad y la situación de necesidad puede abarcar incluso a empresarios de mayor y menor poder social, no solo entre el empresario y el consumidor<sup>101</sup>.

En Chile la Ley 20.416 permite invocar las disposiciones de la Ley de Protección a los Consumidores en las relaciones que tengan PYMES con sus proveedores, por lo que aplica eventualmente el control de las cláusulas abusivas también entre empresas<sup>102</sup>.

Respecto de las demás cláusulas abusivas mencionadas en el Artículo 16, se entiende que son descripciones de distintos casos que conforman una lista negra de lo que se prohíbe en contratos de adhesión. La cláusula de la letra G es una cláusula subsidiaria y que incluye a todas las demás, es el concepto mismo de cláusula abusiva. No es importante para este estudio el análisis pormenorizado de dichas cláusulas mencionadas en el Artículo 16 letras A a la F.

---

<sup>99</sup>Carvajal, Patricio, *Ibidem.*, p.444, Tale, Camilo, "Otros principios que rigen los contratos, además del Pacta Sunt Servanda y el principio de la justicia conmutativa", *op. cit.*, 582-584.

<sup>100</sup>Momberg Uribe, Rodrigo y Pizarro Wilson, Carlos, "Artículo 16 G", *op. cit.*, 341; De Castro, Federico, "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 35 N° 3-4, Madrid, 1982, 1057-1058.

<sup>101</sup>De Castro, Federico, *Ibidem*, 1077.

<sup>102</sup>Momberg Uribe, Rodrigo, "La transformación de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la norma común del derecho de contratos chilenos", *op. cit.*

La sanción legal que tienen dichas cláusulas, ha sido materia de arduas controversias y discusiones, que escapan al objeto del presente estudio, pero que genéricamente podemos resumir citando lo siguiente. La doctrina ha sostenido recientemente, que en lugar de aplicar sin más la nulidad absoluta o la nulidad relativa, ni menos la confusa categoría de la rescisión; se debe entender un régimen de ineficacia específico de dicha ley y no el mismo del Código Civil. Toda vez que la ley chilena fue tomada de la legislación española, allí se debe buscar qué entendió el legislador español para la ineficacia de la misma. Tampoco se pretendió en la ley chilena una adecuación y concordancia sistemática, con las normas del Código Civil, por lo que no son raros las contradicciones y problemas de interpretación al respecto. Se ha dicho, respecto a la ineficacia aplicable en materia de consumo, “en el derecho chileno debe entenderse inexistencia, con las excepciones que entrega la LPDC, como la legitimación activa y la aplicación en contra del proveedor que no puede excusarse para no cumplir. Diferencias con la inexistencia del Derecho Común, que se justifica por la asimetría de posiciones entre las partes y el fin protector de la norma, así como una protección a la buena fe y la confianza del consumidor”. Es decir, la nulidad del Artículo 16 de la LPDC, es una verdadera inexistencia, que en el derecho español se denomina nulidad de pleno derecho o nulidad radical y no se distingue de la nulidad absoluta como hace la doctrina en Chile, con el binomio “inexistencia/nulidad absoluta”, sino que conforman una misma categoría de la “nada jurídica”.

Sigue: “a la luz de las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que el artículo 16 de la LPDC establece que ‘no producirán efecto alguno las cláusulas y estipulaciones que...’, es posible postular que dicha norma recoge la inexistencia en el derecho chileno para el ámbito de relaciones de consumo. Queda claro que puede alegarse en una acción, para reconocer y declarar, *ex tunc*, que esa cláusula es ‘nada’, siguiendo el procedimiento del artículo 50 de la LPDC. Se puede salvar así, por expresa consagración legal, la objeción válida en el Derecho Común con respecto a la inexistencia”.

Dando un paso más allá, y alterando más aún el régimen del Código Civil en materia de ineficacia, la LPDC establece la nulidad parcial en el Artículo 16A, bajo el principio de la adecuación contractual. Al mismo tiempo, no le da facultades al juez para proceder a la revisión y adecuación equitativa del contrato, por lo que la ley se contradice a sí misma, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Comparado donde la nulidad parcial es inseparable de la adecuación contractual. El Art. 16A solo admite que el juez pueda mantener la subsistencia del contrato, declarando la nulidad de una o más cláusulas abusivas si fuera posible sin desnaturalizar el contrato y si no fuera el caso, declarará la nulidad de todo el acto o contrato. La excepción, es el Artículo 17B que, dentro del exclusivo ámbito de las obligaciones del denominado SERNAC Financiero, sí permite la

adecuación equitativa. El panorama es aún más contradictorio cuando se compara el régimen general que no permite adecuación equitativa y el régimen en materia de SERNAC Financiero que sí lo permite. No se aplica el principio que ordena respetar la misma *ratio juris* ante una situación que sea análoga y donde esté la misma razón<sup>103</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN: EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL COMO UNA CLÁUSULA DE APLICACIÓN GENERAL

De *lege ferendae* se plantea la necesidad de reformar estos aspectos del Código Civil, para recoger de modo explícito los nuevos principios de la contratación y atenuar la intangibilidad que excluye consideraciones de justicia material y conmutativa en la contratación. Nada obsta a aplicar la *regla iuris* que el Código Civil tiene para regular la lesión, a casos en que no siendo contratos de compraventa típicos y nominados, contengan en lo esencial, un precio, la cosa vendida y un comprador y vendedor, por más innominado que sea el tipo contractual. Pero con la limitante de reducirse solo a inmuebles. En el tráfico jurídico contemporáneo, los inmuebles, han perdido la preeminencia que tuvieron en la época de la codificación y ya no son la principal fuente de la riqueza. Por lo que no se justifica reducir la lesión solo a las operaciones entre inmuebles. Tampoco la permanente inseguridad jurídica que permita que cualquier acto o contrato pueda ser rescindido por lesión. El criterio más adecuado para acoger la rescisión de la venta de bienes muebles, sería el negarla para toda venta inferior a un cierto monto, que podría fijarse en al menos, 100 Unidades de Fomento. La idea es que sean transacciones de bienes muebles de magnitud significativa, pues el Derecho no puede atajar todos los males.

En la concepción objetiva de la lesión, esta figura del *dolus in ipsa res*, lamentablemente queda mutilada y sin poder ejercer su virtualidad y potencialidad de instrumento de justicia correctiva. En el Derecho Común y Canónico, se presuponía implícitamente que en el *dolus in ipsa res*, existía aprovechamiento de un estado de debilidad ajena. La deficiencia en la técnica jurídica a menudo impidió formularlo de la manera precisa que el moderno derecho de contratos tiene para sistematizarlo. Es muy claro si se leen los textos del Derecho Hispánico, especialmente las Siete Partidas, tal como lo ha sostenido Merello, los vicios del consentimiento se resuelven dentro de esta figura, que es un “dolo adscrito al negocio mismo”, con el que se quiere presumir hay engaño en todo negocio afectado de lesión enorme, independiente de la mala fe subjetiva de una parte o de los artificios y maquinaciones que ejerza. El “engaño” y otros términos usados

---

<sup>103</sup>Salazar, Arturo, “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496”, en *Revista Derecho y Consumo*, N° 1, Santiago, 2018, 43 y 48-50.

por los juristas y leyes medievales para referirse a la lesión, se reconduce a este “dolo”, así se explica que las Partidas, tan influidas por la tradición romano-canónica, llamen simplemente “engaño” a lo que los glosadores denominaban “lesión”. Tal como pudimos estudiar en su oportunidad, el *dolus in re ipsa*, es una cosa o negocio con resultado engañoso<sup>104</sup>.

Hemos podido constatar que la falsedad del principio “quien dice contractual, dice justo”, según la cual basta el mero acuerdo de voluntades, libremente negociado, sin vicios, celebrado entre partes capaces de disponer de lo suyo, para que se entienda suficientemente justo. Al contrario, “quien dice justo, dice contractual”, es el principio que se ha demostrado que debe regir en los contratos. Este principio que está implícito en la regulación de la lesión enorme, significa que no es válido el acuerdo de voluntades si no está sometido a la justicia, equidad y equilibrio contractual. Si no es justo, no se entiende el contrato<sup>105</sup>.

El Artículo 16 letra G, lo materializa de modo definitivo, y así invierte el esquema decimonónico del Código Civil, y nos abre a la concepción contemporánea de justicia contractual, si bien en un ámbito que excede el específico del Código Civil; las relaciones de Consumo, en la denominada contratación masiva, el contrato de adhesión y las condiciones generales<sup>106</sup>.

Las deficiencias o limitaciones en el tratamiento del Código, en materia de lesión y en general de equilibrio contractual, a propósito de lo sostenido por Patricia López Díaz, se explican en buena parte por la influencia de las ideas jurídicas en boga en la época de la Codificación, las cuales enfatizaban la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y renegaban de cualquier limitación que pudiera estar basada en criterios de justicia objetiva, que se impongan por sobre la voluntad de las partes para resguardar lo que las tendencias liberales consideran la *aequitate cerebrina*, según la expresión de Thomasius.

A partir del desarrollo de la doctrina de la Buena Fe emanada del párrafo 242 del Código Civil alemán, los juristas empezaron a redescubrir la importancia de la justicia del acuerdo, más allá del mero acuerdo de voluntades, produciéndose una expansión de la Buena Fe, que ha sido calificada incluso de principio “supremo y absoluto”, instalándose en la cúspide del derecho de obligaciones y desplazando a la libertad de las partes de la primacía que tuvo en los siglos XVIII y XIX<sup>107</sup>. La libertad de las partes

---

<sup>104</sup>Merello, Ítalo “Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil Chileno”, *op. cit.*, 115-116.

<sup>105</sup>En este sentido Tale, Camilo, “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: Pacta Sunt Servanda y el Principio de Equivalencia”, *op. cit.*, 559-561.

<sup>106</sup>De la Maza, Iñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra G)”, *op. cit.*, 59-67; Carvajal, Patricio, “Sugerencias para un derecho del consumo unitario”, *op. cit.*, 127-137.

<sup>107</sup>Solarte, Rodríguez, Arturo, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en Oviedo Albán (coord.), *Contratos, teoría general, principios y tendencias*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 94-97.

para pactar la ley del contrato, permanece intacta en cuanto no vulnere el *signalagma* contractual recíproco y justo. Se invierte así la famosa expresión, que fue la máxima de la codificación liberal, quien dice contractual dice justo. En cambio, ahora quien dice justo, dice contractual<sup>108</sup>. Más aún. El contrato será protegido por el Derecho, no ya por tratarse de un acuerdo de voluntades, sino además, especialmente en cuanto este acuerdo de voluntades contenga una justa y armoniosa regulación de intereses de las partes, equitativa y conmutativa. ¿Por qué debería el Derecho, con todo su aparato jurídico-procesal, reconocido e institucionalizado por el Estado, reconocerle exigibilidad y el peso de imperio de la ley, incluso la fuerza obligatoria de la ley, a contratos sustancialmente injustos?

Saleilles, comentando la crisis del modelo individualista y voluntarista del Derecho, afirmaba que no es más el Derecho el que está al servicio de la voluntad, sino que la voluntad, está al servicio del Derecho. Por eso, ya no es posible afirmar que esto es justo porque es querido, sino que esto debe ser querido porque es justo<sup>109</sup>. De Castro, criticando a la concepción liberal del contrato, sostiene que toda vez que el Estado, en sus leyes se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, no puede actuar de modo neutral ante los mismos e imponer con dicha fuerza de ley, algo que sea ilícito o leonino, que implique un resultado contrario a la Justicia o a la Moral y reprocha que el liberalismo haya excluido de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, cualquier limitación que no sea el expreso mandato de la ley<sup>110</sup>.

Martín Pérez, desde la doctrina española, tomando como premisa estas consideraciones, sostiene que el principio de equilibrio contractual debe inspirar a todo el derecho contractual, y dar un nuevo contenido al concepto de onerosidad, que postula que sea concebido como un control sobre la proporción de las prestaciones en los intercambios onerosos, que conduzca a negar tutela jurídica a todo acuerdo que sea manifiesta y sustancialmente inequitativo e injusto, que perjudique al contratante, normalmente la parte más débil<sup>111</sup>. Si la consideración profunda del principio de la lesión enorme, en toda su extensión dentro del ámbito de la contratación, nos lleva a negarle valor a los contratos leoninos, aunque las partes hayan convenido dicho acuerdo, surge como modelo a seguir por los contratantes, el de la colaboración y solidaridad contractual, que ya fue postulado por Betti y ha sido recogido en los PECL. Las partes deben colaborar entre ellas para

---

<sup>108</sup>De la Maza, Iñigo, "El control de las cláusulas abusivas y la letra G)", *op. cit.*, pp 59-67; Tale, Camilo, "Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: Pacta Sunt Servanda y el Principio de Equivalencia", *op. cit.*, 559-562.

<sup>109</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, *op. cit.*, 240.

<sup>110</sup>De Castro, Federico, "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *op. cit.*, 1052.

<sup>111</sup>Martín Pérez, José Antonio, *La rescisión del contrato En torno a la lesión enorme y al fraude a los acreedores*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, 33.

conseguir el fin del contrato, actuando de buena fe. Parece tan sencillo y lo es, al ser una concreción del principio de buena fe objetiva recogido en el parágrafo 242 del Código Civil alemán, con un particular matiz que acentúa la colaboración que se prestan las partes de un contrato.

Si bien es cierto que una economía de mercado, debe garantizar la libre actuación económica y jurídica de los individuos, sin establecer controles de precios directos, no por eso la ley debe abstenerse de asegurar una justa equidad de poder entre las partes contratantes. Sin llegar a imponer conductas puramente altruistas, sino que entendiendo lo que la experiencia ha demostrado una y otra vez. Que encomendar la justicia de los contratos, a la mera interacción libre y espontánea, de la oferta y la demanda, ha resultado un desastre y un total fracaso<sup>112</sup>.

Esta noción de contrato que acentúa la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones, según el profesor Carvajal, no es nueva, sino que ya estaba en el núcleo de la contratación romana, "( ) a la manera de un *synállagma*; es decir, la proporcionalidad correlativa establecida, ahora también con Gayo, según lo bueno y equitativo. Todo lo anterior, como efecto de que la pretensión del demandante se establecía como un *oportere ex fide bona* del demandado (un deber según la fe buena). Así, lo que procesalmente se llamó 'fe buena', y sustancialmente (contractualmente) 'buena fe', consistía precisamente en la proporcionalidad recíproca de las prestaciones, de acuerdo a todo lo que razonablemente apareciera en el negocio como bueno y equitativo(razonable) para ambas partes". En ningún lado se menciona dentro del criterio de "fe buena", la voluntad de las partes libremente pactada<sup>113</sup>.

Nos parece útil la distinción que Camilo Tale realiza; por una parte, el principio de equilibrio en cuanto al valor económico de las contraprestaciones recíprocas, y por otra el principio de equilibrio de derechos y obligaciones que viene a ser una exigencia de la justicia conmutativa en cuanto al contenido obligacional de los actos y contratos. En otras palabras, el principio de equilibrio contractual se subdivide en dos principios. Así, el principio establece que el contrato no debe ser más gravoso para una de las partes que para la otra, tanto en su valor económico, para lo cual rige el equilibrio de las prestaciones, como en su contenido interno respecto a los derechos y obligaciones. Es en ese ámbito que debe entenderse la proscripción a las cláusulas abusivas, al ser condiciones que alteran sustancialmente el equilibrio contractual<sup>114</sup>, como una cláusula de aplicación general en todo acto y contrato a título oneroso.

---

<sup>112</sup>Walker Silva, Nathalie, *Rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, op. cit., 247-248.

<sup>113</sup>Carvajal, Patricio, "Tipicidad contractual y Derecho de los consumidores, artículo 16, letra G de la Ley N° 19.496", op. cit., 444.

<sup>114</sup>Tale, Camilo, "Otros principios que rigen los contratos, además del Pacta Sunt Servanda y el principio de la justicia conmutativa", op. cit., 581-583.

## LEYES PRO ESTADO E INDEFENSIÓN: LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE LA CONSTITUCIÓN CHILENA, HOY\*

*Iván Aróstica Maldonado\*\**

### I

El derecho a reclamo contra los actos de la Administración enfrenta no pocas situaciones de indefensión. El Diccionario Español Jurídico define “indefensión” como aquella “situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa”. El Tribunal Constitucional, por su parte, pronunciándose acerca de la indefensión imputable al legislador, ha señalado que la ley no puede privar a nadie de su derecho a impugnar un acto administrativo desfavorable, ni tampoco puede perturbar su legítimo ejercicio, anteponiéndole obstáculos que no puedan considerarse como requisitos de procesabilidad o de admisibilidad pertinentes (STC Rol N° 7587-19, considerando 11°).

Situaciones de indefensión que, como veremos, se patentizan en aquellos litigios “contencioso-administrativos” (de nulidad o tutela) donde se reclaman por los afectados actos desfavorables de la autoridad, emitidos en función de policía o control<sup>1</sup>.

Si ya a nadie se le niega o impide reclamar contra los actos de la autoridad, al menos no explícitamente, hay síntomas sin embargo de que el ejercicio legítimo de este derecho sufre limitaciones o restricciones de consideración. Los balances de gestión y cuentas públicas del Consejo de Defensa del Estado, en los últimos años, dan cuenta de una efectividad superlativa de este organismo, al alcanzar tasas de éxitos en más del 90%

---

\*\*Lección inaugural del curso “Justicia administrativa” impartido en el LLM UC Magíster en Derecho de la P. Universidad Católica de Chile, año 2020.

\*\*Profesor de Derecho Administrativo Universidad del Desarrollo, Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>La cuestión es diametralmente distinta cuando se demanda al Estado el otorgamiento de una prestación social o el reconocimiento de alguna nueva igualdad, donde incluso se habla de un “activismo judicial” progresista, a raíz de que ciertos jueces que se sienten liberados de “la tiranía de la ley”.

de las causas contencioso-administrativas entabladas contra entidades públicas. Ratifican que es altamente difícil vencer al Estado en juicio, los índices constantes que exhiben los tribunales tributarios y aduaneros, donde aparece que un alto porcentaje de rechazos –cercano al 70%– se correlaciona directamente con la disminución en el número de nuevas acciones intentadas por los contribuyentes<sup>2</sup>.

Las consecuencias de estas sentencias negativas no solo recaen sobre los disuadidos y perdidosos. Desde la Antigüedad se sabe que la injusticia sobre uno cubre de bruma toda la ciudad y trae el mal para las costumbres del pueblo en general (Hesíodo, *Trabajos y días*, 220). El mismo Von Ihering, en su clásica obra *La lucha por el derecho* (1872) ante la pregunta “¿por qué luchar, no será mejor ceder?”, llamaba a no desalentar a quien pide que se le reconozca lo suyo, por poco que sea, toda vez que la destrucción del derecho sobreviene cuando se predica la fuga ante la injusticia, mientras que “el derecho no existe sino luchando contra esta”; resistir la injusticia –decía– es un deber del individuo consigo mismo y un deber para con la sociedad<sup>3</sup>. De allí que estas sentencias desestimatorias rebasan su efecto individual y se tornan en un problema colectivo cuando el país viene sufriendo sucesivas recaídas en su percepción como Estado de Derecho. Así, por caso, cuando a la par de reprobarse un incremento en los poderes de la burocracia, se observa una disminución en el puntaje de “efectividad judicial”, a raíz del supuesto “favoritismo en las decisiones para funcionarios del gobierno”<sup>4</sup>.

Si esta indefensión compromete el Estado de Derecho, con una autoridad que actualmente abarca espacios cada vez mayores e irradia más enérgicamente su influjo, sin control judicial, acaso la corrupción o la consumación de un proyecto totalitario, con el apoyo de la gente que se ha vuelto cada vez más dependiente del Estado, estén a la vuelta de la esquina y sean otras consecuencias procedentes de lo mismo.

Obviamente estos efectos ameritan descubrir sus causas, tras un examen pormenorizado de cada expediente en particular, regido por el método inductivo. Mas, un estudio que supere lo ideográfico, requiere identificar y conceptualizar las variables que puedan explicar esta “indefensión”

---

<sup>2</sup>Entre otras muestras consultadas, v. El Mercurio Legal N° 19 (agosto 2018) 16-21.

<sup>3</sup>Por lo mismo que interrogaba que “si el pueblo debe recurrir a las armas cuando se trata de una legua cuadrada sin ocuparse de su valor, ¿por qué el campesino de que hemos hablado no deberá hacer lo propio?” (pág. 74); añadiendo más adelante que “todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad” (pág. 101): Rudolph von Ihering, *La lucha por el derecho* (1985) Civitas (Madrid) *passim* 71 y ss.

<sup>4</sup>Temas Públicos (Libertad y Desarrollo) N° 1388-1 (1.3.2019) 5 (comentario hecho a propósito del Índice de Libertad Económica 2018 de The Heritage Foundation). Un caso testigo puede verse en nuestro *El servicio público telefónico: pasado y presente*, revista *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) N° 5 (2000) 67-88.

desde una óptica sistemática, más allá del mérito de cada proceso singular. Es decir, descontados los reclamos que no llegan a tribunales por esas escasas perspectivas de éxito, la necesidad de explicaciones acerca del fenómeno negativo que se suscita una vez planteado el reclamo, demanda listar y connotar aquellas causas que se abran a horizontes de comprensión más allá de lo parcial o fragmentario; como serían –en una enumeración hipotética y no taxativa– la eventual baja calidad de los requerimientos o la existencia de alicientes a la litigación banal; la falta de especialización de los jueces o los incentivos al rechazo; hasta llegar a identificar factores tales como la presencia de algún sesgo judicial o la aplicación de unas leyes pro autoridad.

Siendo esta última variable la que nos proponemos enseguida poner de manifiesto y depurar: dado que los tribunales deben fallar con arreglo a la ley, serían entonces esas leyes proteicas en poderes para el Estado, que –sin tasa ni medida– se prestan para abusos y que resultan decisivas en la resolución del asunto, las que están encubriendo a este con un manto de inmunidad en sede judicial.

Es esta una faceta ignorada por los constitucionalistas, incluso cuando discurren sobre el tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho<sup>5</sup>. Como si se tratara de una evolución aséptica por motivos puramente doctrinarios, silencian que este cambio se produjo por un motivo trascendente al término de la Segunda Guerra Mundial, como reacción ante aquellas leyes administrativas abiertas al exceso o abuso del poder y que –amén de democráticas– dieron pábulo a la indefensión y luego pavimentaron el camino al totalitarismo en varios países de Europa occidental. De suerte que fue la intención original de que las constituciones sucesivas (como la Ley Fundamental de Bonn de 1949) hospedaran una concepción iusnaturalista del Estado de Derecho –que impidiera al legislador (por sí o por interpósita autoridad) cometer arbitrariedades o lesiones a las libertades esenciales– aquello que explica dicha evolución y repercute –o debiera repercutir– en el tema de lo contencioso-administrativo. Donde se plasmara aquello de que el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretado.

Es lo que asimismo los administrativistas aferrados al paradigma de la legalidad omiten, cuando al asimilar las causas contencioso-administrativo con simples reclamos de ilegalidad, no reparan en que esto implica reconducir la cuestión hacia otra sede, ya que su éxito dependerá de cuanto ocurra en lo contencioso-legislativo, a que aquellos pudieran dar lugar. Anclados en la mentalidad francesa que hizo del culto a la ley una asunción sacramental, sin percatarse que dicha ley es engendrada por

---

<sup>5</sup>Entre varios, Manuel García Pelayo, "Estado legal y Estado constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional español", en *Revista de Derecho Constitucional* (El Salvador) N° 2 (enero/marzo 1992) 9-32.

la misma autoridad, a su medida, entonces no debería extrañarnos que sus actos suelen declararse inmaculadamente ajustados a tal legalidad estatal. Por manera que sin una visión de conjunto que permita entender que la nulidad del acto administrativo depende muchas veces de la nulidad de la ley en que se basa, que existe una estrecha relación entre lo contencioso-administrativo y lo contencioso-legislativo, no será posible evaluar el rodaje real de la justicia administrativa en Chile<sup>6</sup>.

Explicando George Vedel el recurso por exceso de poder en Francia, como garantía de la legalidad, en este sentido apunta que “la experiencia prueba, p. ej. que la proclamación de la superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria solo tiene alcance cuando, bajo una forma u otra, está asegurado un control de la constitucionalidad de las leyes abierto a todos”, acorde con lo que “debiera ser un Estado de Derecho”<sup>7</sup>.

Efectivamente, asumiendo que en los negocios contencioso-administrativos solo cabe ventilar cuestiones de “ilegalidad”, donde únicamente puede contrastarse el acto reclamado con la ley administrativa del caso<sup>8</sup>, incluso si en dicha expresión se comprendiera su eventual “inconstitucionalidad”, aun así, el caso habría de remitirse a la justicia constitucional. Habida cuenta que en este evento el juez del caso, si bien podría anular el acto reclamado por vicio de “inconstitucionalidad directa”, no podría hacerlo si lo afecta un vicio de “inconstitucionalidad indirecta”, vale decir, cuando el acto se basa en una ley (el acto es legal) pero se cuestiona la constitucionalidad de esta última (la ley sería inconstitucional)<sup>9</sup>.

Téngase en cuenta, sobre este último aspecto, que en Chile no existe una norma similar al artículo 20.3 de la Constitución alemana, en cuya virtud el poder legislativo está sometido al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial “a la ley y al Derecho”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup>Desde que las universidades chilenas empezaran a otorgar el grado académico de doctor, el año 2002, se han producido más de un centenar de tesis, ninguna de las cuales aborda nuestro tema. Un recuento, en *El Mercurio Legal* N° 18 (mayo 2018), 14-20.

<sup>7</sup>George Vedel, *Derecho Administrativo* (1980) Aguilar Ediciones (Madrid) 464. Recién la ley de revisión constitucional N° 724 de 23.7.2008 ha dado al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado la posibilidad de someter al *Conseil Constitutionnel* la cuestión de inconstitucionalidad contra las leyes ya dictadas, consideradas en violación de los derechos y libertades contenidos en la Constitución.

<sup>8</sup>Aludimos a “la ley administrativa del caso”, en ausencia de estudios que den cuenta de la aplicación en dichos contenciosos de los principios generales contenidos en el Título I de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

<sup>9</sup>Iván Aróstica M., “La Constitución en riesgo. Sobre la ‘inconstitucionalidad indirecta’ de los actos de la Administración”, en revista *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) N° 3 (1999), 57-72.

<sup>10</sup>Análogamente el artículo 103.1 de la Constitución española, dispone que la Administración debe actuar con sometimiento pleno “a la ley y al Derecho”. Empero, mientras en Alemania “los jueces se atreven más a sentenciar contra el Gobierno y se sienten menos atados, por paralizantes interpretaciones del estricto tenor literal de las normas”, en España “si una persona tiene una pretensión basada en la Constitución pero no en las leyes, reglamentos y

Y si la justicia administrativa se satisface en último término con la intervención del Tribunal Constitucional, corresponde poner de relieve un último aspecto problemático de la cuestión. Cual es que la invalidación de una ley administrativa por inconstitucionalidad, puede conllevar un conflicto institucional entre el Tribunal Constitucional y –por otra parte– el Ejecutivo y el Congreso Nacional, comoquiera que la Democracia se basa en la supremacía de la ley, expresión de la voluntad soberana. La sentencia famosa recaída en el caso *Marbury v. Madison* (1803), y el consiguiente desencuentro entre la Suprema Corte liderada por el juez Marshall y el presidente norteamericano Thomas Jefferson, es todo un hito en esta materia. Lo mismo que sucedió cuando esa Corte se enfrentó al mandatario demócrata Franklin D. Roosevelt, oponiéndose al colectivismo que traía consigo la implementación del *New Deal* en la década de 1930. La STC Rol N° 4012-17, en que se objetó una parte de la Ley N° 21.081 (13.9.2018), por potenciar más allá de lo constitucionalmente admisible al Servicio Nacional del Consumidor, nos servirá como ejemplo paradigmático en este curso de la maestría.

Ahora bien, conceptualizaremos esa “ley pro autoridad” como toda aquella causante de predominio estatal, en tanto que, dictada por el legislador en consonancia con la Administración, dota a esta con poderes prácticamente ilimitados e incontrolados. Es decir, aunque la ley contemple formalmente un reclamo judicial, en los hechos cualquier contencioso redundará inoficioso, toda vez que esa misma ley le permite a la autoridad actuar ante situaciones descritas en forma asaz vaga o ambigua o con márgenes de decisión tan anchos, que hacen prácticamente imposible a un juez referir la comisión de alguna “ilegalidad”.

Sanciones administrativas sin parámetros objetivos para moderarlas en su justa dimensión, ante supuestos indeterminados que son tan disuasivos como inhibidores de comportamientos positivos. Conceptos vagos que no permiten precisar cuándo se ha de pagar un impuesto y cuándo no, o en qué circunstancias concretas puede verse afectada una persona por limitaciones estatales a su propiedad. Pérdida de derechos adquiridos por revocaciones basadas en leyes llenas de ambigüedad. Adjudicación de cargos, beneficios o contratos sin otra explicación que la de haberse ejercido una discrecionalidad legal. Cambio sobreviniente e intempestivo de leyes administrativas, que alimentan la zozobra y no la seguridad. Leyes a medio hacer y cuyos vacíos se cubren con interpretaciones administrativas, no más claras ni fijas, lo que estimula el creacionismo. Privilegios procesales y sustanciales al Estado para litigar.

---

jurisprudencia, es fácil que, en la práctica, no encuentra amparo en los tribunales, negándose así, *de facto*, el sagrado principio de la normatividad directa o aplicabilidad inmediata de la Constitución española”: Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una Introducción* (2003) Andavira Editora (Santiago de Compostela) 46.

Situaciones, todas estas, que se graficarán en leyes representativas y sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

## II

En virtud de lo anterior, un análisis a fondo debe orientarse a revelar cómo ciertas situaciones de indefensión, en que suelen hallarse los justiciables frente a la Administración, son producto de las propias leyes que reglan la actividad de esta; por lo tanto, nuestra exploración el estudio busca responder las siguientes tres interrogantes derivadas de ello:

- La ley administrativa, ¿en qué sentido y por qué ha pasado de ser garantía contra la dominación de la autoridad a instrumento de subsumisión estatal?
- Si los jueces del fondo deben aplicar las leyes administrativas de este último carácter, ¿qué solución aporta al respecto el Tribunal Constitucional, si es que las declara inconformes con la Carta Fundamental?
- La anulación de dichas leyes en esta última instancia, ¿cuáles conflictos puede generar entre el Tribunal Constitucional y el Congreso Nacional?

1. ¿Y por qué centrar este estudio en Chile? Pues porque a todos estos respectos el país presenta peculiaridades dignas de considerar. Por de pronto, porque el derecho a reclamo contra los actos administrativos recién encuentra una vía de tutela expedita y eficaz al establecerse el recurso de protección, el año 1976, y luego el año 1989 al abrirse la posibilidad de que los tribunales del Poder Judicial pudieran anular actos de la autoridad, lo que hace de lo “contencioso administrativo” todavía una materia en transición, pasando de una absoluta indefensión *ex ante* a una relativa situación de indefensión *ex post*.

Más reciente aún es el desarrollo del “contencioso legislativo”, que puede derivarse de lo anterior, puesto que solo a partir del año 2005 se habilitó al Tribunal Constitucional para anular una ley cuya aplicación en el ámbito judicial pudiera resultar inconforme con la Carta Fundamental. Sustrayéndole así la competencia análoga que tuvo la Corte Suprema desde 1925, pero cuyo excesivo formalismo y deferencia para con el legislador no permitió que esta acción constitucional contra los actos del legislador rindiera los frutos esperados.

De suerte que la cuestión de marras empieza a revelarse, en toda su magnitud, cuando el Tribunal Constitucional comienza a fallar en este tipo de asuntos conforme a una Constitución que, no por nada, se inspira en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

2. Por otra parte, según se puede apreciar, las interrogantes planteadas parten de la premisa que el juez de la causa tiene la obligación ineludible

de aplicar las leyes susodichas<sup>11</sup>. Esto supuesto, se abren tres cuestiones anejas que, sin tener que ser abordadas aquí, dado que su propia identidad aconseja un estudio separado de cada una de ellas, deben en todo caso tenerse presente.

El primer tema es la imposibilidad en que se encuentra el juez del fondo para inaplicar la ley aduciendo su inconstitucionalidad, comoquiera que en un sistema de control concentrado como el chileno, una declaración de esa índole le incumbe exclusivamente al Tribunal Constitucional. Tal imposibilidad, se ha dicho, rige incluso cuando la ley de que se trata es anterior a la Constitución, dado que en esta hipótesis no procede acudir a las reglas sobre derogación sobreviniente<sup>12</sup>.

El segundo tema es la inviabilidad de que el juez de la causa vaya a armonizar la ley con las normas constitucionales, toda vez que es el irrespeto de aquella –y no su armonización con estas– lo único que lo pone en peligro de que sus sentencias sean anuladas por la Corte Suprema a través del recurso de casación<sup>13</sup>.

El tercer tema es si la implementación de dichas leyes menoscabaría el derecho a una tutela judicial efectiva, recogido en múltiples tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25.1), y el efecto derogatorio que podría imponer una eventual sentencia en este sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O una sentencia condenatoria de alguna otra instancia arbitral internacional por afectarse ese u otros derechos de inversionistas extranjeros<sup>14</sup>.

Se trata de tres problemáticas que, aunque confluyentes en el tema que nos ocupa, deben ser tratadas independientemente en su propia di-

---

<sup>11</sup>Al indicar los requisitos generales de toda sentencia, el Código de Procedimiento Civil chileno impone “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo” (artículo 170 N° 5).

<sup>12</sup>Conclusiones de las II Jornadas de Reflexión Interna del Tribunal Constitucional (4.11.2017). Nótese que la Constitución chilena no posee una norma semejante a la Disposición Derogatoria 3. de su homóloga española de 1978, la cual expresamente señala que –entre otras– “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

Sobre el cambio constitucional ocurrido en la materia, téngase en cuenta que el derecho a la acción y especialmente frente a los actos de la Administración, aparece reflejado recién en la Constitución de 1980 reformada el año 1989 (artículos 19 N° 3 y 38 inciso segundo), sin que el texto precedente de 1925 haya consagrado un derecho semejante.

<sup>13</sup>Sobre este tópico, Alejandro Romero Seguel, “El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica de Chile) vol. 32 N° 3 (2005) 495-500; Raúl Tavolari, en “Comentario a SCS” 30.10.2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 99 (2002) 2ª. parte secc. primera, 274-278, y Carlo del Río Ferretti, “Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma”, en *Revista Ius et Praxis* (Universidad de Talca) año 21 N° 2 (2015) 161-198. Véase también nuestra minoría en STC 5952-19.

<sup>14</sup>Véase el Laudo *Masdar Solar & Wind Cooperatif vs. Reino de España*, dictado por el CIADI el 16.5.2018 (CIADI ARB/14/1), el primero de varios más.

námica y complejidad, sin que se resienta significativamente un curso de maestría como el presente.

### III

Consecuentemente con lo acotado, una aproximación cabal al tema buscará precisar cómo algunas situaciones de indefensión en que suelen caer los justiciables frente a la Administración, encuentran explicación en la aplicación judicial de las mismas leyes que avalan por anticipado cualquier acción de esta. La confrontación de estas leyes con la Constitución mostrará una de las soluciones al problema, aunque no sin dificultades.

Lo que, reiteramos, Dios mediante, nos permitirá:

- Explicar el paso en la funcionalidad de la ley administrativa, de garantía contra la dominación de la autoridad a mecanismo de hegemonía estatal.
- Evaluar la incompatibilidad de estas últimas leyes con la Carta Fundamental y la solución que, a su respecto, habría de dar el Tribunal Constitucional.
- Especificar que la invalidez de la ley por el Tribunal Constitucional envuelve un posible deterioro institucional en su relación con el Ejecutivo y el Congreso Nacional.

Santiago, noviembre de 2020

## REFLEXIONES SOBRE UNA TASA MUNICIPAL POR PERNOCTE TURÍSTICO PARA PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE (ECOTASA)

*Silvia Marrama\**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La ecotasa: 2.1. Las tasas y la prestación concreta, efectiva e individualizada de un servicio. 2.2. La ecotasa recubre un impuesto. 3. *Estado Nacional c/ Río Negro*, Provincia de y otra *s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. 4. *Cantaluppi, Santiago y otros c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ acción de inconstitucionalidad*. 5. Conclusiones.

### 1. INTRODUCCIÓN

Gobernar implica promover la creación de riqueza porque “sin rentas no hay gobierno, mas sin riqueza no hay Nación”. Este apotegma alberdiano, inspirador de los constituyentes de 1853 y rescatado del olvido por Spisso<sup>1</sup>, reviste gran actualidad, debido al contexto económico recesivo e inflacionario, y al simultáneo incremento sostenido de la presión fiscal sobre los contribuyentes, conformada por tributos regresivos múltiples y sobrepuestos.

Más allá de las reales e incuestionables necesidades de financiamiento de los municipios argentinos –que son más imperiosas a partir de la consolidación del proceso de descentralización de los servicios públicos y el consiguiente aumento de funciones a desempeñar sin la correspondiente

---

\*La autora es Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>.

Este estudio ha sido publicado en *Revista Temas de Derecho Administrativo*, octubre 2020, Editorial Erreius, a quien agradecemos su gentil autorización para publicarlo en *Ius Publicum*.

<sup>1</sup>Cfr. Spisso, Rodolfo R.. *Derecho constitucional tributario*. Prol. Germán J. Bidart Campos. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2000. Ediciones Depalma, 13.

asignación de recursos–, la constitucionalidad de las ingeniosas formas que algunos de ellos encuentran para aumentar su recaudación fiscal, transgrediendo el alcance de sus potestades tributarias, es una cuestión recurrente a resolver por los tribunales, en particular en casos referidos a la Tasa por inspección de seguridad e higiene.

Cabe recordar que el poder tributario de los municipios de provincia encuentra seis limitaciones constitucionales, señaladas por Álvarez Echagüe: 1) la competencia exclusiva de la Nación para gravar con derechos de importación y exportación las mercaderías (arts. 4 y 75 inc. 1 CN); 2) la cláusula comercial (art. 75 inc. 13 CN); 3) la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18); 4) regulación de los establecimientos de utilidad nacional (art. 75 inc. 30 CN); 5) los principios constitucionales financieros (reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva, generalidad); 6) principio de coordinación tributaria (art. 75 inc. 2 párr. 3 CN) y regímenes de coparticipación de impuestos (ley de coparticipación federal de impuestos N° 23.548 y Convenio Multilateral sobre la Distribución del Impuesto Provincial a los Ingresos Brutos)<sup>2</sup>.

Una de las sagaces estrategias municipales para aumentar su recaudación fiscal, reñida con las prescripciones constitucionales relativas a la distribución de competencias tributarias, consiste en nominar como tasa lo que en realidad es un impuesto, para salvar el escollo establecido en la cuestionada ley de coparticipación federal de impuestos N° 23.548, que exige que las provincias adherentes se obliguen –por sí y por sus municipios– a no aplicar tributos locales análogos a los nacionales distribuidos por la ley. El obstáculo que presenta la prohibición de doble imposición pretende salvarse encuadrando el tributo en la excepción del art. 9 inc. b: “En cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley, esta obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados”.

La mencionada táctica es la empleada, a mi juicio, por la Municipalidad de San Carlos de Bariloche al crear un impuesto que denomina “ecotasa”, que cobra a los turistas por pernoctar en algún alojamiento turístico de la ciudad.

Dos fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordan tangencialmente la cuestión, sin resolver aún el tema de fondo: la naturaleza jurídica de la ecotasa. El Alto Tribunal se pronuncia en ambos casos en el marco de acciones declarativas de inconstitucionalidad.

---

<sup>2</sup>Cfr. Álvarez Echagüe, Juan Manuel. Los municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio. <http://www.aeyasoc.com.ar/publicaciones/articulo9.pdf>. Fecha de consulta: 10.09.2020.

lidad, si bien en uno resuelve admitir la radicación de las actuaciones en instancia originaria (*in re* “Estado Nacional c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”<sup>3</sup>), mientras que el otro fallo resuelve un recurso de queja (interpuesto *in re* “Cantaluppi, Santiago y otros c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ acción de inconstitucionalidad”<sup>4</sup>).

Antes de analizar los fallos referidos a la ecotasa, consideraré brevemente la naturaleza jurídica de este tributo.

## 2. LA ECOTASA

### 2.1. LAS TASAS Y LA PRESTACIÓN CONCRETA, EFECTIVA E INDIVIDUALIZADA DE UN SERVICIO

Las tasas, como especie del género “tributo”, son prestaciones obligatorias establecidas por ley con la finalidad de afrontar el gasto público para satisfacer necesidades públicas. Ferreiro Lapatza la define como aquel “tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la relación de una actividad de la administración que afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo”<sup>5</sup>.

La naturaleza jurídica de una tasa se encuentra íntimamente relacionada con: a) la percepción de una prestación concreta, efectiva e individualizada, relativa a algún bien o acto del contribuyente, brindada como servicio público por el Estado, y con b) una contraprestación pecuniaria obligatoria a cargo del contribuyente cuyo monto debe guardar razonable proporción con el costo del servicio que retribuye.

En estas líneas nos referiremos a la exigencia de una prestación concreta, efectiva e individualizada en el sujeto pasivo de la tasa. La jurisprudencia de la Corte Suprema entiende que este requisito es esencial y habilitante para el cobro de la tasa.

El Supremo Tribunal de la Nación define la tasa como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el

---

<sup>3</sup>CSJN 2065/2017. ORIGINARIO. 16.04.2019. Estado Nacional c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Id SAJ: FA19000027.

<sup>4</sup>CSJN 2606/2017/RH1. 11.06.2020. Cantaluppi, Santiago y otros c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ acción de inconstitucionalidad. Id SAJ: FA20000027.

<sup>5</sup>Ferreiro Lapatza. *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, 1997, 180, cit. Por Álvarez Echagüe, Juan Manuel. Los municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio. <http://www.aeyasoc.com.ar/publicaciones/articulo9.pdf> Fecha de consulta: 10.09.2020.

momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251, entre otros). Y sostiene claramente que al cobro de la tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792 y M.1893, L.XLII, *Mexicana de Aviación S.A. de CV c/Estado Nacional*, sentencia del 26 de agosto de 2008, entre otros).

Basada en la referida y consolidada jurisprudencia, en *Compañía Química c/ Municipalidad de S. M. de Tucumán*, la Corte entendió que resultaba ilegítimo el cobro de una tasa por cualquier actividad comercial, industrial y de servicios que usen o aprovechen las obras y demás prestaciones que hacen al progreso regular y continuo de la ciudad, ya que constituyen servicios públicos indivisibles que aseguran y promueven el bienestar general de la población.

El voto de Belluscio precisó que el art. 120 del Código Tributario Municipal (ordenanza 229177 de la Municipalidad de San Miguel de Tucumán) había desnaturalizado en forma indebida las facultades estatales en la materia, al impedir a quienes se ven obligados a sostener económicamente la prestación de los servicios, conocer en forma fehaciente cuáles son los servicios públicos cuya manutención específica les exige en forma imperativa el ente municipal, y por ende resultaba irrazonable, toda vez que carga sobre aquellos contribuyentes que realizan actividades comerciales, industriales o de servicios, la supuesta manutención de servicios públicos indiscriminados que benefician a toda la comunidad, consagrando así una manifiesta iniquidad<sup>6</sup>.

A partir de *Laboratorios Raffo S.A. c/ Municipalidad de Córdoba* la Corte, compartiendo los fundamentos de la Procuradora Fiscal, estableció que la diferencia entre tasa e impuesto queda indubitadamente determinada por la existencia o no del desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado, y que los diferentes modos bajo los cuales los contribuyentes desempeñen sus actividades no causan mutación en la naturaleza jurídica del tributo, establecida por el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales propias y exclusivas (arg. arts. 4, 5, 17, 52, 75 incs. 1 y 2, 99 inc. 3 y 121 CN). A la par destacó que esta distinción entre especies tributarias no es meramente académica, sino que además desempeña un rol esencial en la coordinación de potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno, dado que el art. 9, inc. b) de la citada ley 23.548 excluye a las tasas retributivas de servicios efectivamente

---

<sup>6</sup>CSJN. 05.09.1989. "*Compañía Química c/ Municipalidad de S. M. de Tucumán s/ recurso contencioso administrativo y acción de inconstitucionalidad*". Fallos 312:1575.

prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos.

En el caso, el legislador diseñó el presupuesto de hecho adoptado para hacer nacer la obligación de pago de la “Contribución que incide sobre el Comercio, la Industria y las Empresas de Servicios” (CCIES), tomando en cuenta la prestación de los particulares de ciertos servicios comprendidos en una serie de actividades estatales que enumera de forma no taxativa (contralor, salubridad, higiene y asistencia social y cualquier otro no retribuido por un tributo especial, pero que tienda al bienestar general de la población), y por ello resulta ilegítimo su cobro por la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, ya que se evidencia contrario a un requisito fundamental respecto de las tasas, como es que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado del contribuyente<sup>7</sup>.

En un fallo más reciente, *Quilpe S.A.*, el Tribunal reitera la distinción entre tasa e impuesto al exigir la efectiva prestación de un servicio individualizado en el contribuyente como elemento esencial para justificar la validez de su imposición. La distinción radica en que si bien los dos son categorías tributarias derivadas del poder de imperio del Estado, y tienen una estructura jurídica análoga, el presupuesto de hecho adoptado por la ley en el caso del impuesto, a diferencia de la tasa, consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general. En cambio, el cobro de una tasa debe corresponder siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente.

En el caso, la Municipalidad de La Rioja no acreditó que el servicio relacionado con la tasa por inspección de seguridad e higiene cuestionada haya sido efectivamente prestado a la actora, y frente a la negación de tal extremo por parte de la accionante, la demandada ni siquiera intentó demostrar su acaecimiento, pese a encontrarse indudablemente en mejores condiciones de probar la prestación del servicio. El Dictamen de Procuración es contundente al afirmar que “en autos no hay demostración de que el servicio de cuya retribución se trata se haya brindado efectivamente al contribuyente”. Además, el Dictamen agrega un argumento con respecto a la correspondencia entre el monto de este tributo en el caso concreto y el costo del servicio, que ha de guardar cierta relación, sin que ello se deba interpretar en el sentido de una equivalencia estricta, prácticamente imposible de establecer (arg. Fallos: 201 :545; 234:663, entre otros). Sin

---

<sup>7</sup>CSJN. 23.06.2009. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Laboratorios Raffo S.A. c/ Municipalidad de Córdoba*. Fallos 332:1503.

embargo, el municipio demandado no ha aducido ni mucho menos intentado demostrar que, contrariamente a lo afirmado por el contribuyente, el producido de la tasa guarde proporción con el costo total del servicio de inspección de seguridad, higiene y salubridad que estimó necesario llevar a cabo, y para el cual previó su retribución por la tasa fijada en el art. 144 de su código tributario<sup>8</sup>.

Si bien la jurisprudencia provincial es oscilante en cuanto a las tasas, cabe destacar el fallo recaído en autos “*Ysur Energía Argentina S.R.L. c/ Municipalidad de Cutral Có S/ Acción Procesal Administrativa*”, en cuanto la Sala Procesal Administrativa del Superior Tribunal de Neuquén entendió que deviene ilegítima la pretensión de cobro de la tasa prevista en los arts. 137 y 138 del Código Tributario Municipal (Ord. 263/79, modif. por Ord. 471/85) como “Derecho de Inspección y control de seguridad e higiene de actividades comerciales, industriales y de servicio”, a una empresa productora de hidrocarburos, que desarrolla actividades de exploración y explotación de petróleo crudo y gas natural en el ejido del municipio, pues no surge constancia alguna que certifique la existencia de inspecciones o la prestación de los servicios estatales que justifiquen la exigencia del tributo municipal.

En efecto, de la exégesis que la Sala realiza respecto de los artículos del Código Tributario citados, colige que el tributo legislado constituye una verdadera “tasa”, más allá del *nomen iuris* que le haya otorgado el legislador, dado que las tasas constituyen una especie de tributo cuya nota característica es la existencia del desarrollo de una actividad estatal que atañe especialmente al obligado. Su “hecho generador se integra, necesariamente, con una actividad que el Estado cumple y que está vinculada con el obligado al pago. En otras palabras, para que un tributo sea considerado tasa, en el presupuesto de hecho formulado debe existir, obligatoriamente, el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado”. Al examinar la obligación del Fisco de brindar el servicio que constituye la contraprestación de la exacción, conforme el concepto de “tasa” como categoría tributaria, surge que el “Derecho de inspección y control de seguridad e higiene de actividades comerciales, industriales y de servicios”, tiene como presupuesto de hecho la prestación del servicio de inspección y control de la seguridad e higiene de las actividades que se desarrollen dentro del ejido municipal (art. 137 de la C.T.M.). Sin embargo, no surge de las actuaciones administrativas ni del expediente judicial que se haya prestado el servicio que constituye la contrapartida de la tasa que se reclama. Tratándose de un hecho controvertido y cuya prueba era negativa para la accionante, correspondía a la demandada armar las probanzas que corroborarán su existencia, dado que le era más simple y probable la acreditación de la efectiva prestación del servicio

---

<sup>8</sup>CSJN. 09.10.2012. *Quilpe S.A. s/ inconstitucionalidad*. Fallos 335:1987. Id SAJ: FA12000190.

por parte de la comuna<sup>9</sup>. Así, por ejemplo, la Municipalidad podía haber adjuntado las actas labradas por los inspectores municipales en su tarea de contralor de la seguridad e higiene de las actividades o; limitarse a acreditar la existencia y organización del servicio, etc., pero no adjuntó constancia alguna que certifique la existencia de inspecciones o la prestación de los servicios estatales que justifiquen la exigencia del tributo municipal a la actora y que resulte ser, en definitiva, su causa legitimante. En las condiciones apuntadas, deviene ilegítima la pretensión de cobro al accionante de la tasa municipal prevista en el artículo 137 del C.T.M. (Ord. 263/79 modif. por Ord. 471/85) toda vez que no surge acreditado en autos, la efectiva prestación del servicio concreto, individualizado en el contribuyente, por parte del ente municipal. En consecuencia, siendo ilegítima la pretensión de cobro de la tasa, declara la nulidad de los certificados de deuda emitidos en consecuencia<sup>10</sup>.

La doctrina, por su parte, también considera esencial y distintivo este requisito de la prestación estatal de un servicio individualizado que atañe al obligado. Baste mencionar dos afirmaciones: “La presencia de esa actividad de la Administración referida al sujeto pasivo es lo que distingue a la tasa del impuesto”<sup>11</sup>, y “Cualitativamente la tasa es un tributo ampliamente justificado desde el punto de vista de la equidad, siempre que los servicios que constituyen la contraprestación se presten efectivamente y no sean de carácter puramente formal”<sup>12</sup>.

## 2.2. LA ECOTASA ENCUBRE UN IMPUESTO

Sin embargo, la exigencia conceptual –doctrinaria y jurisprudencial– de la efectiva prestación del servicio en las tasas, señalada en el acápite anterior, se desdibuja progresivamente en las normas locales.

El tributo bajo análisis en estas líneas, denominado ecotasa, se encuentra definido en el art. 372 de la ordenanza fiscal 2374-CM-12 de Bariloche, modificada por la ordenanza 2809-CM-2016, reglamentada por Resolución 565-I-2017: “Es la contraprestación que la Municipalidad exige a los turistas que pernoctan en esta ciudad, cualquiera sea el tipo y categoría del establecimiento de alojamiento turístico, por los servicios

---

<sup>9</sup>Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. Expte. N° 3200/2010. 19.12.2017. *Ysur Energía Argentina S.R.L. c/ Municipalidad de Cutral Có s/ acción procesal administrativa*. <http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/1f69a95ddfc04904032579df0055f4b6/ba35196d2aad4f2c0325822f0053cbe8?OpenDocument> Fecha de consulta: 10.09.2020

<sup>10</sup>Spisso, Rodolfo R. *Derecho constitucional tributario*. Prol. Germán J. Bidart Campos. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2000. Ediciones Depalma, 44-45.

<sup>11</sup>Jarach, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ª edición-reimpresión. Buenos Aires, 2003. Abeledo Perrot, 240.

<sup>12</sup>cfr. CSJN. 28.11.1969. *Llobet de Delfino María Teresa c/ Provincia de Córdoba*. Fallos 275:407.

turísticos y de infraestructura turística, directos e indirectos, y aquellos potenciales que la Municipalidad presta en concepto de conservación patrimonial, mejoramiento y protección de los sitios y paseos turísticos, comprensivos de ingresos y portales a la ciudad, sendas, accesos a lagos y sus playas, ríos y montañas, puntos panorámicos, miradores, servicios de información y atención turística, baños públicos, y todo otro servicio turístico, garantizando un turismo sustentable desde el punto de vista social, ambiental y económico”.

De la definición normativa de la ecotasa se desprende claramente su naturaleza jurídica de impuesto, ya que los servicios turísticos y de infraestructura turística a prestar por la Municipalidad son “directos, indirectos y potenciales”, y su enunciación no es taxativa (“y todo otro servicio turístico...”).

Ello, a la luz de la doctrina establecida en *Laboratorios Raffo S.A.*, que exige para la validez de las tasas que el servicio prestado sea concreto y no potencial, dado que ello se encuentra exigido por el artículo 9, inciso b) de la ley de coparticipación federal de impuestos N° 23.548, con sustento en el art. 17 CN.

En efecto, la ecotasa es en realidad un impuesto análogo al IVA que grava a nivel nacional la prestación de servicios hoteleros (cfr. art. 3 inc. e) punto 2. Ley de Impuesto al Valor Agregado), vulnerando así el federalismo de concertación (art. 75 inc. 2 párr. 3 CN) y la supremacía constitucional (art. 31 CN).

Podría cuestionarse que no existe analogía dado que el sujeto pasivo del IVA por prestación de servicios hoteleros y de la ecotasa por pernócte son diversos. Al respecto, Jarach precisa que debe entenderse que un impuesto local es análogo a uno nacional cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis: a) definiciones sustancialmente coincidentes de los hechos imposables o definiciones más amplias que comprendan los hechos imposables de los impuestos nacionales o más restringidas que estén comprendidas en estos, aunque se adopten diferentes bases de medición; b) a pesar de una diferente definición de los hechos imposables, adopción de bases de medición sustancialmente iguales. “No será relevante para desechar la analogía, la circunstancia de que no coincidan los contribuyentes o responsables de los impuestos, siempre que exista coincidencia sustancial, total o parcial, de hechos imposables o bases de medición”<sup>13</sup>. Según Spisso, la Corte en *Aerolíneas Argentinas c/ Provincia de Buenos Aires*<sup>14</sup> ha expandido aún más el concepto de impuesto análogo,

---

<sup>13</sup>Cfr. Coparticipación provincial en impuestos nacionales, t. II, Régimen federal de unificación y distribución de impuestos, Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1996. Cit. por Spisso, Rodolfo R.. *Derecho constitucional tributario*. Prol. Germán J. Bidart Campos. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2000. Ediciones Depalma, 220-221.

<sup>14</sup>CSJN. 13.11.1986. *Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c/ Provincia de Buenos Aires s/repeticón de impuestos*. Fallos: 308-2153.

al condenar todo tipo de doble o múltiple imposición medida incluso en términos económico-financieros de incidencia, y sin tener en cuenta la definición conceptual de los hechos impositivos en juego<sup>15</sup>.

Por otra parte, la norma referida a la ecotasa no permite al contribuyente conocer en forma fehaciente cuáles son los servicios públicos cuya manutención específica les exige en forma imperativa el ente municipal (cfr. doctrina *in re Compañía Química*).

Cabe también aplicar a la ecotasa la doctrina de Quilpe S.A. en cuanto requiere para su validez la demostración de que el servicio de cuya retribución se trata se brinde efectivamente al contribuyente.

La Exposición de Motivos del Proyecto que ideó la ecotasa, la clasifica como un tributo de tipo ambiental, y de los fundamentos de la ordenanza 2809-CM-2016 se colige que la finalidad del tributo es paliar el impacto medioambiental de la afluencia creciente de turistas. Sin embargo, la contraprestación municipal se enuncia como “servicios turísticos y de infraestructura turística”, y su recaudación se destina a un Fondo de Asignación Específica cuya función exclusiva es ejecutar programas de provisión de servicios turísticos y de infraestructura turística, a reglamentar por la Secretaría de Turismo municipal. Por ende, el fin extrafiscal pretendido por el municipio –subterfugio medioambiental– encubre la finalidad recaudatoria de la ecotasa para afrontar obras de infraestructura que benefician a toda la comunidad de Bariloche, lo cual la invalida como tasa (cfr. doctrina *in re Compañía Química*. Jarach afirmaba: “La mera existencia teórica de un servicio que no se individualiza efectivamente hacia un sujeto, no constituye base suficiente para crear una tasa y esta no puede ser válidamente exigida”<sup>16</sup>).

Por lo expuesto entiendo que la ecotasa creada mediante la ordenanza municipal 2809-CM-2016 impugnada, es en realidad un impuesto.

Si bien una parte de la doctrina ha reconocido que los municipios como entes autónomos con poder tributario tienen la facultad de crear impuestos (para solventar la prestación de servicios públicos indivisibles), “la mencionada facultad se ve reducida al mínimo, o bien deja de existir, pues en la práctica no quedan materias impositivas para gravar, ello en virtud del régimen de coparticipación federal ya aludido, como limitativo de las facultades impositivas de los municipios”<sup>17</sup>.

Baistrocchi sostiene que, según las distintas limitaciones que recaen sobre los municipios, estos solamente tienen la facultad de establecer dos

---

<sup>15</sup>Cfr. Spisso, Rodolfo R. *Derecho constitucional tributario*. Prol. Germán J. Bidart Campos. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2000. Ediciones Depalma, 221.

<sup>16</sup>Jarach, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ª edición-reimpresión. Buenos Aires, 2003. Abeledo Perrot, 239.

<sup>17</sup>Álvarez Echagüe, Juan Manuel. *La potestad tributaria a partir del concepto constitucional de autonomía*. Periódico Económico Tributario, 2005 (abril-322), 1. Id SAJ: DACF050057.

clases de impuestos: mineros y ecológicos<sup>18</sup>. Respecto de los tributos ecoturísticos “es básico que la aplicación de estos instrumentos fiscales lleve a unos efectos ambientales positivos por el lado del ingreso, esto es, que exista un buen vínculo entre el hecho imponible gravado y el problema ambiental a controlar... Este tipo de solución se recoge explícitamente en el principio quien contamina paga. En definitiva, la utilización de los tributos ambientales para corregir el daño ambiental, tiene como objetivo cambiar comportamientos y no tanto recaudar dinero”<sup>19</sup>.

Sin embargo, del análisis de la norma de creación de la ecotasa se desprende que, si bien su finalidad es la preservación del medio ambiente, la contraprestación municipal y el destino de lo recaudado se destina a ejecutar programas de provisión de servicios turísticos y de infraestructura turística, y no medioambientales. Por lo tanto, el impuesto “ecotasa” avanza sobre un ámbito de competencia exclusiva del Estado Nacional, vulnerando el principio constitucional de coordinación tributaria (art. 75 inc. 2 párr. 3 CN) y régimen de coparticipación de impuestos, debe ser privada de validez por el principio de supremacía federal (art. 31 CN, cfr. Fallos 323:1705).

Entiende Karschenboim que resultó, por ello, acertada la interposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema por parte del Estado Nacional, pues resulta necesario vigilar el cumplimiento por parte del Estado del fin extrafiscal que funda la creación del tributo, ya que puede acaecer que bajo la excusa medioambiental se pretenda aumentar la recaudación para cubrir necesidades financieras municipales. Afirma también que el voto de la mayoría de la Corte sienta un precedente interesante que incentiva al Estado Nacional a solicitar la inconstitucionalidad de otras tasas municipales<sup>20</sup>. A continuación se reseña el fallo.

### 3. ESTADO NACIONAL C/ RÍO NEGRO, PROVINCIA DE Y OTRA S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El 23 de octubre de 2017 el Estado Nacional promovió contra la Municipalidad de San Carlos de Bariloche y la Provincia de Río Negro,

---

<sup>18</sup>Baistrocchi, Eduardo. *La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias* (primera y segunda partes). La Ley: 1996-D, 1173 y 1197. Cit. por Álvarez Echagüe, Juan Manuel. *La potestad tributaria a partir del concepto constitucional de autonomía*. Periódico Económico Tributario, 2005 (abril-322), 1. Id SAJ: DACF050057.

<sup>19</sup>Pastor Arranz, Laura. La fiscalidad del turismo desde una perspectiva internacional. BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 20, 147-160, 2015, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184 DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i20.18>

<sup>20</sup>Karschenboim, Laura. Las claves de la “ecotasa”, el impuesto invisible que cobran los Municipios. <https://www.cronista.com/fiscal/Inadecuada-herramienta-derecaudacion-para-municipios-20190610-0036.html>. Fecha de consulta: 11.09.2020.

una acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 362 de la ordenanza fiscal 2809-CM-16- del municipio demandado, por la que se crea la denominada “ecotasa”, la que, según afirma, viola lo establecido en los arts. 16, 17, 31, 75 inc. 2 y concordantes de la Constitución Nacional (en adelante, CN), la ley provincial N° 2226 y la ley de impuesto al valor agregado, así como de las obligaciones que la provincia asumió por sí y en nombre de la municipalidad al momento de adherirse al régimen de la Ley N° 23.548 de coparticipación federal de impuestos. Asimismo, requirió que se condene a ambos demandados al cese de su aplicación y cobro, bajo apercibimiento de restringir la redistribución de fondos coparticipables. A la par, se solicitó se decrete una medida cautelar de suspensión por parte de los demandados de la aplicación del art. 362 impugnado, así como de cualquier otro acto administrativo emitido en su consecuencia, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Los argumentos del Estado Nacional son los siguientes:

3.1. Impuesto encubierto: más allá de que el municipio la denomine “ecotasa”, no cumple el requisito exigido por la doctrina y jurisprudencia de la Corte para que quede configurada de manera constitucionalmente válida la especie tributaria tasa, es decir, la efectiva e individualizada prestación de un servicio al contribuyente.

3.2. Doble imposición: por Ley N° 23.548 las provincias, por un lado, asumen la obligación de distribuir parte de los fondos que reciben de recaudación de los impuestos nacionales coparticipados con sus municipios y, por el otro, se comprometen por sí y por sus municipios, a no establecer tributos análogos a los nacionales coparticipados, excepto que se trate de tasas retributivas de servicios efectivamente prestados (art. 9°, inc. b), obligación esta última incumplida mediante la ecotasa, que resulta análoga al impuesto al valor agregado (IVA) que grava a nivel nacional la prestación de servicios hoteleros, por lo que se genera un caso ilegítimo de doble imposición. También señala que la conducta de la provincia y de la municipalidad, al no cumplir con los compromisos asumidos –que derivan de su adhesión al régimen de coparticipación y de la suscripción de los pactos fiscales–, pone en juego el federalismo de concertación y la supremacía legal que debe regir y de la cual el Estado Nacional es veedor.

El Dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti<sup>21</sup> se expide respecto de la competencia originaria de la Corte en el caso, y entiende que corresponde *ratione personae*, debido a la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario conformado por la Provincia de Río Negro y la Municipalidad

---

<sup>21</sup>Procuración General CSJN. 08.11.2017. *Estado Nacional c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=751607&interno=2> Fecha de consulta: 08.09.2020.

de Bariloche, debido a que si bien se ataca la validez de una ordenanza municipal, la provincia es quien adhirió, por sí y en nombre de sus municipios, a la ley de coparticipación federal de impuestos. Al respecto, en su disidencia, Rosenkrantz sostiene que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte debido a que la Provincia de Río Negro no es parte en los términos del art. 117 CN, debido a que no se encuentra en juego ningún interés directo suyo. El pleito involucra exclusivamente al Municipio de Bariloche como parte demandada, el cual no reviste carácter de aforada en los términos de los arts. 116 y 117 CN.

La Corte resuelve admitir la radicación de las actuaciones en la instancia originaria y correr traslado de la demanda interpuesta contra la Provincia de Río Negro y la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, a sustanciarse por la vía del proceso ordinario, a la par que no hace lugar a la cautelar interpuesta, fundado este rechazo en la presunción de legitimidad del acto impugnado y en la coincidencia sustancial del objeto de la demanda y de la cautela.

#### 4. CANTALUPPI, SANTIAGO Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El caso se origina en la demanda deducida por los titulares y representantes de diversos establecimientos hoteleros, contra el municipio de San Carlos de Bariloche, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de las ordenanzas locales 2809-CM-16 y 2810-CM-16 en cuanto establecieron la denominada “ecotasa”, normas que se encontrarían en pugna con las prescripciones de los arts. 4, 16, 17 y 75, inc. 2 CN así como también con los artículos 70, 73, 94 y 231 de la Constitución de la provincia de Río Negro.

Al contestar demanda, el municipio opuso como excepción la falta de legitimación activa de los actores, dado que los establecimientos hoteleros no revisten el carácter de sujetos pasivos del gravamen pues el tributo debe ser abonado por los turistas que pernoctan en la ciudad.

El Superior Tribunal de Justicia provincial hizo lugar a la excepción deducida por el municipio y, en consecuencia, rechazó la demanda entablada por los accionantes. Señaló que los únicos derechos patrimoniales que eventualmente pueden verse afectados por aplicación de la ecotasa son aquellos que recaen en cabeza de los contribuyentes obligados al pago del tributo que, en el caso, son los turistas que “visiten y pernocten en sitios de alojamiento situados en el ejido de San Carlos de Bariloche”. Añadió que no existe vinculación directa entre el hecho imponible de la tasa y la actividad hotelera propiamente dicha. Los emprendimientos hoteleros, agentes de percepción de la ecotasa, solo deben soportar obligaciones relacionadas indirectamente con ese tributo, circunstancia que

les impide impugnarlo. Por último, el tribunal local señaló que la carga fiscal cuestionada no es susceptible de afectar el normal funcionamiento de las empresas hoteleras, por lo que correspondía rechazar la demanda.

Disconformes con tal pronunciamiento, los actores dedujeron recurso extraordinario, al que adhirieron dos personas, en carácter de turistas, cuya denegación originó la interposición de la queja. Tacharon de arbitraria la sentencia apelada pues si bien los sujetos pasivos de la ecotasa son los turistas que pernoctan en Bariloche, los emprendimientos hoteleros de la ciudad deben percibir e ingresar el importe percibido al fisco municipal, cumplir con las cargas tributarias derivadas de ello y responder solidariamente con los deudores principales, y por lo tanto los recurrentes poseen un interés personal, real, concreto, cierto e inmediato que funda su legitimación activa para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de ordenanzas con contenido tributario que impactan en la esfera de sus derechos como titulares o representantes de los emprendimientos hoteleros. Añaden que, a raíz del carácter de agentes de recaudación de la ecotasa, deben ejecutar determinadas obligaciones que les impone ordenamiento: generar declaraciones juradas, cumplir con regímenes de información, ingresar el importe correspondiente, soportar multas en caso de incumplimientos, además de resultar pasibles de ejecuciones fiscales en el caso de que los sujetos pasivos no abonen el tributo, lo que, a juicio de los recurrentes, justifica su legitimación para impugnar las normas municipales. Por otra parte, el municipio vinculó de modo inescindible la declaración de los importes que corresponde abonar en concepto de ecotasa con la declaración jurada y el pago de la tasa de Seguridad e Higiene, cuyo incumplimiento expone a los emprendimientos hoteleros a la aplicación de una sanción consistente en la clausura del establecimiento. Además, el municipio intimó a varios emprendimientos hoteleros a acreditar el pago del tributo cuestionado bajo apercibimiento de iniciar sumarios tendientes a la aplicación de sanciones pecuniarias, circunstancia que, entienden los actores, los legitima para interponer la acción.

La Corte se remite en su fallo al dictamen de la Procuradora, Dra. Laura Monti<sup>22</sup>, quien luego de analizar diversos artículos de la ordenanza local impugnada, concluye que las obligaciones que pesan sobre los titulares de los establecimientos hoteleros –como responsables por deuda ajena, es decir, codeudores solidarios del contribuyente, y como agentes de percepción de la ecotasa sujetos a verificación y fiscalización por parte del organismo local correspondiente– evidencian su interés jurídico de impugnar el régimen cuestionado. De ello colige que la sentencia recurrida en queja es arbitraria por cercenar su legitimación activa.

---

<sup>22</sup>Dictamen de la Procuración General de la Nación Laura M. Monti del 25 de febrero de 2019, [http://www.eldial.com/nuevo/pdf\\_fallos/AABE03.pdf](http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/AABE03.pdf). Fecha de consulta: 07.09.2020.

En efecto, la ordenanza fiscal 2374-CM-12<sup>23</sup> establece los procedimientos para la determinación, liquidación, fiscalización y pago de todos los tributos fiscales de competencia municipal. Respecto de la ecotasa, el artículo 375 establece que: “Son agentes de percepción los titulares o responsables de los establecimientos turísticos que presten un servicio de alojamiento, cualquiera sea su clase, categoría o modalidad”. Y el art. 378 indica que “Los establecimientos obligados a percibir la presente tasa por cuenta y orden de la Administración Municipal, deberán en forma mensual, confeccionar y presentar la declaración jurada sobre cantidad de ocupación registrada y depositar los montos percibidos en la cuenta bancaria que disponga el área competente. El incumplimiento a las disposiciones de la presente implicará la aplicación de las penalidades previstas en el Anexo II de la Ordenanza Tarifaria 2375-CM-12”. Cabe tener presente que el art. 10 de la misma norma local establece, con carácter general para todos los tributos que regula, que “Se encuentran asimismo obligados al pago de los tributos, multas, recargos e intereses, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, con los recursos que administran, perciben o que disponen, en la misma forma y oportunidad que rija para estos o que expresamente se establezcan ... d) Los agentes de recaudación, retención o percepción”.

Sin embargo, el planteo de las personas que pretendían ser tenidas por parte en su condición de turistas no prosperó pues adquirió firmeza al ser examinada y rechazada por el superior tribunal local al resolver el recurso de aclaratoria sin que este pronunciamiento haya sido recurrido por aquellos.

En virtud de lo expuesto, la Corte, compartiendo los fundamentos del Dictamen de la Procuradora Fiscal, hace lugar al recurso y revoca la sentencia respecto del actor que acreditó el depósito exigido para este recurso por la ley ritual; y desestima la queja en relación al turista que exigía ser tenido por parte pues si bien acreditó el referido depósito, la cuestión se encuentra firme y consentida.

El Dictamen de la Procuradora Fiscal aclara que lo expuesto se limita al examen de la falta de legitimación de los actores como titulares y/o responsables de establecimientos hoteleros, pero no implica pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión debatida.

---

<sup>23</sup>Se encuentra publicada en [http://www.digestobariloche.gov.ar/ordenanzas/2012/aneoordenanza\\_2374.doc](http://www.digestobariloche.gov.ar/ordenanzas/2012/aneoordenanza_2374.doc). Fecha de consulta 07.09.2020.

## 5. CONCLUSIÓN

Afirmé en las primeras líneas de este trabajo que las necesidades de financiamiento de los municipios argentinos son reales e incuestionables, en particular a partir de la consolidación del proceso de descentralización de los servicios públicos y el consiguiente aumento de funciones a desempeñar sin la correspondiente asignación de recursos.

Si bien la referida descentralización es una aplicación del principio de subsidiariedad del gobierno central, en cuya virtud son las provincias y, en su caso, los municipios, los que deben cubrir la gestión pública que no se requiere del Estado Nacional, ello debe encontrar su correlato en la suficiencia de recursos para costear los servicios públicos a prestar, correlato exigido por mandato constitucional. En efecto, el art. 75 inc. 2 establece que el régimen de coparticipación de impuestos debe asegurar una distribución entre los niveles de gobierno “en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas”. Y esta correlación no debe darse a modo de dependencia económica, que, tal como lo entendía Frías, se configura cuando la asignación de recursos y distribución de ingresos no asegura el ejercicio autónomo y coordinado –no subordinado– de las competencias locales<sup>24</sup>.

Los principales enemigos del federalismo son, a mi juicio, los diversos tributos directos establecidos por la Nación en forma inconstitucional y la caduca ley de coparticipación de impuestos, de cuyas obligaciones legales –asumidas en su nombre por las provincias– las municipalidades no pueden apartarse frontalmente debido a que participan de la distribución secundaria de lo recaudado en virtud de este régimen.

En ese contexto, los municipios utilizan subterfugios tales como el de nominar como tasas lo que en realidad son impuestos, incurriendo así en una doble imposición que perjudica la creación de riqueza, cuya promoción es una de las finalidades que Alberdi asigna al gobierno.

La asiduidad con que los municipios utilizan estas estrategias debería motivar, además de la sanción de la rezagada nueva ley de coparticipación –conforme al mandato de la cláusula transitoria sexta de la reforma constitucional de 1994–, una reflexión jurídica y política más profunda sobre la necesidad de derogación de ciertos tributos directos por tiempo determinado instituidos por el Estado Nacional –cuyas prórrogas sucesivas los han tornado permanentes–, y sobre el alcance de las potestades tributarias municipales como fuente de obtención de recursos para afrontar sus genuinas funciones a la luz del principio de subsidiariedad.

---

<sup>24</sup>Cfr. Frías, Pedro J. *El federalismo argentino: introducción al derecho público provincial*. Buenos Aires, 1980. Ediciones Depalma.



## LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO CHILENO\*

*Eduardo Soto Kloss\*\**

SUMARIO: I. Introducción. II. De dónde arranca la visión contralora de la revocación de los actos administrativos. III. La noción contralora. IV. El giro contralor, la revocación como causal de extinción de un acto administrativo por ser “inconveniente” o “inoportuno”. V. Lo que la jurisprudencia judicial dice respecto de la revocación. VI. Pero ¿Se sostiene en Derecho y conforme con la Constitución la noción de revocación? VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN. UN ASPECTO HISTÓRICO, SIEMPRE ÚTIL PARA COMPRENDER MEJOR LAS INSTITUCIONES

Es un hecho que la *revocación* como causal específica de extinción de los actos administrativos no ha tenido la conflictividad de la “invalidación”, que es con mucho la que ha tenido mayor aplicación desde hace décadas y que, particularmente, me despertó desde hace más de 30 años la inquietud intelectual por la muy fuerte afectación que ella implicaba en los derechos fundamentales de las personas destinatarias de los actos invalidados, invalidación que decidía por sí y ante sí la propia autoridad administrativa que los ha dictado y sin tener fundamento normativo alguno, al menos hasta la Ley 19.880, de 29.5.2003<sup>1</sup>.

---

\*Este texto corresponde a un párrafo de la extinción de los actos administrativos, del tomo 2 El acto administrativo, de mi Derecho Administrativo, en publicación en Thomson Reuters.

\*\*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París/Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás. Ex abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

<sup>1</sup>Vid. ya en 1988 (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 85/1988, N° 3, Primera Parte Sección Derecho, 157-167), mi *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*. He vuelto varias veces sobre el tema incluso después de la Ley 19.880, a raíz de su artículo 53. Vid. nota en párrafo referente a la invalidación. Sobre la revocación en Chile, debe mencionarse, si bien antiguo, H. Olguín Juárez, *La extinción de los actos administrativos. Revocación, invalidación y decaimiento*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1961, trabajo serio y riguroso; y reciente, J. C. Flores Rivas, *La potestad revocatoria de los actos administrativos*, en Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte), 2016 N° 1, 191-222, y nuestro *Notas sobre algunos aspectos de la llamada revocación de los actos administrativos (artículo 61 Ley 19.880)*, en *Ius Publicum* 40/2018, 83-98.

No viene al caso referirse aquí a la tan variada terminología que en el derecho comparado ha tenido la “extinción” de los actos administrativos, lo que ha significado, ciertamente, una dificultad para entenderse en la materia, especialmente para aquellos que gustan del “colonialismo mental” de implantar en nuestros ordenamientos esos “injertos extranjerizantes”, que tanto mal suelen producir en la práctica, al ser “cuerpos extraños” que difícilmente se adaptan a nuestras instituciones, dado que provienen de países esencialmente estatistas, herederos de monarquías absolutas, y que terminan, finalmente, vulnerando los derechos de las personas<sup>2</sup>.

Y digo que no viene al caso porque nuestra terminología nace unificada y precisada a raíz de lo acordado en las Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Público que se celebraban a fines de la década de los años 50 del siglo pasado, ya en Montevideo, ya en Santiago. En efecto, en las Primeras Jornadas, celebrada en Montevideo el año 1958, en las cuales se trató, entre los profesores de derecho administrativo que asistían, el tema de la “extinción de los actos administrativos”, se acordó admitir –con un lenguaje común– que dicha extinción cuando era producida por decisión de la Administración podía ser en razón de tres modalidades, que dieron en llamar “invalidación”, “revocación” y “caducidad”<sup>3</sup>.

Se ha de señalar –lo que parece haberse olvidado– que entre los profesores chilenos que asistían a dicha Jornada se encontraba don Enrique Silva Cimma, a la sazón Subcontralor de la Contraloría General de la República, que años después asumiría el cargo de Contralor General, bajo la presidencia de don Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964).

---

<sup>2</sup>Es siempre útil recordar lo que Maurice Hauriou, el más célebre de los administrativistas franceses de finales del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, señalaba en la octava edición de su *Précis de droit administratif et de droit public* (Sirey. Paris. 1914, 22-28 y 106-108) y de modo claro y expresamente en su *Précis de droit constitutionnel* (2<sup>e</sup>. éd. Sirey. Paris. 1929/reimpr. 1965, 166) y *Précis élémentaire de droit administratif* (4<sup>e</sup>.éd. Sirey. Paris. 1938, a cargo de su hijo André Hauriou en su Préface, pp. VII-VIII); decía muy claramente el maestro de Toulouse: *Les prérogatives, comme les privilèges, ont été bannis de relations sociales par la Révolution, mais elles ne l'ont pas été des relations politiques; au contraire, elles ont été concentrées aux mains du Gouvernement et de l'Administration* (p. VII del Préface), y continúa diciendo en la p. VIII *L'Administration publique a succédé aux classes privilégiées de l'ancien régime...* Yo citaba este texto de Hauriou en mi *Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho*, en Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005. Santiago de Chile. 2006, 97-117 (que fuera el desarrollo de mi voto en contra de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28.2.1994, rol 185, recaída en el proyecto de ley de Bases del Medio Ambiente (luego Ley 19.300/9.3.1994); ahora en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo-Perrot. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 625-643.

<sup>3</sup>Vid. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales/Montevideo, Año X/enero-junio 1958, N° s. 1-2 (1959), “Jornadas de derecho comparado chileno-uruguayas”; vid. Segunda Sesión, *Revocación y suspensión de los actos administrativos* 309-351, con exposiciones de los profesores Julio A. Prat (uruguayo) y Patricio Aylwin Azócar (chileno), como relatores, y de los profesores uruguayos Alberto Ramón Real, Héctor Barbe Pérez, Horacio Cassinelli y Angel Caviglia.

Y es importante señalarlo por cuanto la Contraloría General de la República (CGR) adoptó muy pronto esta terminología tripartita para designar las formas en cuya virtud la autoridad administrativa podía dejar sin efectos sus propios actos. En este aspecto, no puede olvidarse que por aquella época, de muy fuerte estatismo, y de preponderancia cuasi absoluta del Estado, por sobre los ciudadanos y sus derechos y libertades, ni se planteaba que ello podría afectar los derechos de las personas, a pesar que la Constitución (1925) les reconocía expresamente numerosos derechos (artículo 10).

En 1959 la CGR emite el D 14.073/12.3.1959, en el cual afirma que “los decretos son, por regla general, revocables, de modo que la misma autoridad que los dicta puede derogarlos o modificarlos, ya sea por razones de conveniencia o por adolecer de un vicio de ilegalidad; la revocabilidad tiene una excepción: no pueden ser derogados aquellos decretos en cuya virtud particulares han adquirido derechos de orden patrimonial de los cuales esas personas no pueden ser privados sino en virtud de una expropiación. No obstante, aun estos decretos de interés particular pueden ser modificados o dejados sin efecto cuando adolecen de un vicio de ilegalidad, pues la autoridad administrativa tiene la facultad y aun la obligación de restablecer el imperio de la ley, revocando sus propios actos cuando advierten que son irregulares”<sup>4</sup>.

Es en 1966 que se encuentra el Dictamen N° 89.271, de 22.11.1966, que merece transcribirse, ya que expresa de modo claro y pedagógico esta tripartición definiendo o describiendo cada una de las tres formas referidas. Dice a la letra:

“El problema planteado.... merece.... algunas consideraciones de tipo general que permitan esclarecer las circunstancias en que un acto administrativo (decreto o resolución) puede ser dejado sin efecto legítimamente y a su vez permita determinar la naturaleza de los derechos adquiridos por los administrados frente a la derogación o retiro de tales actos.

Las decisiones de la autoridad administrativa contenidas en los decretos y resoluciones se pueden dejar sin efecto mediante la emisión de un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) principalmente por tres causales: a) por ilegalidad, b) por el incumplimiento de una obligación prevista por la ley o por el propio acto, cuya sanción específica es la extinción del mismo, y c) por ser contrarios al interés público, en general, o específicamente de la entidad emisora del acto. Estos tres principales modos de extinción de las decisiones de la autoridad dan origen respectivamente a

---

<sup>4</sup>En igual sentido pueden verse D 74.836/17.12.1959, 45.890/29.7.1963, 11.881/16.2.1965, entre otros.

las instituciones jurídicas de la invalidación, de la caducidad y de la revocación”<sup>5</sup>.

De lo dicho aparece claramente que la *revocación* es aquel modo de extinguir un acto administrativo “por ser contrario al interés público, en general, o específicamente de la entidad emisora del acto”.

Con posterioridad, el cuadro de la extinción de los actos administrativos fue siendo completado por la Contraloría General de la República a través de su jurisprudencia expresada en dictámenes (Ley 10.336, artículos 5°, inciso 3°, 6° inciso final, 9° y 19), señalando que tal extinción también podía producirse por circunstancias ajenas a la Administración, sea por la vía judicial (anulación de actos administrativos)<sup>6</sup>, sea por causas naturales (como la muerte del destinatario del acto) o por causales expresadas en el propio acto administrativo (como, v. gr., plazo o condición)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Dicho Dictamen lo he transcrito en la parte pertinente a “invalidación” en trabajo citado en nota 1 precedente. Ha de observarse que esta noción contralora, proveniente de las Jornadas referidas, se engarzaba en el predicamento sustentado por la doctrina italiana de la potestad intrínseca que poseería la Administración de revocar sus actos, o sea de retirarlos dejándolos sin efecto, lo que es muy propio de regímenes derivados de monarquías absolutas, en donde la voluntad del monarca/Administración es ley y en donde, con mayor o menor amplitud, no está sujeto/a al derecho ni a sus propios actos (al modo del emperador romano/*legibus solutus*), lo que que está muy lejos de toda nuestra tradición jurídica castellano-indiana.

<sup>6</sup>Si bien por aquella época los tribunales ordinarios de justicia eran concordes, siguiendo a la Corte Suprema, en afirmar que eran incompetentes para ello porque la Constitución de 1925 disponía (según tal predicamento) que ello era de competencia de los Tribunales Administrativos, según su artículo 87. Es cierto –valga recordarlo– que la referida norma no decía tal cosa, sino que ello fue una interpretación suprema “macarrónica”, insostenible jurídicamente hablando, ya que implicaba una *clarísima e inmensa inmunidad jurisdiccional* otorgada por vía judicial a la Administración, lo que chocaba frontalmente con su artículo 80 (hoy 73 Constitución 1980, 76 texto actualizado). Sobre la impugnación de dicha “aberración jurídica suprema”, que tuvo vigencia aproximadamente desde 1932 hasta el 1° de marzo 1973, vid. mi *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 también, posteriormente, *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia (comentario a Undurraga Fonck y Undurraga Riesco)*, en Revista de Derecho Público 21/22 (1977) 233-249. Decimos hasta marzo 1973 dado que tal interpretación fue dejada de lado a partir del *Discurso inaugural del Año Judicial 1973*, del Presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, vid. RDJ t.70/1973, Memoria, V-XXV, especialmente XII y XIII que tocan el punto. Recuérdese que luego de este Discurso se admitió por los tribunales de la instancia esa competencia para anular actos administrativos pudiendo verse ese mismo año 1973 dos casos de requisaciones ilícitas de industrias (abundantes en dicho período trágico de nuestra historia patria por el desprecio que el gobernante y su Administración hacían del Derecho y de los derechos de las personas), como *Rayonhil, Industria Nacional de Rayón S.A. c/ Dirección de Industria y Comercio* (la vilipendiada Dirinco, verdadero “comisariato” al modo soviético, que más valiera no recordar), (Corte Suprema, casación fondo en proceso de querrela de amparo y restablecimiento, 5.9.1973, en RDJ t.70/1973 cit. 2.1, 66-71), y *Sociedad Paños Oveja Tomé S. A. c/Dirección de Industria y Comercio* (Corte Suprema, casación de forma de oficio, en querrela de amparo, 31.10.1973, en RDJ cit. 78-80, véase especialmente el considerando 4° para el tema).

<sup>7</sup>Esto último no aparece muy riguroso ni sistemático porque se trata de una “caducidad”, que ya está expuesta como causal dispuesta por la propia Administración. No es aquí el momento de apuntar el tema, a fin de no desviarnos de la “revocación”.

Como se advierte, la Contraloría General enuncia la “revocación” como el modo de extinguir un acto administrativo anterior en virtud de uno posterior en razón de ser contrario al interés público o del propio organismo que lo dictó. Pero diferenciándose de la “invalidación” por un rasgo importantísimo, cual es que el acto primitivo ha sido dictado “en conformidad a Derecho”, es decir: es válido en su propio origen y, por ende, ha producido válidamente sus efectos jurídicos en sus destinatarios, lo que es fundamental recalcarlo porque esos efectos jurídicos son *derechos adquiridos* para ellos y “derecho de propiedad”, o sea integrantes de su patrimonio (artículo 19 N° 24 de la Constitución, especialmente su inciso 1°). Habría que agregar que esta modalidad de extinción sería en razón del “interés público”, pero con posterioridad el Órgano Contralor radica ese interés público en razones de “mérito” (utilizando el término italiano), es decir razones de “conveniencia” u “oportunidad” y señalaría que sus efectos serían para el futuro (*ex nunc*) y no con efectos retroactivos (*ex tunc*) como ocurre en la invalidación.

Antes de continuar en el análisis es conveniente detenerse en el texto del Dictamen referido por cuanto al describir la revocación agrega algo muy importante que después se olvidara en la actividad contralora. En efecto, atendido el hecho que la revocación supone en esta visión la existencia de un acto administrativo emitido conforme a Derecho, es decir plenamente válido, la misma CGR dice expresamente en este D que “la revocación puede encontrarse limitada por la existencia de derechos válidamente adquiridos los que en la mayoría de los casos deben ser respetados por la Administración, salvo que el interés general haga imperativo el sacrificio de tales derechos en cuyo caso se impone la compensación económica del derecho lesionado”.

Cierto, sí, que con posterioridad ello parece haber sido olvidado, tal vez entendiéndose que esa compensación/indemnización por los perjuicios provocados, debía ser intentada por los afectados ante los tribunales de justicia, los únicos competentes para conocer de ello, siendo a ello ajeno la CGR.

De acuerdo con este D 89.271/1966, la revocación supone, entonces, (a) un acto emitido válidamente por la autoridad administrativa, entendiéndose, además, (b) que se trata de un acto de efectos individuales (porque los de efectos generales, v. gr. reglamentos, se “modifican” o “derogan”, no se “revocan”) y, también, (c) que esté produciendo efectos jurídicos al momento de pretender su autor tal revocación, y esto porque si ya produjo sus efectos estos devienen “intangibles”, dado que ha sido válidamente emitido y, por lo tanto, han ingresado de modo definitivo a su patrimonio (artículo 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Años después, 29.5.2003, la Ley 19.880 (artículo 61 inciso 2° letra a) dispondrá expresamente que en este caso no procede la revocación, es decir que la revocación no tendría ningún sentido respecto del acto válido que ya produjo sus efectos y, por tanto, agotó sus

Si se profundiza un poco más, se advierte que del término “revocación” en esta visión contralora no se siguen características muy precisas, sea en cuanto al momento de su ejercicio (¿quedaría entregado a la discrecionalidad de la autoridad?), condiciones de ella, y, en especial, respecto de sus efectos, porque ¿desaparecerían los efectos para el futuro si el acto es válido en su origen y está produciendo efectos? habría, entonces, que “expropiar” esos efectos porque, de lo contrario, se incurriría en una flagrante “confiscación”, ilícita según la Constitución (artículo 19 N° 7, letra g). Se advierte que no hay indicación alguna sobre las posibilidades de afectación de los derechos de los destinatarios de esos actos revocados, y su impugnación por parte de las víctimas. Y aparece natural que no se dijera nada de ello en aquella época si se sostenían afirmaciones (“barbaridades”) tales como que “en derecho público no existían los derechos adquiridos”<sup>9</sup>, que “los actos administrativos eran esencialmente revocables”, y que “los Tribunales Ordinarios de Justicia no eran competentes para conocer de la impugnación de esos actos”<sup>10</sup>.

## II. ¿DE DÓNDE ARRANCA LA VISIÓN CONTRALORA DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS?

Siempre es útil para entender bien algo preguntarse sobre su origen, tanto en el aspecto histórico y su contexto como y, en este caso, en su aspecto de ideas que llevan a afirmar determinadas proposiciones. ¿Es natural –conforme a la naturaleza de las cosas– el que la autoridad administrativa dicte actos administrativos y después los revoque, por sí y ante sí, por determinadas circunstancias? Veámoslo.

---

efectos; veremos más adelante que tampoco procede la revocación si el acto permanece produciendo efectos, desde que ha sido válidamente emitido y los derechos que ha originado son intangibles/artículo 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución.

<sup>9</sup>Vid. nuestro *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno (réquiem para una ineptia doctrinaria)*, en RDJ 81/1984, Primera Parte. Sección Derecho, 13-23, luego en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. 1996, vol. 2, 211-228. Aunque en una perspectiva diferente a la de nuestro ordenamiento, puede ser de interés la tesis sobre el derecho francés, de C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*. LGDJ. Paris. 1995. Valga señalar que los derechos pueden ser “adquiridos” en virtud de una ley, de un acto administrativo, o de un contrato administrativo y, por cierto, antes, se adquieren desde el momento en que se posee *la naturaleza humana*, y son los llamados “derechos fundamentales”, o “derechos naturales”, que la Constitución solo los “reconoce”, ya que no es ella quien los confiere, desde que son intrínsecos/naturales a esa “naturaleza humana” como bien lo expresa el artículo 5° inciso 2° de la Constitución de 1980, y ello desde la momento mismo de la concepción.

<sup>10</sup>Vid. nota 6 precedente.

Debe recordarse que ya a fines del siglo XIX la Dirección del Tesoro (antecesora del Consejo de Defensa Fiscal, hoy Consejo de Defensa del Estado) planteaba la idea que los actos que dictaba la autoridad administrativa eran esencialmente revocables.

Ya enseñaba Valentín Letelier –que fuera el primer profesor de la cátedra de derecho administrativo separada de la de constitucional en la Universidad de Chile, hacia 1888– que era insostenible la afirmación de que los actos administrativos son “esencialmente revocables” (Dictamen de 17.4.1894), siendo Fiscal del Tribunal de Cuentas. Decía dicho dictamen que

“es un error vulgar creer que todo los actos del gobierno son esencialmente “revocables”... los actos del gobierno dejan de ser actos de un poder político, semejan más bien “actos de un poder judicial cuando miran al interés particular”; y si no se les quiere convertir en medios de persecución contra los adversarios y en medios de favoritismo para los parciales, se debe mantener en principio su inmodificabilidad..... ¿Qué estabilidad tendrían aquellos derechos particulares que se goza en virtud de declaraciones del Poder Ejecutivo si a cada cambio ministerial quedaran expuestos a revisiones o modificaciones?”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>Vid. v. gr. Dictamen de 17.4.1894, en *Dictámenes*. Imprenta La Ilustración. Santiago de Chile. 1923, 75-76. Me llama la atención esta posición de Letelier de defensa de los derechos de las personas siendo que su visión filosófica y doctrinaria era socialista y, por tanto, estatista. De allí que llama la atención porque él se oponía a la pretensión de los abogados de la Dirección del Tesoro (que luego devendría en Consejo de Defensa Fiscal) de que debían ser tribunales administrativos quienes deberían conocer de los juicios en contra del Fisco, o sea, aquí, de la impugnación de los actos administrativos; esa pretensión ocultaba la de escabullir la justicia y hacerse de jueces propios de la Administración (a la francesa/Consejo de Estado), lo que también era fuertemente impugnada por don Ambrosio Montt, Fiscal de la Corte Suprema en varios de sus “dictámenes” o “vistas” (vid. nuestro *Lo contencioso administrativo* cit. (nota 5 precedente) en donde refiero los dichos de este notable Fiscal de fines del siglo 19, especialmente en las vistas de los casos *Allendes-Carrasco*, de 16.4.1889 (en *Dictámenes* /2 vols. Imprenta Nacional. Santiago de Chile. 1894-1895, vol. II, 261-275), *Larrosa*, de 5.7.1892 (en vol. II, 101-108), *Isla Santa Inés-río Imperial*, de 1°.6.1894 (en vol. II cit. 162-177, especialmente 166-168, también en caso *Cádiz*, de 9.7.1889 (en vol. II cit. 215-231, espec.221 y 226. Ya don Jorge Huneeus Zegers expresaba encendidas críticas ante esa pretensión de *autoridades* administrativas de ejercer potestades jurisdiccionales: vid. *La Constitución ante el Congreso* (2 vols./2a. edición), Imprenta Cervantes. Santiago de Chile. 1890-1891, vol. II, 221-263; también en sus *Estudios sobre derecho comparado*. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile. 1891, cap. VII, 139-141. Nos parece de interés señalar que la expresión del Dictamen de 1894 que usa Letelier, de ser “un error vulgar” que los actos administrativos “son esencialmente revocables” (como sostenía la Dirección del Tesoro de aquel tiempo), viene a ser muy semejante a las expresiones que más de medio siglo después utilizará el maestro M. S. Marienhoff, en su *Tratado de derecho administrativo*(5 vols.). Abeledo Perrot. Buenos Aires. Vol.2 /1959, 578-582, cuando expresa que ello es “irrazonable”, o sea contrario a la razón y va en contra de la idea misma de acto administrativo, el cual no se dicta para ser revocados (sino para satisfacer una necesidad pública), por lo cual no puede afirmarse que sean

Muy cierto cuanto afirmaba el Fiscal Letelier quien, sin decirlo, confirmaba que esos actos administrativos producían “derechos” a los particulares los cuales configuraban para ellos un “derecho de propiedad”, reconocido y protegido por la Constitución de 1833, en su artículo 12 N° 5; y, además, muy cierto, el juicio práctico que agrega en cuanto a que esa revocabilidad, a la disposición de la autoridad administrativa, es un “arma política” temible en sus consecuencias para ejercerla en contra de los opositores, como lo es hoy la potestad sancionadora que las leyes otorgan a las autoridades administrativas, especialmente fiscalizadoras, tan a menudo como livianamente<sup>12</sup>.

De allí que resulta paradójico que la CGR en lugar de sostener la postura del Tribunal de Cuentas (del que era sucesora, en su misma creación de 1927) retomara esa postura de la Dirección del Tesoro decimonónica y su sucesor, el Consejo de Defensa Fiscal, porque en 1964 afirmaba, sin rubor, elevando a “principio de carácter general del derecho administrativo chileno”, esa afirmación de que “los actos administrativos son esencialmente revocables” en el D 9.747, de 10.2.1964, que tengo a la vista. Debo advertir que no he encontrado dictámenes anteriores a 1964, pero puede muy bien que existan. No es el momento aquí de impugnar esta afirmación desde el punto conceptual, además del normativo, frente al texto de la Constitución, pero adelanto que implica un error grave respecto de lo que es un acto administrativo (al hacerlo esencialmente precario, sin adquirir jamás estabilidad) y respecto de los efectos que produce.

---

“esencialmente” revocables ni que la revocación constituya un carácter “esencial” de estos actos... Y aunque no lo dice el maestro argentino, es que tal afirmación revela simplemente su “arbitrariedad”, esto es carencia de razón y obedece al mero capricho del que lo afirma.

Si uno revisa la doctrina italiana de principios del siglo 20, se encontrará que también sostenían algunos autores esta “barbaridad” de ser los actos administrativos “esencialmente revocables” (o sea, que por su “intrínseca naturaleza” están destinados a ser revocados..... y uno se pregunta y, entonces, ¿para que se emiten?); en lógica elemental tal proposición no resiste ningún fundamento, resultando enteramente contradictoria con la idea misma de acto administrativo. Así, v. gr., L. Raggi, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*. Città del Castello. 1904 y su artículo *La revocabilità degli atti amministrativi*, en *Rivista di Diritto Pubblico* 1917, 216ss.; ya más matizado en C. Vitta, *Diritto amministrativo* (2 vol.). Utet. Torino. 1931, vol. 1, 365-375 (edición actualizada en 1965).

<sup>12</sup>Vid. respecto de la potestad sancionadora en mano de las autoridades administrativas, nuestro *¿Es tan delgada la línea que separa “fiscalizar” de juzgar?* en *Gaceta Jurídica* 131/2008, 35-42, más amplio en *Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración*, en *Sanciones administrativas*. X Jornadas de Derecho Administrativo/2013. Universidad de los Andes. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 39-52.

### III. LA NOCIÓN CONTRALORA

La noción contralora de revocación –aun sostenida, ya que la Ley 19.880 no se refiere a ello dado que no da noción alguna– supone (1) un acto administrativo nacido conforme a Derecho, vale decir plenamente “válido”, y (2) que devendría contrario a Derecho por “circunstancias sobrevinientes”, por lo cual (3) la Administración [el órgano que lo emitió] “podrá” dejarlo sin efecto<sup>13</sup>. En otros términos, se daría la “revocación” cuando se produce un “cambio en las circunstancias” que afectarían al acto administrativo nacido válido y que está produciendo sus efectos.

No entro, por el momento, sobre cuáles serían esas circunstancias, si de hecho, si de Derecho, porque mi interés, aquí, en este punto es otro, a saber qué efectos de derecho producirá el acto revocatorio y las razones que fundamentarían esa decisión.

Aun cuando la CGR ha dejado de utilizar en su noción jurisprudencial el fundamento original que sostenía la precedencia de la revocación en razón del interés público o del organismo administrativo específico, interesa profundizar en este aspecto en cuanto a que dicho acto administrativo habría devenido contrario a Derecho en razón de ser contrario al “interés público” o, incluso, al del propio interés del organismo administrativo que ha emitido el acto.

Pues bien, ¿qué se entiende por “interés público”?

Este concepto que introduce la Contraloría General en su Dictamen referido y reiterado a través de los años posteriores, y que los autores toman, en general, sin mayor crítica o discusión, e incluso la Corte Suprema en los casos poco frecuentes en que ha conocido del tema<sup>14</sup>, nos merece muy serios reparos –como esos llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que son verdaderos cotos de arbitrio administrativo rellenables a discreción por el jerarca de turno...– puesto que usualmente termina mostrando la sola voluntad del que lo utiliza al modo del más descarnado absolutismo. Y cuando digo “arbitrio” me refiero a su resultado típico, arbitrario, caprichoso, la mera voluntad sin pizca alguna de racionalidad, o sea de justicia y de respeto por los derechos de las personas, como lo impone a toda autoridad estatal la propia Constitución, a todo “órgano del

---

<sup>13</sup>Adviértase que la L 19.880 no hace obligatoria la “invalidación” de un acto administrativo, desde que utiliza la formas verbal “podrá”, que de suyo no es una forma imperativa de expresarse y, por ende, no está jurídicamente obligada a dictar un acto administrativo invalidatorio. Adviértase, también, que el artículo 53 ha creado una especie de “recurso administrativo” en cuya virtud un particular puede solicitar esa invalidación sin que se le exija probar un interés en ello (cosa que debe llamar la atención, como si se tratara de haber creado una especie de medio de impugnación administrativo “popular”, en el solo interés de la juridicidad o del imperio del Derecho....).

<sup>14</sup>Vid. párrafo V siguiente.

Estado”, en su artículo 1° inciso 4° (“con pleno respeto de los derechos de las personas”, reiterado en su artículo 5° inciso 2°)<sup>15</sup>.

Cierto es que se suele decir que ese interés público o interés general indica que la “revocación” significaría la extinción sobreviniente de un acto administrativo válido en su origen por conformarse al derecho pero “disconforme” posteriormente “por un cambio de circunstancias”, cambio que lo harían “inconveniente o inoportuno”, agregándose la expresión “por razones de mérito”, trayendo “injertos extranjerizantes” (que nada tienen que ver con nuestro ordenamiento jurídico)<sup>16</sup>. Lo que trae otro pro-

---

<sup>15</sup>Valga recordar aquí un fallo señero en su época y que aún conserva vigencia por su exactitud, como es *Rosas Díaz y otros c/Director de Investigaciones de Chile* (Corte Suprema 16.5.1991, en RDJ t. 88/1991, 2.5, 123-134, con comentario nuestro) cuyo considerando Séptimo refleja con claridad meridiana que un acto administrativo que tiene como único apoyo la sola voluntad del funcionario que lo adopta es de suyo arbitrario, porque “dicho apoyo es insuficiente en un Estado de Derecho”, en el cual “no hay margen –por principio– para el poder puramente personal” (redacción abogado integrante Fernando Fueyo Laneri).

<sup>16</sup>Para lo que los autores italianos entienden por *merito* (en italiano no lleva acento) vid., especialmente, el ya clásico M. S. Giannini, *Diritto amministrativo* (2 vol.). Giuffrè. Milano. 1970, vol. 1, 485-490 y 634-639 (con bibliografía); también R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo* (2 vol.). Giuffrè. Milano. 1966, vol.1, 211-212; clásicos en el tema, A. Amorth, *Il merito nell'atto amministrativo*. Giuffrè. Milano. 1939, y V. Ottaviani, artículo *Merito* en *Nuovissimo Digesto Italiano*, t. X/1964, 575ss., de interés, A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo* (varias ediciones) en la 10a.. Jovene.Napoli. 1969, 334-335 y 342 343), P. Virga, *Il provvedimento amministrativo* (4a. ediz.). Giuffrè. Milano. 1972, 378-380), E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*. Giuffrè. Milano. 1950, 69-98, espec. 84-86, más reciente, S. Lariccia, *Diritto amministrativo*. Cedam. Padova. 2000, 378-389 y 474, D. Sorace, *Diritto amministrativo delle Pubbliche Amministrazione*. Il Mulino. Bologna. 2000, 336., y A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di merito*, en *Diritto Amministrativo* (Giuffrè/ Milano) 2008 N° 3, 517-556. Sobre “revoca” vid. Giannini cit. vol. II, 1077-1086 (con bibliogr. en 1085-1086); antes el clásico R. Resta, *La revoca degli atti amministrativi*. Giuffrè. Milano. 1935; también muy reconocido en la materia, R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi* (2a. ediz.). Giuffrè. Milano. 1957, también sus *Principi di diritto amministrativo* cit. vol.1, 400-414); asimismo, F. Paparella, *Revoca*, en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè. Milano) t. XL/1989, 204-232 y bibliogr., más reciente, M. Sinisi, *Il “potere” di revoca*, en *Diritto Amministrativo* cit. 2007 N° 1, 625-663, con exhaustiva bibliogr. en 659-663.

Debe recordarse que la distinción de “legalidad” y “mérito” (conveniencia, oportunidad), de origen italiano, está dada por la distinta jurisdicción que conoce de ambos vicios, o sea es una distinción de origen netamente procesal, que ninguna relación posee con nuestro Derecho; vid. al respecto Giannini, *La giustizia amministrativa*. Jandi Sapi Editori. Roma. 1969, espec., cap. IV, 123-178, también en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIX/1969, 129-295; Alessi, *Principi* cit. vol. 2, 811-820). De allí que el planteamiento contralor –que viene de antiguo– de sostener que conocería de la legalidad de los actos administrativos pero no de su “mérito” (utilizando incluso la terminología italiana) carece de toda justificación normativa, lo que hemos tratado de demostrar ya en 1988 en nuestro *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos* en *Revista de Derecho Público* N°s. 43/44 (1988) 117-130, más ampliamente en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* cit., vol.2, 55-63. Y es que “oportunidad” y “conveniencia” son parte de la *juridicidad del acto administrativo*, ya que ambas se encuentran incluidas en la potestad misma que se ejerce para emitirlo (en el “cuándo”/oportunidad, y en el “qué”/medida que se ha de adoptar para satisfacer la necesidad pública concreta a través de ese acto, según la distinción que yo discurría para explicar la “estructura” de la potestad

blema en cuanto a su extensión, límites, control y afectación de derechos originados lícitamente por ese acto emitido válidamente<sup>17</sup>.

Me interesa recalcar aquí en el término “interés”, en el cual no siempre se detienen los autores. Cuando se habla de *interés* pareciera no advertirse que se está hablando de *algo esencialmente subjetivo*, es decir que depende del criterio, visión o perspectiva del sujeto que vierte su mirada sobre un objeto y que al modo del más desenfrenado individualismo cree que algo “es” porque dicho sujeto “dice que es”, como si sus palabras fueran las del mismo Dios, creador todopoderoso, que dijo “Hágase la luz y la luz fue hecha”<sup>18</sup>. Y algo “subjetivo” no solo no tiene ninguna “densidad conceptual”, que tratándose de la autoridad estatal puede ser impuesta a toda la comunidad nacional, sino que de suyo algo subjetivo es voluble, modificable, cambiante y, por lo tanto, incierto y disputable, controvertible, siempre sujeto a discusión y mudable.

Respecto de lo “público” muchos, por desgracia, confunden lo público con lo estatal<sup>19</sup> siendo que su mismo término lleva a la idea de “pueblo” (*populus, poplicus, publicum*), o sea lo referente a la comunidad, a pueblo, como conjunto de personas, a todas y cada una de ellas.

Es que el término “interés” suele usarse, incluso por el legislador, desde décadas, como una “capa” para cubrir la mera decisión de autotutela declarativa de órganos de la Administración estatal creyendo que solo basta su invocación –al modo de un conjuro mágico (como si fuéramos un pueblo de bárbaros)– para darle apariencia de conformidad a Derecho.

Afortunadamente, desde el mismo siglo 19, bajo la Constitución de 1833<sup>20</sup> y hasta la aparición de la de 1925 (con su hiato monstruoso en el aspecto de ausencia de control jurisdiccional de los actos administrativos), pero cada vez más plenamente desde marzo de 1973 y especialmente al establecerse en 1976 (Acta Constitucional N° 3, de 13.9.1976, artículo 2°, luego artículo 20 de la de 1980) el llamado “recurso de protección” (acción

---

administrativa/quién, cómo, cuándo, por qué, para qué y qué, que ha devenido “una clásica explicación pedagógica” según expresión del profesor L. Cordero Vega, *Lecciones de derecho administrativo*. (2a. ed.). La Ley-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2015, 81).

<sup>17</sup>Es cierto que la letra a) del inciso 2° del artículo 61 declara que no procede en tal caso la revocación por lo cual la inclusión de ese mérito (oportunidad o conveniencia) no hacen al caso y aparecería, entonces, enteramente improcedente.

<sup>18</sup>Según el relato del *Génesis* 1, 3 y todo el capítulo 1, en los diversos aspectos de la creación del universo, de los seres vivientes y del hombre (26-30). Esta pretensión viene ya en los nominalistas, Duns Scoto, Ockham (siglos XIII y XIV) y sus sucesores hasta hoy.

<sup>19</sup>Por influencia hegeliana que tal ni siquiera conocen.

<sup>20</sup>Vid. G. Bocksang, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2015, in totum; incluso respecto de los efectos de la revolución de 1891 y la dictadura de Balmaceda, vid. mi *1891, Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones*, en *Ius Publicum* 27/2011, 71-84, también en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 819-827.

de amparo general) y, con posterioridad, la Ley 18.575, de 5.1.21986, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado (artículo 9°)<sup>21</sup>, hoy es posible, e incluso, como derecho fundamental (artículo 19 N° 3), impugnar los actos administrativos, también los revocatorios, en cuanto afecten un derecho fundamental siendo revisable y controlable esa “inconveniencia” o “inoportunidad” invocada como fundamento para su dictación.

Y no solo ello sino, además, serán revisados esos actos de “revocación” en cuanto han de ser debidamente “fundamentados” (conforme con lo dispuesto por los artículos 11 inciso 2°, 16 inciso 1° y 41 inciso 4° de la Ley 19.880) para que sean conformes a Derecho. Y “fundamentar” el acto administrativo significa *justificar* su dictación, esto es expresar las razones fácticas y jurídicas que han impulsado a la Administración a emitirlo, o sea indicar formal y explícitamente en sus vistos y considerandos qué hechos y qué normas son las que han llevado a su dictación<sup>22</sup>. Todo ello controlable por el tribunal de justicia, tercero independiente e imparcial que evalúa primero la existencia de ellos y luego, su razonabilidad, esto es su carencia de arbitrariedad, desde que la misma Constitución en su artículo 19 N° 2 inciso 1° reconoce clarísimamente como derecho fundamental de toda persona la “igualdad ante la ley” y en su inciso 2° dispone que “Ni la ley ni autoridad alguna” (aquí las autoridades administrativas) podrán establecer “diferencias arbitrarias”. Y recuérdese que su artículo 7° declara la “nulidad” de todo acto que la contraviene (inciso 3°), y dictar un acto administrativo contrario a Derecho (a la Constitución y normas dictadas en su conformidad/artículo 6°), arbitrario y/o ilegal, supone, entre otros vicios, la “incompetencia” del órgano que lo dictó, siendo que la Constitución de manera bien tajante dispone que “Los órganos del Estado actúan válidamente” “dentro de su competencia” (inciso 1°), la cual le ha de ser conferida de manera previa a su actuar y expresamente por la Constitución o las leyes (inciso 2°).

---

<sup>21</sup>Artículo que dispone la impugnabilidad de todo acto administrativo (sea trámite o terminal, y cualquiera forma que asuma) en concordancia con el principio constitucional establecido en el artículo 73/76 de la Constitución, de la plenitud jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia.

<sup>22</sup>Sobre la “fundamentación” de los actos administrativos como elemento intrínseco de los actos administrativos, puede verse *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 430-436, más ampliamente, *Los fundamentos del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 41/2018, 87-107, con amplia referencia a la jurisprudencia contralora y judicial. Ha de señalarse que “justificar” es probar algo con razones, y estas han de ser coherentes tanto desde el punto de vista lógico como también desde el punto de vista de su finalidad y de acuerdo o conforme con medios idóneos, proporcionados y que se adecuen a ese fin, que es el que el Derecho ha previsto según la Constitución, fin que se ordena al bien común, o sea al bien de las personas y de toda la persona, como miembro de la comunidad política, tanto en su aspecto espiritual como material.

Y este control de juridicidad practicado por los tribunales de justicia ha de comprobar su adecuación de Derecho, obviamente, de todo aquello que se hable de “oportunidad”, “conveniencia”, “mérito”, ya que todo ello es parte de la debida “juridicidad” a la que debe sujetarse una autoridad administrativa (artículos 1º inciso 4º, 5º inciso 2º, 6º incisos 1º y 2º y 7º incisos 1º y 2º de la Constitución), y los tribunales de justicia en nuestro ordenamiento jurídico están habilitados por la propia Constitución, de manera expresa (artículo 73/76), de la “plenitud jurisdiccional” para conocer de toda causa, cualquiera sea la parte que sea llevada a ellos, incluidas las autoridades administrativas, cualquiera sea su naturaleza, su jerarquía o la función que desempeñen. Por lo demás, ello es lo propio de un Estado de Derecho en que rija el Derecho y no la voluntad despótica de un jerarca de turno<sup>23</sup>.

#### IV. EL GIRO CONTRALOR: LA REVOCACIÓN COMO EXTINCIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR SER “INCONVENIENTE” O “INOPORTUNO”

Sea que se entienda que el acto administrativo, por un cambio de circunstancias sobreviniente, deviene contrario a derecho por ser contrario al interés general/público, y deba revocarse, sea porque a causa de tal modificación en sus circunstancias, deviene “inconveniente” o “inoportuno”, o incluso “inútil”, tales circunstancias, según la visión contralora, permitirían su revocación.

La introducción de esta nueva perspectiva, esto es de estimar que por dicho cambio de circunstancias el acto deviene “inconveniente” o “inoportuno” proviene de lo que desde hace década denomino un *injerto extranjerizante*, y esta vez, no francés como suele ser más frecuente, sino italiano.

En efecto, ha sido la doctrina italiana, y ya desde comienzos del siglo XX, la que desarrollando la teoría del acto administrativo al referirse a la extinción de los actos administrativos, planteaba que la propia

---

<sup>23</sup>El pretender como hasta hoy sostienen algunos de que ello corresponde a la Administración significa que nadie lo podría fiscalizar y, por lo tanto, tendrían a su respecto una verdadera *inmunidad jurisdiccional*, lo que bajo la Constitución de 1980 es imposible de afirmar, de solo leer –con honestidad y mínima seriedad intelectual– sus artículos 1º inciso 4º, 5º inciso 2º, 6º, 7º y 73/76, sin perjuicio de su artículo 19 en sus números 2, 3 incisos 1º, 5º y 6º, y en su artículo 20, 87 y 88/98 y 99, entre otros. Toda la Administración está sujeta a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, y todos sus actos (no solo en algunos de sus aspectos sino en todos ellos), sin excepción, pueden ser llevados a los tribunales de justicia (sean ordinarios o especiales, v. gr. tributarios o aduaneros o laborales) para que sea declarada en un debido proceso y de modo definitivo, su conformidad o disconformidad a Derecho (artículo 73/76 cit. y artículo 9º/10º de la Ley 18.575, de Bases de la Administración del Estado.

autoridad que había emitido un acto podía revocarlo, distinguiendo si tal revocación era por razones de “ilegitimidad/*illegitimità*” o por razones de *merito* (término que la doctrina italiana utiliza para indicar el carácter de “inconveniente” o “inoportuno”, entendiendo dicha doctrina que este caso no significa que por tal motivo el acto hubiera devenido contrario a derecho).

Ha de señalarse que esta distinción tenía consecuencias procesales por cuanto la impugnación de los actos administrativos revocados por la propia autoridad administrativa en razón de ilegitimidad/contrariedad a Derecho, era conocida por los tribunales de justicia, en cambio la impugnación de los actos revocados en razón de *merito* era conocida por el Consiglio di Stato. Además, esta distinción partía de la base que la revocación por “mérito” implicaba la referencia a actos que habían sido dictados con componentes discrecionales, o sea incidían más que en la “legalidad” (como se decía) del actuar de la Administración, en la “eficacia” de su actuación. Entiéndase bien que estamos hablando de un contexto de hace un siglo –por lo menos hace unos 80 años– y con desarrollos doctrinarios de otra época y en otras circunstancias histórico-políticas.

Me llama la atención que no se haya puesto la debida atención en que, en la referida dicotomía, lo “inconveniente” o “inoportuno” envuelve de suyo que el acto que tal se estima se torna “contrario a Derecho”, por lo cual no cabría propiamente esta causal de revocación por mérito sino que habría que aplicar la revocación por ilegitimidad/ilegalidad. No cabe sostener, ni lógica ni normativamente, que un acto administrativo que es o resulta “inconveniente” o “inoportuno” sea conforme a Derecho, desde que en ambos casos se está frente a una infracción al ordenamiento jurídico desde que tanto la “oportunidad” como la “conveniencia”/idoneidad, eficacia, *son partes intrínsecas de su legalidad* puesto que son parte de la esencia misma de la potestad que ha sido ejercida para su dictación<sup>24</sup>.

Y lo afirmado tiene una explicación muy clara y coherente. En efecto, la potestad, que es una de las llamadas “situaciones subjetivas”, junto al derecho subjetivo, al estatus, a la carga, entre otras, tiene una característica que la distingue muy claramente de las otras, como es que se trata de *un poder-deber finalizado*, esto es un poder jurídico de ejercicio obligado y en beneficio de un tercero, desde que lo constituye un deber y con la finalidad de favorecer, beneficiar a un tercero. Se ve claro en el ámbito privado en la noción de “patria potestad”, un poder otorgado a los padres en beneficio de sus hijos. Pues bien, en la llamada “potestad

---

<sup>24</sup>Es útil recordar aquí la abundante jurisprudencia contralora en el tema de estos últimos treinta años, es decir entre 1990 y 2020, v. gr., entre otros, 917/1990, 2066/1991, 29223/1992, 19516/1994, 15553 y 39287/ambos 1995, 1710/1997 importante, 4614/2004, 2641/2005, importante, 8058/2009, 1545/2010, 56728/2011, 35081/2014, 3590/2017, 15331/2018, 30800/2019 y 11273/2020.

pública” y, específicamente, en la “potestad administrativa”, ese poder jurídico otorgado a un órgano administrativo le es conferido por la ley con el preciso “fin” de “satisfacer una necesidad pública”, esto es aquella que el legislador le impone a un determinado organismo de la Administración para que obtenga su satisfacción, que es una necesidad que experimentan los miembros de la comunidad política y que se estima que debe ser resuelta por el Estado, dado que los particulares no están en condiciones de hacerlo o no les corresponde.

De allí que es un “poder”, que supone imposición, “deber”, porque le es obligado ejercerlo y “finalizado al bien de un tercero”, la comunidad nacional, por cuanto le ha sido conferido y está destinado a satisfacer necesidades públicas, necesidades de los miembros de dicha comunidad.

Explicado ello, debe recordarse que esta potestad pública posee una “estructura interna” bien típica, que puede ser descrita a través de lo que Aristóteles llamaba “categorías”, y que inciden muy gráficamente en la explicación, a saber que la potestad es atribuida a un “quién”, que es el órgano administrativo que debe ejercerla (será el titular del organismo, y se habla de una potestad “concentrada” o podrá ser conferida a un órgano inferior jerárquico, v. gr. Director de Obras, en una municipalidad, y será una potestad “desconcentrada”), quien la ejercerá a través de una “forma”, es decir el “procedimiento”, en un momento, ocasión, tiempo, determinado, el “cuándo”, o sea cuando se produzca la necesidad pública concreta prevista dentro de las funciones del organismo de que se trata, necesidad que es un “hecho” (el “por qué” ha de actuar), y para una “finalidad” bien precisa (el “para qué”/fin), que no es otra que satisfacer dicha necesidad pública y satisfacerla de manera oportuna (“cuándo”) y eficaz, esto es con las “medidas idóneas” (el “qué”), que resuelva concretamente (de modo “conveniente”) esa necesidad<sup>25</sup>.

Se advierte clarísimamente que tanto la “conveniencia” como la “oportunidad” son “elementos intrínsecos” de la potestad administrativa, vale decir del poder-deber jurídico que la ley le atribuye al órgano administrativo, por lo cual no está a su disposición libre y, en consecuencia, dado que está sujeto a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, toda su actuación está vinculada a ella y lo que no se aviene con ella la viola la vulnera, la infringe y, por tanto, no cabe sostener que pueda volver sobre sus actos como si no existieran sus destinatarios y los derechos que les han sido otorgados o reconocidos y que han ingresado, por ende, a su patrimonio, deviniendo intangibles, desde que han sido *adquiridos a través de un acto válido*, como es lo que se plantea en la pretendida “revocación” (que pareciera no tener mucha consistencia conceptual).

De cómo esta idea italiana se “injerta” en la visión contralora.

---

<sup>25</sup>Vid. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 281-291 y su explicación detallada.

Pudiera llamar la atención el que la visión italiana del tema haya sido adoptada sin mayor problema por la CGR, pero es que hay allí un punto que permite comprenderlo muy bien.

Ya desde la década de los años 50, y tal vez antes, esa función contralora de “velar por la legalidad de los actos de la Administración”, proveniente de su propia ley orgánica<sup>26</sup>, fue entendida como un velar por la “legalidad formal” de los decretos y resoluciones de las autoridades administrativas, sin entrar a controlar el “mérito” de esas decisiones, puesto que se aceptó que esto era de competencia exclusiva de estas autoridades, careciendo la CGR de las potestades para entrar a fiscalizar esos aspectos de “conveniencia” u “oportunidad”. Por ello es que se admitirá la “revocación” por parte de la Administración en cuanto esta causal de extinción de los actos administrativos incidía, precisamente, en materias de mérito, materia de exclusiva decisión de la autoridad ejecutiva<sup>27</sup>.

También ello encaja muy bien con aquello de que los “actos administrativos son esencialmente revocables”, que –como hemos referido en líneas precedentes– ya en 1964 se afirma con el carácter de “principio de carácter general del derecho administrativo chileno” (una verdadera monstruosidad en un régimen de derecho, como indicáramos).

Si bien ello podía constituir, y constituía en la práctica, una seria afectación de los derechos de los destinatarios de los actos administrativos –al no adquirir jamás estabilidad– ya bajo la Constitución de 1980, con la introducción de la acción constitucional de amparo general/recurso de protección (artículo 20) y el conocimiento amplio que los Tribunales Superiores de Justicia hicieron de la impugnación de los actos administrativos, incluso en el ejercicio de elementos discrecionales de las potestades ejercidas al emitirlos, entró en el corazón del derecho público el control

---

<sup>26</sup>V. gr., DFL/H N° 2.960 bis/1928, artículo 8°, y ya con redacción que perdurará en DL 258/1932, artículo 1°, que pasará a la N° 10.336, de 1952, texto refundido de 1964 aún vigente, artículo 1°, y a la Constitución de 1925, artículo 21, inciso 2°, por reforma de la Ley 7727/1943, y hoy con mejor redacción a la de 1980, artículo 87/98.

<sup>27</sup>Valga señalar que el DL 1.263/228.11.1975, orgánico de la Administración Financiera del Estado, en su artículo 52 establecía que a la CGR le correspondía el control financiero del Estado, el cual se ejercería “fundamentalmente” mediante la auditoría operativa “que fiscalizará los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos...”, pudiendo –según su artículo 53– “exigir a los servicios públicos sujetos a su fiscalización, los informes necesarios que le permitan el adecuado análisis de los ingresos gastos, costos, rendimientos y resultados de su gestión”. Dado que se produjeron problemas y diferendos en la aplicación de esas normas, y para esclarecer debidamente el ámbito de competencias de lo administrativo y lo contralor, la Ley 19.817/26.7.2002 (artículo 4° N° 1), dispuso que la CGR “con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas” (es el artículo 21B, introducido en la Ley 10.336/orgánica constitucional de la CGR, por la referida Ley 19.817). Esto es, CGR “carece de competencia” para controlar los aspectos de “mérito” y de “conveniencia” de las decisiones administrativas, lo que no le impide controlar que las tales decisiones estén debidamente “fundamentadas”, como lo exige la Ley 19.880, artículos 11, 16 y 41 inciso 4°.

jurisdiccional de *todos los aspectos* de estas decisiones administrativas, tanto “legalidad” como “conveniencia” y “oportunidad”. Pero sin que la CGR pretendiera entrar en este punto, dedicada solo al control jurídico de los decretos supremos y resoluciones en su aspecto formal<sup>28</sup>.

Dada la “constitucionalización” de todo el Derecho que significó el recurso de protección, el derecho administrativo también debió acostumbrarse a plantear el control de los actos administrativos en toda su amplitud; de allí que nosotros pensáramos en otro tiempo (década de los años 70 del siglo pasado) que había en esa postura contralora una especie de “autolimitación” de sus funciones de fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración, atendido que los tribunales de justicia omitían dicho control. Y lo sosteníamos tanto más que las potestades de poder público que la ley otorga a los órganos de la Administración les han sido conferidas para satisfacer las necesidades públicas, esto es aquellas que el legislador ha dispuesto que sean satisfechas por un órgano de esa Administración. Y satisfacción que ha de ser oportuna, eficaz y por medios idóneos, de tal modo que sea efectiva en la realidad. En otros términos, lo sosteníamos porque en aquella época y siempre, no existe esa dicotomía de “legalidad” y “mérito”, porque el mérito es parte integrante e intrínseca de aquella legalidad, propiamente “juridicidad” desde que está infundida desde la Constitución misma al plantear esta, de modo imperativo, que el Estado y su Administración “están al servicio de la persona humana” (artículo 1º inciso 4º) y su función propia es “promover el bien común” (*idem*) debiendo actuar en ello “con pleno respecto de los derechos de las personas” (*idem*), incluidos aquellos que “emanan de la naturaleza humana” (artículo 5º inciso 2º), siendo estos “un límite” al poder del Estado (*idem*, inciso 1º).

## V. LO QUE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL DICE RESPECTO DE LA REVOCACIÓN

No es muy abundante el tema en la jurisprudencia judicial en esta causal de extinción de los actos administrativos como sí lo es en el tema de la invalidación, que es sobreabundante.

---

<sup>28</sup>Especialmente que la Constitución de 1980 esclareció muchísimo el tema al determinar con precisión los “requisitos de validez” de los actos de los órganos del Estado, en su artículo 7º al disponer en su inciso 1º que ellos son la “investidura regular” de sus integrantes, la “competencia” de ellos y “la forma que prescriba la ley”, es decir el “debido procedimiento”. Sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, por esa época, vid. P. Alarcón J., *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*. ConoSur Ltda. Santiago de Chile. 2001; véase, también, más reciente, F. Huepe A., *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2018.

De lo que se puede espigar en los últimos diez a quince años, son más bien escasos los fallos que inciden en el tema.

Con anterioridad a la Ley 19.880 y su artículo 61 referente a la revocación, aparece de interés *Lagos Barlari c/ Secretaría Regional de Educación de la Va. Región y otra* (Corte Suprema 2.9.1997, en RDJ t.94/1997, 2.5, 127-134, protección que incidía, curiosamente, en una omisión de revocar de la recurrida una decisión a que había sido instada por dictamen de la CGR, omisión que la Corte declarara ilegal. No obstante tratarse de una revocación que debía efectuarse por la autoridad recurrida, el caso incide más en la obligatoriedad de los dictámenes contralores, pero en todo caso se trata el tema de la revocación (término usado sin mayor tecnicismo, porque propiamente siendo “ilegal” el acto dictado debía procederse propiamente a una invalidación).

En *Consejo de Defensa del Estado c/Lucero Gómez y otra* (Corte Suprema 14.5.2008, rol 7055-2007), se contiene indirectamente algo de interés, como es que quien es beneficiario de una subvención a la educación privada, una vez devengada por reunirse los requisitos legales exigidos, los fondos adquiridos son de su propiedad, e integran su patrimonio, por lo cual pueden ser embargados, ya que han dejado de ser fondos públicos. Lo que indica que los derechos adquiridos en tal virtud no están a la disposición de la autoridad administrativa que “reconoció” ese beneficio. Y digo con precisión “reconoció” por cuanto cumplidos los requisitos legales por el beneficiario tiene “el derecho” para exigir de la autoridad el pago correspondiente previsto al efecto.

En el 2007 encontramos *Hernández Gallegos c/Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar* (Corte Suprema, 29.10.2007, rol 4.800-2007, ministros R. Gálvez, A. Oyarzún, H. Carreño, P. Pierry y abog. int. O. Herrera), recurso de protección que incidía en la pretensión de ilegalidad de un certificado de recepción definitiva de un inmueble, y en el cual el tribunal supremo afirma que no cabe dejarlo sin efecto desde que es conforme a Derecho por cuanto al hacerlo la autoridad administrativa afectaría “la garantía del derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, que se tiene no sobre el certificado de recepción definitiva sino sobre el ejercicio del derecho de dominio sobre el inmueble en que el permiso recae y que este ha habilitado”. Es importante advertir que la Corte Suprema reconoce que no cabe dejar sin efecto actos administrativos que confieren o “reconocen” derechos a los destinatarios de ellos (como en este caso) porque hay derecho de propiedad sobre sus “efectos”, que son “bienes incorporales” si bien no utiliza un lenguaje técnico; valga señalar que ese certificado de recepción definitiva de una obra es un “acto administrativo propiamente tal” y sus “efectos” que son “bienes incorporales” son los que originan para su beneficiario el “derecho de propiedad” (constitucionalmente reconocido en su artículo 19 N° 24 inciso 1º), que deviene intangible (salvo expropiación, dispuesta

conforme a las expresas normas fundamentales previstas, incisos 3° a 5° del artículo 1 N° 24 cit.)<sup>29</sup>.

En Corte Suprema 18.5.2009, rol 2614-2009, se acepta la revocación si el cambio de circunstancias ha sido imprevisto y el acto administrativo en su contenido no resulta posible en su aplicación. Llama la atención este fallo porque por una parte, es coetáneo a la invención suprema del “decaimiento” como forma de extinción de los actos administrativos, y hay no poca confusión, además, en cuanto forma de extinción, porque si el contenido del acto resulta de imposible aplicación, porque v. gr., si desaparece su objeto por ese “cambio de circunstancia”, en tal caso no procede ni “revocarlo” porque se extingue por causa natural, como es la desaparición del objeto, ni tampoco declarar su “decaimiento”, porque no es que “decae” su energía (como si se “desinflara”) sino que desaparece su objeto y, por cierto, su fin, que es la causa misma de su dictación. Hay, pues, una “causa natural” de extinción<sup>30</sup>.

En *Figuroa Pozzi c/Isapre Banmédica S. A.* (Corte Suprema 29.7.2011, rol 6379-2009) el tribunal se explaya en cuanto a que para que sea procedente la revocación es requisito esencial de ella el que la Administración posea “la disponibilidad” de los efectos del acto. No parece muy técnica la formulación suprema porque hablar de “disponibilidad” significa que, después de dictarse el acto administrativo de que se trata, el beneficiario o el afectado como gravamen/sanción, carece de todo derecho a su estabilidad y queda a la “discreción” de ese autor, a su sujeción total, volviendo

---

<sup>29</sup>El considerando 1° de este fallo señala a la letra: “Que si bien la recepción definitiva, al igual que las autorizaciones administrativas en general, no constituyen actos administrativos que incorporen derechos en el patrimonio del interesado, ya que se trata de la remoción de obstáculos que la norma ha puesto para el ejercicio de un derecho anterior como lo es, en este caso, el derecho de dominio sobre el inmueble del que se es propietario, constituyen lo que en doctrina se conoce como 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.” No es exacto lo que dice la sentencia respecto de que tales actos “no incorporan derechos en el patrimonio del interesado”, porque las autorizaciones nada menos que permiten “el ejercicio del derecho preexistente”, incorporando a su patrimonio precisamente el “ejercer” ese derecho, ejercicio que viene a ser el “efecto jurídico” de la autorización, y por tanto un “bien incorporal”, sobre el cual tiene un “derecho de propiedad” (artículo 19 N° 24 inciso 1° cit.). Debo agradecer al estimado colega profesor don Pablo Alarcón J. el texto del fallo *Hérrandez Gallego* cit.

<sup>30</sup>Sobre “decaimiento”, vid. H. Olguín Juárez cit. (nota 1 precedente), D. Piccinini García, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1968, H. Caldera Delgado, *Manual de derecho administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1979, 192, E. Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1995, más reciente R. Horn Santander, *El decaimiento del acto administrativo como una causal natural de extinción de los mismos*, en *Ius Publicum* 37/2016, 115-124, y nuestro *El decaimiento en el derecho administrativo chileno. ¿Extinción del procedimiento administrativo? ¿Extinción del acto administrativo? Del Derecho como literatura de ficción*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* vol. 2020 (Universidad del Desarrollo) (en prensa).

al fatídico seudoprincipio de que “los actos administrativos son esencialmente revocables”. Además, si se atiende a la Ley 19.880, su artículo 61 inciso 2º, no cabe afirmar tal “disponibilidad”, porque en la práctica viene a concluirse que simplemente no existe. Y aún si se admite que el acto fuera “ilegal”, o sea contrario a Derecho, en su origen o posteriormente, solo cabría la “invalidación” y no la “revocación”.

Más reciente, *Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier* (Corte Suprema 23.6.2020, rol 39.182-2019, ministros Sandoval, Vivanco, Muñoz P. y abog. int. Lagos y Pierry/redactor, en *Ius Publicum* 45/2020, con comentario nuestro), protección acogida por haberse “revocado” un acto administrativo que debía haber sido “invalidado” (con su procedimiento especial, artículo 53 Ley 19.880), por lo cual se ordena a recurrida proceder a dejar sin efecto el acto revocatorio e iniciar el debido procedimiento de invalidación.

En este caso, la Corte Suprema (considerando 5º) se explaya sobre esta causal de extinción diciendo que “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 se destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata –y aquí cita un fallo anterior– de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad/invalidación” (Corte Suprema, Rol N° 4.800-2007)<sup>31</sup>.

Llama la atención este fallo por varias incoherencias que saltan a la vista. Primeramente, no obstante que transcribe el artículo 61 de la Ley 19.880, cuyo inciso 2º dispone los casos en que no procede la revocación –que atenúa su aplicación hasta hacerla desaparecer–, no saca la consecuencia de que hoy no es posible afirmarla como causal de extinción de un acto administrativo (de admitirla nos parece más un caso de laboratorio, como lo veremos en el próximo parágrafo VI). Luego, señala, citando un fallo de hace más de una década (rol 4.800-2007, referido hace un instante), que la sola excepción a la potestad revocatoria sería el de los “actos favorables” a sus destinatarios, como si solo ellos produjeran efectos adquiridos, cuando igualmente lo producen los actos “desfavorables” como los actos sanción, que no pueden libremente ser dejados sin efecto por la autoridad, dados los principios, entre otros, del *non bis in idem* o de la *reformatio in pejus*

---

<sup>31</sup>La cita de este rol se refiere a *Hernández Gallegos c/Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar*, fallo de 29.10.2007.

que constituyen propiamente “derechos” de quienes han sido sancionados por la autoridad administrativa<sup>32</sup>.

En tercer lugar, parece no advertir el fallo que la noción contralora de revocación que acepta, hoy no es compatible con la Ley 19.880, artículo 61 y, por tanto, no sirve para fundamentar ningún considerando judicial, porque viene a admitir la primacía de un acto administrativo (dictamen contralor) por sobre un texto de ley, lo que es inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico. Por último, no puede dejarse de indicar que admitir la “revocación” (al igual que la “invalidación”) significa admitir que los actos administrativos carecen de “estabilidad” jurídica y, por ende, desaparece la “seguridad jurídica” a su respecto, quedando sus destinatarios a la merced, discreción, arbitrio o capricho del jerarca de turno, lo que es, igualmente, inadmisibles en un Estado de Derecho, como el que la Constitución de 1980 ha estructurado<sup>33</sup>.

## VI. PERO ¿SE SOSTIENE EN DERECHO, Y CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN, LA NOCIÓN DE “REVOCACIÓN”?

El inciso 1º del artículo 61 de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos (ley de efectos supletorios), dispone textualmente que “Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado”, es decir plantea la regla general de que todo acto administrativo puede ser revocado, esto es dejado sin efecto. De ello se sigue, sin ningún esfuerzo intelectual mayor, que todos los actos administrativos son esencialmente *revocables*, es decir precarios, careciendo totalmente de estabilidad, permanencia y definitividad, en una palabra nunca quedan firmes<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup>Recuérdese el caso *Ramírez Fuentes c/Municipalidad de Huechuraba* (Corte de Apelaciones de Santiago, 14.4.2005, confirmada por la Corte Suprema 29.6.2005, en *Publicum* 16/2006, 235-240, con comentario nuestro).

<sup>33</sup>Nótese que la “revocación” carece de plazo para ser ejercida, tanto en la formulación contralora como en la ley 19.880; a la “invalidación”, en cambio, la ley le ha impuesto a la autoridad administrativa que haya dictado un acto que cree que es ilegal un plazo de dos años para ser ejercida contados desde su notificación o publicación, plazo que es extremadamente extenso para mantener la “precariedad” e “inestabilidad” de sus efectos (piénsese en materia de urbanismo/construcción de inmuebles, o en materia ambiental, etc.), y que contrasta violentamente con los plazos que la ley suele establecer para recurrir en contra de los actos administrativos...

<sup>34</sup>Esto lo hemos afirmado repetidas veces respecto de la “invalidación”, desde 1988 (vid. nota 1 precedente), y bajo la vigencia de la Ley 19.880/2003 en *¿Aleluya o miserere?* en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 467-476. Ha de señalarse que ni siquiera el Dictamen contralor de 1966 cit. conceptualizaba la “revocación” de los actos administrativos por parte de la Administración de manera general y tan amplia, ya que precisaba “por razones de interés general”; cierto es que esta expresión es tan vaga que podía cubrir cualquier motivo o circunstancia, o sea cualquier cosa. Sobre este artículo 61 cit. vid. J. L. Lara A. - C. Helfmann

Este solo enunciado legal implica una vulneración tajante a precisas normas de la Constitución pero, además, una antinomia o incoherencia patente con la noción de acto administrativo, cualquiera sea esta.

- (a) En efecto, la sola afirmación que hace este artículo 61 en su inciso 1° choca frontalmente con la “noción” misma de acto administrativo, sea que se entienda este en su versión meramente positivista, formal, como una declaración orgánica unilateral de la Administración para satisfacer una necesidad pública y que produce efectos jurídicos (Ley 19.880, artículo 3°, inciso 2°) sea que se entienda en una visión sustancial, que surge de la propia Constitución, en cuanto a su contenido mismo, como una ordenación racional unilateral emitida por un sujeto dotado de potestades administrativas, para satisfacer una necesidad pública y que produce efectos jurídicos directos<sup>35</sup>.

En ambas perspectivas la noción misma de acto administrativo supone que “produce efectos jurídicos”, porque para eso (finalidad) ha sido emitido por un órgano de la Administración. Y esos efectos jurídicos son los que van a ser afectados por el acto posterior de “revocación”, afectación de derechos de los destinatarios que o bien han “nacido” a raíz de un acto administrativo emitido válidamente, es decir, conforme a Derecho que se va a revocar, o bien que han sido “reconocidos” por este mismo acto si se tratara de un acto v. gr. autorizatorio, para ejercer ese derecho porque se han cumplido todos los requisitos que la ley ha previsto para su ejercicio. Y no se olvide que la revocación supone intrínsecamente un “acto emitido válidamente”, esto es conforme a Derecho.

- (b) Y en plena concordancia con lo anterior, debe señalarse que si el acto administrativo produce “efectos jurídicos”, esos efectos son “bienes incorpóreos” (cosa que nadie discute, a mi conocimiento) y en cuanto tales *ingresan al patrimonio* de sus destinatarios y, por tanto, configuran *derecho de propiedad* de ellos, intangibles, según la propia Constitución (artículo 19 N° 24 inciso 1°) ya que difícilmente serán expropiables (lo que será posible solo en la medida que se cumplan todos los requisitos que la Constitución establece para ello).
- (c) Aquí viene un punto que merece detenernos para precisarlo. ¿Es posible admitir en nuestro Derecho que por la revocación desaparezcan hacia el futuro (*ex nunc*) los efectos del acto válido, que se

---

M., *Ley de procedimiento administrativo* (2 vols.). (2a. ed.). Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2015, 1218-1255, con abundante jurisprudencia contralora y alguna judicial; vid. también, J. C. Flores R., *La potestad revocatoria de los actos administrativos*, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) N° 1/2017, 199-222, el único trabajo específico –a mi conocimiento– sobre el tema entre nosotros.

<sup>35</sup>Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit., 281-291 y su explicación detallada.

siguen produciendo, porque habrían sobrevenido “un cambio de circunstancias” que lo harían “inoportuno o “inconveniente”? Debe recordarse que el D 89.271/1966 reconocía que la revocación tenía “límites” como los “derechos adquiridos de los destinatarios”, por lo cual no procedía en tales circunstancias, a menos que el interés público lo exigiera, caso en el cual debían ser “compensados” por la desaparición *ex nunc*, hacia el futuro, de los efectos que no se seguirían produciendo en razón del acto revocatorio. Si se advierte, dicho D reconocía claramente que habían derechos que no podían ser pura y simplemente cercenados de sus destinatarios sin que hubiera la necesaria indemnización, porque constituía una “privación de un derecho de propiedad”, protegido expresamente por la Constitución (en aquella época la de 1925, artículo 10 N° 10). Pero lo que no advertía dicho D y parece no advertir hoy ni la CGR ni los jueces, es que si la revocación pretende cercenar derechos de los destinatarios, válidamente adquiridos, como es lo que se plantea en la revocación, ello necesita previamente la existencia de una “ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador” y, ciertamente, mediando la correspondiente indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o por sentencia judicial (artículo 19 N° 26 incisos 3° y 4° de la Constitución). *Y no existiendo dicha ley, no cabe, en consecuencia, proceder a la revocación de un acto administrativo, sea por inoportuno, inconveniente o inútil.* En nuestro Derecho no se sostiene, por tanto, afirmar la revocación como causal de extinción de los actos administrativos, así de simple.

Pero lo dispuesto por dicho inciso 1° pareciera que su inciso 2° lo desmiente de modo directo y sin discusión. Porque, luego de proclamar de modo pomposo y rotundo que “Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere emitido”, su inciso 2°, en tres literales, dispone que “La revocación no procederá en los siguientes casos”.

Pues bien, su letra a), precisamente, declara que no procede “cuando se trata de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”. Justamente lo que venimos de señalar en el punto precedente.

En otros términos, primeramente, reconoce que los actos administrativos producen “derechos adquiridos”, lo que es notable y, por cierto, es reconfortante, y lo señala con esos precisos términos; luego, dispone que no cabe revocar actos que hayan producido esos derechos adquiridos “legítimamente”, o sea a través de un acto administrativo emitido conforme a Derecho<sup>36</sup>; y en tercer lugar, que no cabe sostener o asilarse

---

<sup>36</sup>“Derechos adquiridos legítimamente”: curiosa la fórmula usada, porque el estatismo contralor –no así la Corte Suprema– ha sostenido que no cabe que un acto administrativo

para ejercer una pretendida potestad revocatoria en aquello del “cambio de circunstancias”, porque “adquiridos legítimamente” (válidamente) esos derechos por un acto administrativo válido (sea que los conceda o los reconozca), los efectos jurídicos que se están produciendo seguirán produciéndose, sin que puedan ser cercenados, en otras palabras, nada de invocar términos como “inoportuno”, “inconveniente” o “inútil”. Como se ve, esta sola letra ha sido desde el 29.5.2003 y aún lo es, un golpe de muerte a la pretendida revocación tanto en la visión contralora como judicial. Curiosamente, tanto una como la otra siguen aplicándola como si el artículo 61 de la Ley 19.880 no existiera. Una muestra más de cómo “legislan” a espaldas de la Constitución y sin tener la más mínima potestad para hacerlo, vulnerándola de modo patente<sup>37</sup>.

Sus letras b) y c) señalan otros dos casos de improcedencia de la “revocación”. La letra (b) dispone la improcedencia de la revocación “cuando la ley ha determinado expresamente otra forma de extinción de los casos”, como ocurre en nuestro ordenamiento cuando se ha previsto la llamada “caducidad”, es decir la extinción de un acto administrativo por no haber cumplido, v.gr. su destinatario, una condición o un plazo, o ambos, que la ley ha configurado para que los derechos provisorios que tiene devengan en definitivos<sup>38</sup>, lo que aparece en realidad bien obvio y no

---

contrario a Derecho pueda originar derechos para sus destinatarios, por lo cual su autor “debe” invalidarlo, dejándolo sin efecto, y ello con efecto retroactivo, pues ha sido ilegal desde su emisión misma. La Corte Suprema, con muy buen criterio, ya desde 1984 sostenía que no cabía dejar sin efecto por sí y ante sí la Administración (Instituto de Normalización Previsional/ INP) pensiones de invalidez por sostener que había fraude del beneficiario, ya que su deber era ir a los tribunales del crimen y denunciar ante ellos el fraude y su autor para que el juez en un debido proceso y al conocer el asunto pudiera decretar v. gr., como medida *in limine*, la suspensión del pago. Y es que se supone/presume la inocencia por una parte y, además, resulta necesario indagar si la ilegalidad del acto se debe a un error de la Administración o a una maquinación fraudulenta del pretendido beneficiario (como ocultar información, presentar documentos falsos, o haber habido suplantación de personas). En otros términos, si hay “buena fe” del destinatario del acto ilegal, esto es no haber participado en el error incurrido por la autoridad al emitirlo, no cabe exigirle que restituya lo obtenido por el acto referido, y en un debido proceso deberá decidirse si el acto es ilegal o no, y si lo es aparecerá de justicia que desde que el fallo esté ejecutoriado, cese de percibirse el beneficio en cuestión. Como decíamos en aquella ocasión comentado *Bernal Johnson* y muchos más, “mientras el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*) la buena fe todo lo purifica”, vid. nuestro *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en RDJ t.85/1988, Primera Parte Sección Derecho, 157-167, espec. 162-167; también, *Sobre la autotutela de la Administración (la jurisprudencia judicial)*, en *La Semana Jurídica* N° 38 (30.7. -5.8.2001), 5.)

<sup>37</sup>Sobre más ejemplos de esta singular manera de “legislar” tanto CGR como la Corte Suprema, vid. nuestro *La confianza legítima y el derecho administrativo chileno. De cómo se “legisla” por vía de dictámenes contralores y sentencias judiciales, con total desprecio de la Constitución*, en *Ius Publicum* 44/2020, 115-140, con variados casos de ambas jurisprudencias.

<sup>38</sup>Caso del beneficiario de una concesión de radiodifusión sonora el cual debe en un plazo que fija la ley, realizar ciertas obras para llevarla a cabo en su funcionamiento y de no hacerlo caduca dicho acto administrativo (sin perjuicio de que antes que llegue ese plazo pueda

requiere mayor explicitación. En cuanto a su letra c), ella prescribe que no procede la revocación “Cuando por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto”, caso que podría señalarse con el llamado “agotamiento de la competencia”, esto es emitido un acto “se agota la competencia” de su autor, por lo cual no cabe que vuelva sobre él; un ejemplo bien gráfico es el trámite procedimental de la “toma de razón” contralora, de un decreto o resolución, en el cual “tomado razón” (timbre, fecha y firma del contralor general o a quien este delegue, o en su caso por vía electrónica), no puede volverse sobre él desde que si se tomó razón “queda firme” la declaración contralora de ser dicho decreto o resolución conforme a Derecho; solo una resolución judicial/sentencia ejecutoriada podrá dejarla sin efecto por estimarla un tribunal de la República contraria a Derecho (“ilegal” y/o “arbitraria”, en un recurso de protección, o “nula” en una acción de nulidad, o “contraria a Derecho” en una acción declarativa de mera certeza).

## VII. CONCLUSIONES

Originada la revocación en una visión estatista (Dirección del Tesoro, fines del siglo XIX) la CGR retomó en 1959 esa visión, matizada en 1966 pero olvidados esos matices con posterioridad y reviviendo los “intereses” del Estado Administración.

La Constitución de 1980 reconoce la primacía de la persona humana lo que conlleva necesariamente la “servicialidad del Estado” (artículo 1º inciso 4º) y su misión de “promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas”, lo que conduce al reconocimiento de los llamados “derechos adquiridos” y, en este aspecto, los derechos que emanan de los actos administrativos respecto de sus destinatarios, en cuanto “efectos jurídicos” de ellos.

Por la década de los años 90 del siglo pasado, la CGR reconoce la revocación de los actos administrativos bajo el criterio de haber ocurrido un “cambio de circunstancias” en ellos (sean de hecho o de derecho) que los harían “inconvenientes” o “inoportunos”, no obstante que han sido emitidos válidamente, es decir conforme a Derecho, admitiéndose la revocación de sus efectos pero solo para el futuro (*ex nunc*). Ello contrariaba ostensiblemente la Constitución (artículo 19 N° 24 incisos 1º y 3º y 4º).

El año 2002, la Ley 19.817 introduce un artículo 21B en la Ley 10.336 (orgánica constitucional de la CGR) que le prohíbe “evaluar los aspectos

---

solicitar fundadamente una prórroga de él, que si le es otorgada, no origina esa caducidad); sobre esta forma de extinción, que no ha tenido mayor desarrollo doctrinario entre nosotros, vid. J. C. Flores Rivas, *La caducidad de los actos administrativos*, en Revista de Derecho (Univ. Austral de Valdivia) vol. 30/2017 N° 2, versión on line).

de “conveniencia” u “oportunidad” de las decisiones administrativas” al ejercer sus funciones de control de legalidad y de auditoría.

El año 2003 se dicta la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, cuyo artículo 61 dispone que no procede la revocación de “los actos administrativos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente” (inciso 2º letra a). Ello conduce a afirmar que desaparece la revocación por causas de “inconveniencia” u “oportunidad” en manos de la Administración en el derecho chileno.

Tampoco cabe la revocación por la Administración de sus actos que han producido sus efectos, como los actos sanción aplicados. Si la Administración estima que ha habido “ilegalidad” en su dictación procedería la “invalidación”, por aplicación del artículo 53 de la ley 19.880 cit. Y ciertamente, es obvio, tampoco procede si la ley establece una forma diversa para su extinción, siempre que sea conforme con la Constitución (artículos 6º y 7º).

En otros términos, como veníamos afirmando ya desde 1984<sup>39</sup>, produciendo un acto administrativo válidamente emitido sus efectos jurídicos, esos efectos constituyen “derechos adquiridos” para sus destinatarios (sea acto de beneficio, sea de gravamen o sanción), *no siendo jurídicamente procedente ser dejados sin efectos por decisión administrativa*, pues su autor “carece de competencia” para ello, puesto que esos derechos adquiridos son “derecho de propiedad” de ellos (artículo 19 N° 24 incisos 2º, 3º y 4º de la Constitución).

---

<sup>39</sup>Vid. nota 9 precedente.

# CRÓNICA



## REFLEXIONES TOMISTAS

### I. AMISTAD Y CIUDADANÍA

*Por naturaleza el hombre es amigo del hombre.*

No hace falta indagar mucho ni tener muchos títulos para entender que la vida humana necesita del amor para vivirla en plenitud y como inexcusable camino a la felicidad. Así es, pues cuando falta esta semilla, solo queda una siembra de indiferencia, odio o relaciones marcadas por la violencia o la competitividad. Esto que captamos con tanta claridad, lo presentan con radiante claridad algunos pensadores que nos ayudan a profundizarlo para vivirlo mejor, que, por otro lado, confirman las luminosas enseñanzas del Evangelio, que no pierde su novedad.

Aplicando lo que dijo en su día San Juan Pablo II en su encíclica *Fides et Ratio*, de que se llega a la verdad usando las dos alas de la fe y la razón, siglos antes Tomás de Aquino, al reflexionar sobre un tema de implicaciones teológicas, pero a la vez profundamente antropológicas y humanas, argumenta a favor de la conveniencia de que Dios se encarnara en la naturaleza humana. Entre muchas razones, decía:

“Como la amistad consiste en cierta igualdad, parece que no pueden unirse amistosamente las cosas que son muy desiguales. Por consiguiente, para que hubiera una amistad más familiar entre Dios y el hombre, le convino a este que Dios se hiciera hombre, pues por naturaleza el hombre es amigo del hombre, y así, conociendo visiblemente a Dios, nos sintiéramos arrebatados al amor de las cosas invisibles” (*Suma contra gentiles*, Libro IV, capítulo 54).

Ya la simple afirmación de que es posible una amistad con Dios, gracias a su acercamiento a nosotros a través de la Encarnación, es para quedarse casi sin respiración. Estamos en general muy acostumbrados a eso, pero cuando se piensa por primera vez con la radicalidad y profundidad que exige, nos deja anonadados: Dios y el hombre se pueden unir en amistad: el Todo y la pequeña y a la vez digna criatura que somos cada uno. En fin. Esto es para no dejar de maravillarse.

Pero si damos un paso más, vemos que es muy contundente al afirmar que la amistad entre los hombres es algo que responde a lo que somos por naturaleza, a nuestra esencia, pues la amistad es un amor recíproco por el que, basada en el aprecio del otro y en la comunión de ideales, se busca el bien de la persona amada y se ponen los medios para ello. Esta tendencia brota de lo que somos, y no es añadido artificial ni inventado en el llamado contrato social. Y es así porque nuestra naturaleza es social y sociable, o, como afirma la teología: somos creados a imagen y semejanza de un Dios que es comunión de amor en la Trinidad, y por eso, en nuestro núcleo, más profundo, tendemos a la comunión en el amor. De

forma que esta evidencia tan sencilla es reflejo de algo muy profundo: la semilla de Dios amor en nosotros. Por eso el verdadero amor a uno mismo también debe brotar de aquí.

Ahora bien, el logro de esta llamada al amor y a la comunión fraterna es fruto de una conquista. En efecto, también somos conscientes de los obstáculos que surgen de una cierta manera de amarse a sí mismo que, cuando es desordenada, al encerrarse en sí, se cierra como consecuencia a los demás, incluyendo a Dios como origen del amor pleno, y los ve no como hermanos y colaboradores en una meta común, sino como contrincantes para conseguir sus intereses egoístas y partidistas. A esta realidad innegable la conocemos como los efectos del pecado original en nosotros, y no podemos negarla si queremos evitar caer en la utopía rousseauniana de una naturaleza buena por naturaleza. El amor a uno debe ordenarse, por eso, poniendo en el centro a Aquel que da sentido y ordena todo amor: a Dios. Por lo mismo ha de plasmarse en la práctica de las virtudes como esos hábitos perfectivos que, además de corregir las tendencias desordenadas, a la vez nos perfeccionan como personas. Así es, amar a Dios, vivir su amistad, necesariamente lleva a ordenar nuestro amor, porque permite reconocer en cada persona a alguien digno de ser amado, a alguien con quien comparto no solo un origen común –Dios, que nos hermana en Él, o nuestra naturaleza espiritual hecha para amar– sino también un destino común. Y por eso nos permite colaborar con cada uno en la construcción de una convivencia sana, de una ciudadanía responsable y colaborativa, en que el encuentro y el diálogo sean el camino para alcanzar las metas y el bien común.

No es por eso una utopía apuntar a la amistad cívica como núcleo que alimente la ciudadanía en nuestra patria. No es utopía, sino la recuperación de una esperanza realizada en nuestra naturaleza, que debe animar nuestro esfuerzo por plasmar en la vida social eso que somos: reflejo de Dios amor, y llamados, con su gracia y el apoyo mutuo, a construir relaciones de hermandad y de encuentro real en todas las actividades humanas.

Esto lo hemos abordado de manera intensiva en un Congreso completo, la XVI versión del “Católicos y Vida Pública”, organizada por las instituciones Santo Tomás en Chile los pasados 23 y 24 de septiembre, donde con interesantes expositores y testimonios se trató la construcción de una ciudadanía a través del encuentro y diálogo a la luz de la fe. Interesante y actual desafío, que nos puede dar orientaciones para la vida cotidiana –info (<https://www.youtube.com/channel/UCN09ySPMTZO-KMph9-Stgew/videos>)– y que se hizo eco de las palabras de Monseñor Celestino Aós en el *Te Deum* del pasado 18 de septiembre, realizado a los pies de la Inmaculada del Cerro San Cristóbal, en Santiago.

Y es por eso que esperamos con ilusión la próxima encíclica que el Papa Francisco ha escrito sobre la hermandad y la amistad cívica, y que firmará en Asís estos días, a los pies del pobrecito San Francisco, uno de los que mejor vivió este amor fraterno a imagen de Dios. Porque, definitivamente, “por naturaleza el hombre es amigo del hombre”, y hay que caminar en esa dirección, tan necesaria.

## II. MEMORIA DE NUESTROS DIFUNTOS Y AMOR INMORTAL

*El amor crea la inmortalidad, y la inmortalidad nace del amor*  
(J. Ratzinger).

“Amar a una persona es decirle: tú no morirás”. Esta conocida frase del filósofo francés Gabriel Marcel cobra un sentido muy especial a las puertas del día en que recordamos a nuestros seres queridos difuntos, el 2 de noviembre, y que por las circunstancias actuales vamos a poder extender a todo el mes. Y cobra más sentido aún, cuando las crisis que vivimos hacen más cercana la muerte, sea provocada por causas de salud física o mental. “Amar a una persona es decirle: tú no morirás”. Por eso la sabiduría secular rodea estas fechas de gestos y acciones que buscan hacer presente a los que nos han dejado: a través de un recuerdo revivido en la memoria, de distintos ritos como visitar los cementerios, y, por supuesto, de la oración –los creyentes rezamos de manera especial estos días y la Iglesia contempla hasta tres Misas distintas por los difuntos en su día–. Por eso esta celebración, que nos une a todos, seamos o no creyentes, nos hace sentido en tanto que recordamos a padres, hermanos, parientes o amigos y ese recuerdo nostálgico reaviva nuestro amor.

Ahora bien, volvamos a nuestra frase inicial. Además de la belleza que expresa ese deseo, es muy profunda. Ciertamente, al recordar y traerles a la memoria podemos de alguna manera tener presentes a nuestros difuntos. Pero la memoria es frágil, el paso del tiempo hace que debamos pensar en otras cosas del día a día, y, para más remate, en algún momento también a nosotros nos va a tocar partir de esta vida, y de eso no hay duda. Sin embargo ¿es solo un bello deseo sin más?

Me gusta pensar en una afirmación de Aristóteles, gran conecedor de la vida, al decir: “Nada hay inútil en la naturaleza”. Y es cierto: cada inclinación de los seres vivos se orienta y remite a su plenitud. El deseo de beber que sentimos, remite a la existencia de algo capaz de saciar la sed, por ejemplo, y así sucesivamente. Pues bien, ese deseo de inmortalidad que proyectamos hacia quienes amamos de verdad, pareciera que no está a nuestro alcance, pero, si aplicamos el adagio aristotélico, debe poder cumplirse. Por eso si recurrimos a una “razón ampliada” que busca sentido a la vida superando el absurdo de la nada, nos descubre una puerta maravillosa que al abrirla nos vincula al único Ser capaz de crear y dar vida de la nada, único capaz de compartir y amar de manera infinita y absoluta, y, por lo tanto, de hacer posible el deseo de nuestro corazón de “no morir nunca”. Es decir, Dios, como origen último de nuestra existencia y como destino definitivo de la vida, hace posible lo que era inalcanzable desde nuestra finitud.

Ratzinger afirma de manera contundente: Dios “es lo que permanece y subsiste”. Su amor es eterno y al brotar desde su vida interior, nos crea a su imagen y semejanza y hace participar en ese amor y nos abre la puerta a una vida eterna. Tomás de Aquino, por su parte, lo confirma al decir que “fue el mismo Cristo quien nos abrió por su propia pasión las puertas de la vida eterna” (*Suma Teológica*, III, q. 48, a 4, in c). Esto es la esperanza sobrenatural, que, estando más allá de la natural, se nos hace, sin embargo, asequible gracias a la gracia divina. Concluye el entonces profesor de teología en su obra más conocida: “Si en Cristo el amor

ha vencido a la muerte, ha sido como amor a los demás. Esto significa que nuestro amor individual y propio no puede vencer a la muerte, que considerado en sí mismo es un grito que se queda sin respuesta. Por tanto, solo el amor unido al amor divino de la vida y del amor, puede fundar nuestra inmortalidad. Pero, a pesar de todo, nuestra forma de inmortalidad depende de nuestra forma de amar” (*Introducción al cristianismo*, cap. II).

No puedo dejar de recordar aquí el acierto de la segunda encíclica del Papa emérito, *Spes salvi*, al denominar la muerte como un “lugar de esperanza”. Sí, nos abre una dimensión trascendente que no solo exige eternidad, sino que esta nos es abierta a través de la Redención de Cristo, que ha atravesado la muerte y la ha vencido.

O las preciosas palabras del Papa Francisco en 2018 en la Misa por los difuntos: “la liturgia de hoy es realista, es concreta. Nos enmarca en las tres dimensiones de la vida...: el pasado, el futuro, el presente. Hoy es un día de memoria del pasado, un día para recordar a aquellos que han caminado antes que nosotros, incluso nos han acompañado, nos han dado vida. Recordar, hacer memoria. La memoria es lo que hace fuerte a un pueblo, porque se siente arraigada en un camino, arraigada en una historia, en un pueblo”. ... “También es un día de esperanza: nos espera el Cielo nuevo, la tierra nueva y la ciudad santa de Jerusalén, nueva, hermosa; ... esperanza de llegar donde está el amor que nos creó, donde está el amor que nos espera: el amor del Padre... Y entre la memoria y la esperanza está la tercera dimensión: la del camino que debemos tomar y que hacemos. ¿Y cómo recorrer este camino sin equivocarnos? ¿Cuáles son las luces que me ayudarán a no equivocarme? ... Las Bienaventuranzas –masedumbre, pobreza de espíritu, justicia, misericordia, pureza de corazón– son las luces que nos acompañan para no equivocarnos: este es nuestro presente”.

Con esta óptica, el recuerdo de los muertos está transido de esperanza: la que brota del amor y se apoya en la misericordia de un Dios amor que conoce, como nadie, el corazón de aquellos que ha creado como hijos (lo reconocamos o no). Un amor que, ahora sí, puede proyectarse en la inmortalidad.

### III. EL CONTINUO DE LA VIDA: ESPONTANEIDAD Y LIBERTAD

*Libertad verdadera no es sinónimo de espontaneidad.*

Algunos refranes nos describen como seres de costumbres, o como “el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra”. Por otro lado, en el día a día experimentamos que ciertas acciones u obras brotan de nuestro interior con mayor facilidad y rapidez que otras, siendo que, de esas obras, unas nos perfeccionan mientras que otras no tanto, o directamente nos empeoran (moralmente hablando). Puede ser, como ejemplo, que algunas veces se nos escape una mentira (denominada a veces mentira blanca, pretendiendo que es inocua), cosa que, si no corregimos, puede llegar a convertirse en una facilidad para mentir con asiduidad

que brote así de manera espontánea. O la pretendida libertad de un alguien que contesta sin respeto o de mala manera a quienes le contradicen, apelando a que “yo soy así”. Podríamos multiplicar los ejemplos de este obrar espontáneo que dificultan el perfeccionamiento.

Al respecto, me parece muy luminosa esta reflexión de Santo Tomás de Aquino sobre la importancia de orientar y ordenar nuestra “espontaneidad”, o disposición interior, sobre todo cuando brota no de hábitos buenos, sino desordenados.

“Cuando la mente se ha inclinado a una cosa, no se encuentra indiferente respecto a ambos contrarios, sino que está más cerca de aquel hacia el cual se ha inclinado; y la mente elige aquello a lo que está más propensa, si una investigación racional no la desvía de ello con cierta cautela; por lo cual en las cosas espontáneas se manifiesta principalmente nuestra disposición interior. Y no es posible que la mente humana esté en continua vigilancia para discutir con la razón lo que debe querer u obrar. Se sigue, pues, que la mente elige a veces aquello a que está inclinada, permaneciendo la inclinación” (*Suma contra gentiles*, libro III, capítulo 160).

Esta descripción tan realista del obrar humano es una llamada de atención a la necesidad que tenemos de educar nuestras tendencias e inclinaciones hacia el bien de tal manera que nos habituemos a obrar bien y así, la tendencia e inclinación que seguiremos en nuestro obrar, pueda ser la correcta. La espontaneidad no es buena por sí misma, pues va a seguir a la inclinación interior que sienta cada uno (que puede ser buena pero también puede no serlo). Mientras que, si nos habituamos al bien, ese mismo hábito bueno inclinará la espontaneidad al mismo fin. De hecho, creo que la invitación del tiempo de Adviento que acabamos de empezar es también a estar vigilantes y en espera activa y confiada de la llegada del Salvador, con corazones despegados de la mundanidad y abiertos a Dios con disposiciones interiores reales y concretas de conversión.

Lo interesante del texto del Aquinate es que pone de manifiesto que la libertad no es sinónimo de espontaneidad, como a veces se cree. No. La libertad verdadera, aquella que se pone al servicio de la plenitud y la verdadera felicidad, es la que opta y decide por el bien. Por eso, en la medida en que adquirimos hábitos buenos o virtudes, vamos perfeccionando nuestra libertad y también orientando hacia el bien el motor que inspira los actos espontáneos. Insultar o pegar a alguien que me cae mal, puede ser fruto de la espontaneidad, pero no es lo más adecuado, por el respeto que se debe a cada persona en función de su dignidad. Y cuando un niño pequeño lo hace, porque se deja llevar del placer que le produce, que, en ese caso, es dar rienda suelta a su disgusto, se le corrige. Pero si eso mismo lo hace una persona madura, se pone de manifiesto su falta de autodomínio o de templanza, aunque nadie se atreva a corregirla. Se podrían poner muchos más ejemplos de esto.

De ahí que la práctica de la evaluación personal de la propia vida (diaria, semanal, mensual, etc.) es un buen medio para percatarnos de lo que debemos ordenar o corregir en nuestro actuar, según la dinámica descrita por Santo Tomás con realismo. Y, como paso siguiente, proponerse los remedios más adecuados para corregirlo, y volver a revisarlo en un tiempo más. Usando un lenguaje de moda, vendría a ser algo así como una especie de aseguramiento de la calidad

interior, en que después de proyectar, se evalúa y se retroalimenta para la mejora continua (aquí moral). Y, en lenguaje más clásico alude al examen personal de conciencia que tanto ayuda a conocerse confrontándose con el plan de Dios y a concretar en propósitos concretos de mejora de vida.

En efecto, y concluyendo, para mejorar hay que evaluar y proponerse acciones concretas, pero no solo en el mundo laboral, sino también en la “tarea” que todos tenemos de hacer fructificar nuestros talentos y cualidades personales para conseguir una libertad madura al servicio del bien personal, común y la felicidad.

#### IV. LAS LECCIONES DE DIOS EN NAVIDAD

*La divinidad es la vocación a que nos invita  
la Navidad contemplando al Niño de Belén*

Hay fechas de tanta importancia que no basta con celebrarlas un solo día, sino que se alargan varios para así vivirlas mejor. Esto pasa con la Navidad, que no se reduce solo al 25 de diciembre, sino que se celebra litúrgicamente una semana entera hasta la gran fiesta del 1 de enero, en que se celebra a María como Madre de Dios. La alegría de la buena nueva del Niño Dios que, por amor a cada uno de nosotros y para nuestra redención, nace en un pobre pesebre de la desconocida ciudad de Belén (siendo que la capital del mundo entonces era Roma), sigue resonando con un eco espiritual que es la excusa para esta reflexión.

Para ello recordaremos algunas ideas de Santo Tomás de Aquino sobre la Encarnación del Hijo de Dios. Ya hemos aludido a la humildad como virtud básica, veamos ahora su motivo o causa fundamental: que es la del amor que, fruto de su riqueza interior en el bien, quiere difundir el bien comunicándolo a quienes ama y, en este caso, comparte lo más grande que Dios puede darnos como criaturas: su misma vida divina. En efecto: “la naturaleza de Dios es la bondad... A la naturaleza del bien pertenece comunicarse a los demás... Por consiguiente, pertenece a la naturaleza del bien sumo comunicarse a la criatura de modo superlativo. Lo cual se realiza en sumo grado cuando Dios une a sí la naturaleza creada” (*Suma Teológica* III, q. 1, a. 1). Además, al compartir no se pierde lo que se entrega, pues la donación de un bien espiritual implica, más bien, todo lo contrario: crecimiento personal e incremento del mismo bien. “Dios comunica de tal forma su bondad a las criaturas que nada pierde, antes bien, se engrandece en cierto sentido en cuanto que su sublimidad se hace patente por la bondad de las criaturas y tanto más cuanto mejores fueren estas” (*Suma contra gentiles*, libro IV, cap. 34).

Aparte del agradecimiento que provoca lo anterior vivido en primera persona, genera también una serie de frutos espirituales en quienes la acogen, como consecuencia de que, a pesar de que Dios podría habernos salvado de otra manera, la Encarnación nos muestra ejemplos a seguir, encarnados en el Verbo divino. En efecto, promueve en nosotros las virtudes teologales de 1) fe, porque “se hace más segura al creer al mismo Dios que nos habla”; 2) esperanza, que se consolida, 3) y caridad, ya que “con ese misterio [la caridad] se inflama sobre toda ponderación”.

Además, otro gran beneficio de la Encarnación se manifiesta en cómo debemos vivir: “en lo que toca al recto comportamiento, en el que se nos ofreció como ejemplo”, pues, como dice citando a San Agustín: “para mostrarse al hombre y para que este le viera y le siguiera, Dios se hizo hombre”. Como culmen, y como aquello en que la comunicación es más sublime: “Finalmente, la encarnación era necesaria para la plena participación de la divinidad, que constituye nuestra bienaventuranza y el fin de la vida humana. Y esto nos fue otorgado por la humanidad de Cristo; pues, como dice Agustín: ‘Dios se hizo hombre para que el hombre se hiciese Dios’” (*Suma Teológica* III, q. 1., a. 2).

Si el amor pleno busca el máximo bien de aquel a quien se ama, parece evidente que el amor de Dios se muestra de manera más que extraordinaria al encarnarse en uno de nosotros para comunicarnos su misma vida divina. Al crearnos a su imagen y semejanza, nos crea con la capacidad de superar y madurar de tal manera nuestra humanidad que nos abramos a la divinidad. Qué gran misterio: que Dios haya venido a nuestro encuentro, en una religión de la Encarnación, a diferencia de otras religiones, reducidas al esfuerzo humano de aspiración y búsqueda de Dios por diversos medios. En Jesucristo, es Dios mismo quien viene a nuestro encuentro. Por eso sus lecciones son no solo para el tiempo de Navidad sino para toda la vida, pues la meta o fin último es la comunión plena con Dios, en lo que se puede dar pasos poco a poco.

Humildad, fe, esperanza, caridad, amor sublime, seguimiento de los ejemplos dados por Cristo, son lecciones perennes orientadas a nuestra plena participación en la divinidad. Sí, sublime vocación a que nos invita la Navidad contemplando al Niño nacido en Belén, nuestro hermano, e imitando sus lecciones.

## V. CADA VIDA IMPORTA, MISTERIO Y FRAGILIDAD

*“Un solo pensamiento del hombre vale más que todo el mundo”  
(S. Juan de la Cruz), por lo tanto, también su vida.*

La realidad es, a la vez, compleja y sencilla, bella y llena de contrastes, abismal pero también con dimensiones de cercanía. Nuestra apertura natural ante esto, no puede más que provocar asombro (en el sentido más profundo). Sí. Por eso cada día encuentro motivos de asombro, aunque mezclados con otros que generan preocupación. Uno de esos motivos es de especial transcendencia, a mi entender y es el misterio de la persona, de cada uno de nosotros. No deja de admirarme la riqueza de cada ser humano, su tremenda potencialidad y que sea irrepetible e insustituible de una manera tan original. Pero junto a esa riqueza descubro su fragilidad y su dependencia, que también me provoca estupor. Y me asombra este doble misterio, por un lado, de fuerza y potencialidad en varios aspectos y, por otro, de fragilidad en otros, y precisamente porque ambos aspectos coexisten y se tienen que dar en un equilibrio; cosa no fácil de lograr.

La grandeza de una obra de arte, o la de un acto libre, que no se deja reducir a nada anterior y por lo tanto es imprevisible, procede de la riqueza de la vida personal. Santo Tomás de Aquino, buen conocedor de este misterio presenta la explicación de tales actos a partir de sus manifestaciones. El mismo ser personal

es esencial y, por ello, invisible a los ojos, pero sí se manifiesta. Precisamente por ser inmaterial algunos dudan de él, o lo reducen a las cuantificaciones de lo que se manifiesta. Nada más lejos de su ser propio. El valor de una vida humana no se mide por su tamaño, ni por su apariencia física ni por los logros que consiga, que son consecuencias o efectos de esa vida, pero que no se dan ni siempre, ni necesariamente, ni en toda circunstancia. El valor de una vida humana, en cambio, procede de su ser, que es personal, y ese ser es frágil y necesitado de sujeción y apoyo, sobre todo en ciertos momentos. Por eso hay que ser consecuente con su valor y no hacerlo depender de circunstancias cambiantes o ajenas a su ser. Nadie duda de que es la misma persona tanto si duerme como si está despierta, aunque solo entonces somos capaces de pensar o de elegir, y por lo tanto tampoco debería dudar de que su valor es idéntico y no depende de las circunstancias. ¿Y qué decir de esa vida en sus estados iniciales, en que va desplegando lo que ya es, aunque no se perciba con los ojos? ¿No sería ilógico dudar de su valor?

Santo Tomás de Aquino habla con mucha fuerza y claridad sobre el valor de la vida y el rechazo, por tanto, de las acciones que no la respetan ni cuidan en lo que vale. En efecto, dice: “Entre todos los males que se pueden ocasionar al prójimo, el más grande es matarlo, de ahí que se prohíba” (Comentario a los Mandamientos). Y a continuación concreta las maneras en que puede matarse a otros: con las propias manos o con las palabras, y también, provocándola, por complicidad o al consentir en ella, cosa que sucede explícitamente “cuando se da muerte a una mujer embarazada” porque se mata también al niño que lleva en su seno. Por eso, la verdad objetiva de que cada vida humana importa en sí misma y que ninguna sobra, hay que personalizarlo hasta poder decir: cada vida nos importa porque su valor no depende de nosotros sino de sí misma.

Pero debemos completarlo con la otra cara de la moneda: Si cada vida es valiosa: tanto la del hijo como la de la madre, hay que apoyar a esta especialmente cuando pase por circunstancias difíciles, para evitar caer en la falacia –falsa– de que el valor de la vida del hijo depende de sus circunstancias cuando, en realidad, vale por sí misma. Esto es obvio.

Si además pensamos que Dios mismo asumió esa vida humana desde sus inicios en el seno de una mujer, pasando por todos los estadios de su desarrollo, y que con ello nos mostró el elevado destino a que nos llama –vivir como sus amigos–, entonces el valor de cada vida se percibe mejor, y se puede defender con más fuerza.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO\*

---

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

## REFLEXIONES ÉTICAS

### I. LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA VUELVE A Oponerse AL LENGUAJE INCLUSIVO PROPIO DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

El popular banco de consultas que tiene la Real Academia Española es Twitter, al que se puede acceder a través del *hashtag* #dudaRAE, ha vuelto, una vez más, a responder a una pregunta acerca del lenguaje inclusivo, fijando de nuevo su clara posición.

La usuaria Sor Ether les consultaba: “¿Decir *chiques* o *todes* a cambio de chicos y todas es un idiotismo?”, y la RAE explicó: “El uso de la letra ‘e’ como supuesta marca de género inclusivo es ajeno a la morfología del español, además de innecesario, pues el masculino gramatical (“chicos”) ya cumple esa función como término no marcado de la oposición de género”.

No es la primera vez que la institución se manifiesta en contra del uso de estas formas. “¿Qué pasa con adjetivos como ‘feliz’ cuando se usa el inclusivo plural? ‘¿Lxs chicxs están felices’ o ‘Lxs chicxs están felicxs?’”, le preguntaron en Twitter hace pocos meses. O sea, en este caso lo mismo pero con “x”. Y la RAE volvió a incidir: “El uso de la ‘x’ como supuesta marca de género. inclusivo es ajeno a la morfología del español, además de innecesario e impronunciable; el masculino gramatical ya cumple esa función como término no marcado de la oposición de género: Los chicos están felices”.

#### LA POLÉMICA CON “ELLE”

A finales de octubre sucedió cierta polémica en torno a la *incorporación de “elle” al Observatorio de Palabras de la RAE*, una plataforma recién inaugurada cuya misión es la de recoger nuevos términos y expresiones usados por los hablantes pero que todavía no salen en el diccionario. En el listado de palabras en este portal aparecía ese “elle”, definido por la institución como “pronombre de uso no generalizado creado para aludir a quienes puedan no sentirse identificados con ninguno los dos géneros tradicionalmente existentes”. *Su presencia no implicaba que la RAE aceptara su uso, aclaraban.*

Sin embargo, unos pocos días después, ya en noviembre, la Real Academia Española *reclababa y la retiraba “debido a la confusión que generaba la presencia de ‘elle’ en el Observatorio de Palabras, se ha preferido sacar la entrada.* Cuando se difunda ampliamente el funcionamiento y cometido de esta sección, se volverá a valorar”, explicaba la RAE en una *tuit* de respuesta de su plataforma de consulta en Twitter.

En esa misma remesa de palabras para el Observatorio se incluyeron verbos como “encuarentenar”, “cuarentenear” o “cuarentenar” (todas en proceso de entrada al Diccionario), o “cubre bocas”, “cubre boca” o “tapabocas” para referirse a la mascarilla. O términos tecnológicos como “ciberataque”, “videollamada”, “bot”, “gamificación”, “mutear”, “uwu” (emoticono que expresa felicidad o ternura) o “eSports”, entre muchos otros.

Y volviendo al inicio de este 2020 tan convulso, conviene recordar que la RAE aprobó por unanimidad de todos sus miembros el dictamen contrario a *adaptar el lenguaje inclusivo en la Constitución Española* que le solicitó, en dos ocasiones y generando notable polémica, la vicepresidenta del Gobierno, Carmen Calvo. Tras deliberar, la Academia no encontró razones para cambiar su criterio lingüístico, ampliamente aceptado en el ámbito de la lengua española, en el análisis meticoloso que efectuó del texto constitucional\*.

## II. LA DICTADURA DE LA MEDIOCRIDAD, DE LA AUTOCOMPLACENCIA Y DE LOS DERECHOS

En los últimos años se ha propagado por nuestro país, una preocupante tendencia a evadir el sacrificio, el esfuerzo y el cumplimiento de deberes como el mecanismo y medio para alcanzar prosperidad. Nos asola la inmediatez, el hedonismo y la mediocridad. Aunque suene repetitivo, se escucha mucha demanda de derechos y poca relevancia al cumplimiento de los deberes que vienen asociados.

La muy válida lucha por la igualdad, se ha vuelto en realidad una cruzada por promediar hacia abajo, vale decir, igualdad en la mediocridad, poniendo trabas o echando un halo de sospecha sobre la exigencia y la búsqueda de excelencia. Búsqueda que, como han demostrado los países emergentes del Sudeste asiático, es un claro camino a la prosperidad.

La UCh y la PUCCh han educado a los grandes hombres y mujeres que han liderado a este país y lo han ido sacando de a poco del tercermundista subdesarrollo, nos han llenado de prestigio en el exterior y han liderado la investigación tecnológica y científica de Chile. ¿Es posible que la dictadura de la mediocridad llegue también a asolarlas y a poner en riesgo su tradición de excelencia?.

En cambio, acá en Chile, que declaramos querer superar el subdesarrollo en que estamos sumidos, durante el siglo XXI, hoy vemos que la dictadura de la mediocridad se va tomando espacios fundamentales para hacer de Chile un país próspero:

En primer término, en los Colegios, los padres presionan (como nunca hicieron nuestros padres allá por 1970-1980) por bajar el nivel de exigencia de las asignaturas, retirar del ejercicio a profesores exigentes en lo académico y lo conductual, asimismo presionando por instaurar una cultura en que no se destaque a quienes

---

\*Publicado en *Infocat*, 16.12.2020.

(valga la redundancia) destacan, creando categorías de premiaciones súper etéreas y poco asociadas a la excelencia académica.

En segundo término, en las familias ya no se puede hablar del rendimiento ni de los éxitos académicos de los hijos, pues lo consideran ofensivo, no se puede comparar, no se puede usar otro de modelo, no se puede presionar a nadie para incentivarlo a buscar la excelencia. Está mal visto presionar y exigir, toda exigencia hacia los hijos, exigencias que son vitales para su desarrollo, a una edad que aún no saben lo que quieren y deben hacer, se considera que “los puede traumatizar”, frases como: “Son jóvenes, hay que dejarlos vivir y disfrutar”, “los fines de semana son para descansar”, “tienen que vivir tales y cuales experiencias”, “lo importante es que sean felices”, limitan y bloquean la búsqueda de la excelencia, la cual sin duda implica sacrificio.

En los trabajos, mantener un nivel de exigencia elevado y una carga de trabajo alta, también es mal visto, ahora los trabajadores se estresan, se sienten maltratados, si aumenta el nivel de exigencia en su desempeño, si se les evalúa objetivamente en forma deficiente. Los sindicatos presionan por retirar jefes exigentes. Hay una creciente oposición a ser evaluados, cuestión que ha resultado una eterna batalla con el Colegio de Profesores, por ejemplo, siendo que los profesores son un pilar fundamental para la formación de los ciudadanos que van a construir el desarrollo del país.

Pero lo más preocupante y la gota que rebalsó el vaso y que me llena de pesar, es lo que ha salido publicado en EMOL el 20 de noviembre de 2018, referente a las demandas de los estudiantes de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica (FEUC) y Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile (FECH) relativas a los altos niveles de exigencia de dichos prestigiosos planteles universitarios (¿no es obvio?) y el efecto que estaría teniendo sobre el bienestar de los estudiantes (¿?), en especial en carreras como Derecho e Ingeniería.

Soy ingeniero civil de la Universidad de Chile (UCh) ingresada en 1988. En su momento, teniendo 17 años, elegí Beaucheff, pudiendo entrar becada a la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUCCh), porque me ofrecía, en esa época, el mayor nivel de exigencia, el mayor desafío a mi intelecto, mis capacidades y mi fortaleza emocional. Esa era la esencia de Beaucheff, sacar de ti lo mejor, poniéndote al límite de tus capacidades. En los últimos 30 años, la PUCCh ha igualado los niveles de prestigio de la UCh en Ingeniería, y ambas instituciones, en lo referente a Ingeniería, Derecho y Medicina, tienen prestigio a nivel internacional. De hecho la PUCCH supera en *ranking* a muchas universidades europeas en la excelencia en la enseñanza de medicina.

La juventud, en especial, sus mentes, están preparadas para la exigencia, tienen una capacidad que nunca es totalmente aprovechada, la exigencia incentiva, el logro motiva, en cambio la falta de normas y exigencia desmotiva y deprime, frena el ímpetu y la capacidad creativa.

La UCh y la PUCCh han educado a los grandes hombres y mujeres que han liderado a este país y lo han ido sacando de a poco del tercermundista subdesarrollo, nos han llenado de prestigio en el exterior y han liderado la investigación tecnológica y científica de Chile. ¿Es posible que la dictadura de la mediocridad llegue también a asolarlas y a poner en riesgo su tradición de excelencia?

Chile, su gente, sus profesionales y trabajadores, sus niños y jóvenes, merecen prosperidad y una calidad de vida cada vez mejores, somos un país golpeado por

la naturaleza, que sabe levantarse, que da muestras emblemáticas de su creatividad e ingenio, no podemos permitir que la dictadura de la mediocridad se tome nuestro país y nos impida construir el futuro que merecemos.

BERNARDITA ESPINOZA V.

### III. LA *RERUM NOVARUM* Y EL CATOLICISMO SOCIAL

El 5 de mayo de 1891 el Papa León XIII daba a conocer la carta encíclica *Rerum novarum* dedicada a la situación de los obreros. Como afirma el “Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia”, la solicitud social “no ha tenido ciertamente inicio con ese documento, porque la Iglesia no se ha desinteresado jamás de la sociedad; sin embargo, la encíclica *Rerum novarum* da inicio a un nuevo camino: injertándose en una tradición plurisecular, marca un nuevo inicio y un desarrollo sustancial de la enseñanza en campo social”. Como apunta el mismo Compendio, el tema central de la encíclica es “la instauración de un orden social justo, en vista del cual se deben identificar los criterios de juicio que ayuden a valorar los ordenamientos sociopolíticos existentes y a proyectar líneas de acción para su oportuna transformación”.

¿De qué manera impactó la aparición de la *Rerum novarum* en Argentina? Responder este interrogante nos lleva a hacer una referencia obligada al movimiento social católico de fines del siglo XIX. Como sostiene Néstor Tomás Auza en *Los católicos argentinos: su experiencia social y política*: “Uno de los resultados del ensayo católico de acción política” en el siglo XIX fue el de “suscitar en las filas católicas inquietudes por los problemas nacionales”. Esta inquietud, agrega Auza, “fue suficiente como para suscitar un número de hombres que, al ser convocados por un organizador, tuvieron valor de afrontar, a pesar de sus escaso número y de las dificultades de todo orden, la organización social-obrera en nombre de los principios católicos. Visto a la distancia, aquel movimiento es digno de admirar. Hubo allí fervor, confianza en los principios defendidos, abnegación, energía, adecuación a la realidad y constancia”.

Como antecedentes a la aparición de la *Rerum novarum* de León XIII, en el Congreso Nacional de Católicos de 1884 ya habían aparecido “preocupaciones de carácter social” y, en este sentido, se sancionaron algunas conclusiones.

“Dando un ejemplo de perseverancia, y contando con la práctica adquirida en la acción política –apunta Auza–, prolongaron su acción en el campo social algunas figuras de prestigio como Emilio Lamarca, Santiago O’Farrel, Alejo de Nevaes, Apolinario Casabal, Rómulo Ayerza, Pedro Alcácer, Bernardino Bilbao. Todos ellos, no obstante las diferencias de criterio o de apreciación en los medios técnicos, colaboraron activamente, destacándose, por sobre todos, el doctor Lamarca, debido al celo, la abnegación y la dedicación con que se entregó a todos los ensayos de tipo social que se efectuaron hasta su muerte en 1922”.

El hecho más destacado a fines del siglo XIX fue el de la fundación de los “Círculos de Obreros” el 2 de febrero de 1892. El padre redentorista alemán

Federico Grote, fue su fundador. Como apunta Auza, se trataba de “una personalidad completa, de inteligencia despierta, decidida vocación social y abnegación sin límites”.

Dado que ocuparnos de los Círculos de Obreros exigiría más de una nota, apuntemos ahora, solamente, lo siguiente: el catolicismo social, con sentido de justicia social, fue pionero en la atención y la preocupación por la suerte de los obreros en la República Argentina. Este dato conviene tenerlo muy presente para destacar que las conquistas sociales que se plasmaron durante la década del 40 en el siglo XX en la República Argentina no fueron hechos aislados ni novedosos. La actividad del laicado católico argentino a fines del siglo XIX, bajo el influjo de la auténtica Doctrina social de la Iglesia, es un hecho innegable y con el que se debe contar para escribir la historia completa del progreso social en nuestra querida patria.

Como conclusión y por su vigencia, nos parece oportuno recordar una de las enseñanzas que nos ofrece León XIII en la *Rerum novarum*. Se trata de un mal capital “suponer que una clase social sea espontáneamente enemiga de la otra, como si la naturaleza hubiera dispuesto a los ricos y a los pobres para combatirse mutuamente en un perpetuo duelo. Es esto tan ajeno a la razón y a la verdad, que, por el contrario, es lo más cierto que como en el cuerpo se ensamblan entre sí miembros diversos, de donde surge aquella proporcionada disposición que justamente se podría llamar armonía, así ha dispuesto la naturaleza que, en la sociedad humana, dichas clases gemelas concuerden armónicamente y se ajusten para lograr el equilibrio. Ambas se necesitan en absoluto: ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital. La concordia engendra la belleza y el orden de las cosas; por el contrario, de la persistencia de la lucha tiene que derivarse necesariamente la confusión juntamente con un bárbaro salvajismo”.

GERMÁN MASSERDOTTI

#### IV. LA VERDADERA DEMOCRACIA

“El problema de la democracia –afirma Fulvio Ramos en *La Iglesia y la democracia*– agita a los espíritus y parece imposible encararlo serenamente. Se manejan con ligereza y superficialidad, a nivel periodístico, panfletario y callejero, toda una serie de conceptos, elaborados a modo de prejuicios, que se repiten dogmáticamente y sin que se permita la posibilidad de su sometimiento a una crítica razonable y profunda”. Dicho esto, Ramos precisa que “la Iglesia, frente al torbellino de pasiones desatadas en torno al tema, ha iluminado con su doctrina, que en este punto tiene como fuente a la ley natural, a efectos de esclarecer los espíritus, no solo de los fieles [cristianos] sino de todos los hombres de buena voluntad, sobre esta cuestión tan conflictiva”. De esta manera, “la doctrina católica admite como lícitas todas las formas de gobierno en tanto se ordenen al bien común. En consecuencia, salvado el origen divino de la autoridad y su subordinación a un

orden de valores superior y permanente, la democracia es un régimen legítimo y así lo han enseñado los pontífices”, agrega Ramos.

Esta introducción se justifica, entre otros motivos, a los efectos de evaluar la calidad institucional de la democracia en la República Argentina. Como el tema da para mucho, podríamos decir como primera aproximación, que la actual democracia argentina, desde 1983, se resuelve en apoyar –o no– la propia sentadera en la correspondiente banca de diputado o de senador para dar quórum y, eventualmente, votar leyes que, en su mayoría, responden a los intereses de una partidocracia fagocitadora de la República y no al bien común de los argentinos y de los hombres de buena voluntad que quieren habitar en nuestro suelo patrio.

Dicho esto, volvamos a las enseñanzas pontificias sobre la democracia como forma de gobierno. Hemos dicho, efectivamente, como forma de gobierno dado que, equivocadamente, también se puede entender como estilo de vida. Este último significado no es propio de una filosofía política realista ni de la Doctrina Social de la Iglesia.

La democracia, entonces, es un sistema o régimen del poder en la sociedad política, como sintetiza Carlos Alberto Sacheri en *El orden natural*. ¿Cabe concebir una democracia sana? “La doctrina del orden natural responde afirmativamente”, señala nuestro autor, pero evitando las falsas concepciones sobre la misma. “La democracia no ha de ser definida como gobierno de todo el pueblo –cosa utópica– sino como régimen en el cual el pueblo organizado tiene una participación moderada e indirecta en la gestión de los asuntos públicos”, afirma. En relación a la “soberanía popular” invocada con frecuencia cuando se habla de “democracia”, conviene recordar aquí un trabajo antológico del constitucionalista argentino Germán Bidart Campos titulado, justamente, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*.

En el mismo sentido, es necesario recordar una afirmación de San Juan Pablo II en la carta encíclica *Centesimus annus* –1º de mayo de 1991–: “Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana. Requiere que se den las condiciones necesarias para la promoción de las personas concretas, mediante la educación y la formación en los verdaderos ideales, así como de la “subjetividad” de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y de corresponsabilidad. Hoy se tiende a afirmar que el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondientes a las formas políticas democráticas, y que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos. A este propósito, hay que observar que, si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia” (CA, 46).

Si, a partir de este texto de San Juan Pablo II, volvemos a la realidad de la vida política de nuestro país, podríamos vincular otra idea, entre otras, a la mencionada en el segundo párrafo de esta columna: en la República Argentina no existe, desde hace años, una democracia de acuerdo a la ley natural y la Doctrina Social de la Iglesia sino una tiranía de las mayorías circunstanciales que, en el

Congreso de la Nación, negocia y sanciona leyes contrarias al bien común y en la que el “oficialismo” y la “oposición” de turno se reciclan y retroalimentan en beneficio de una Clase Política que busca los propios intereses pero no representa al pueblo argentino.

GERMÁN MASSERDOTTI

## V. REDES SOCIALES: AL SERVICIO DE LA TIRANÍA GLOBALISTA

He cerrado mis cuentas de Facebook y de Twitter. Las llamadas “redes sociales” se han convertido en un instrumento más de control social y de manipulación a escala global. La disidencia no se admite y no tardarán mucho en perseguir legalmente a quienes se atrevan a disentir del Pensamiento Único.

Los poderosos de este mundo quieren resetear el mundo a escala global: apagar y volver a iniciarlo todo de nuevo. Cuando se nos estropea el ordenador, es lo primero que hacemos. Y en la mayoría de las ocasiones, lo que causaba problemas deja de causarlos y el ordenador vuelve a funcionar. Pues eso es lo que quieren hacer con la sociedad a escala global los poderosos de este mundo: la ONU, el Foro Económico Mundial (más conocido como Foro de Davos) y la Iglesia del Nuevo Paradigma. Como el mundo no marcha bien, vamos a pararlo y a volver a empezar, cambiando lo que antes no funcionaba por un nuevo orden mundial que garantice una convivencia en paz en una sociedad feliz, respetuosa con la naturaleza, en el que todos seremos hermanos. Y quien no quiera ser hermano, que se vaya preparando... Y si no te gusta ese mundo nuevo maravilloso es que eres un fascista, trumpista, ultracatólico, reaccionario con cara de pepinillo en vinagre. Lo que viene a ser un aguafiestas, un integrista y un fanático reaccionario.

El *Pensamiento Único* debe imponerse a escala mundial y todos los medios son pocos para imponerlo: periódicos, cadenas de televisión, emisoras de radio, cine, series de televisión, plataformas de producción y distribución de contenidos digitales; y además, la escuela y sus contenidos transversales políticamente correctos. Y ahora, también las empresas privadas llamadas “redes sociales” se ponen al servicio de los mismos intereses tiránicos: alienación y adoctrinamiento mediante el entretenimiento. Cuando tienes el poder, las industrias “culturales”, las redes sociales que crean opinión pública y el mundo educativos (colegios y universidades), el reseteo global y la imposición del *Pensamiento Único* resulta sencillo. Y llegamos así a un trampantojo de democracia en la que los partidos políticos se diferencian en sus caras, sus eslóganes, sus logotipos y poco más: en realidad, tras la apariencia de pluralidad, todos defienden la misma ideología globalista. Para resumirlo, ese Pensamiento Único podríamos calificarlo como el antievangelio y la iglesia del nuevo paradigma, como la anti-Iglesia:

- *Darwinismo*: solo los fuertes y mejor dotados sobreviven. Los débiles –los enfermos, los discapacitados, los ancianos– deben perecer y los poderosos

deben ayudarles a perecer: aborto, eutanasia, suicidio asistido... Y por otra parte, hay que ayudar a la evolución y aplicar los avances de la genética y de la tecnología para perfeccionar las capacidades físicas y mentales del ser humano, de modo que se pueda alargar indefinidamente la esperanza de vida y alcanzar la ansiada inmortalidad: vivir para siempre en este mundo. Porque no hay otro distinto de la realidad física: nada de metafísica ni de más allá. Estos quieren vivir eternamente en su paraíso terrenal particular que no ha creado ningún Dios, sino el propio hombre que desde las primeras páginas del Génesis ha querido ser como Dios. El problema es que sin Dios, no hay paraíso: hay infierno. Y camino vamos de él.

- *Maltusianismo*: el número de habitantes del planeta es excesivo y nos dicen los iluminados estos que no hay recursos naturales para mantener a tantas bocas. Cuanta mayor sea la población mundial, más recursos consumen y más contaminan el medio ambiente. ¿Solución? Reducir la población mundial, especialmente en los países más pobres (los pobres tienen demasiados hijos que hay que mantener luego). ¿Cómo? Promover la anticoncepción, aborto y esterilizaciones masivas, políticas de hijo único (en China tienen amplia experiencia), promoción de la legalización del matrimonio homosexual (estéril por definición) y promoción de cualquier forma de sexo al margen de la procreación, como mero divertimento alienante para tener a las masas entretenidas y contentas.
- *Neopaganismo ecologista*: la famosa Pachamama saltó a los medios de comunicación no hace tantos meses. Se trata de un culto neopagano a la “Madre Naturaleza”, convertida en una especie de ídolo con rasgos personales: la madre tierra sufre, castiga, se defiende de las agresiones sufridas, acoge a todas las criaturas vivientes. No solo es nuestra “casa común”, sino que además tendría la virtud de sentir, pensar y actuar como un ser vivo o como un dios que lanzará pandemias como castigo por el maltrato que recibe por parte de los hombres. Esta nueva religión tiene aspectos *panenteístas* (todo está conectado con todo: Avatar), *panteístas* (todo es dios y dios es todo), *indigenistas* y proclama un culto a la naturaleza que enlaza con el maltusianismo y el darwinismo. Los verdaderos virus somos los seres humanos que hacemos enfermar a la Pachamama. Por tanto a quienes hay que combatir es a los seres humanos depredadores. Y lo ideal es el animalismo vegano: los animales tienen derechos y dignidad. Se humaniza al animal al mismo ritmo que se animaliza al hombre.
- *Neomarxismo*: la relación entre la naturaleza y el ser humano responde a la dialéctica marxista. El hombre es el opresor y la naturaleza –elevada a la categoría de ídolo pagano– sería una criatura viviente oprimida y maltratada. Ese dios nos acoge y nos da de comer y nosotros le pagamos destruyendo la naturaleza, contaminando el aire, la tierra y los mares; extinguiendo la biodiversidad y alterando el clima. Es el hombre quien está provocando el calentamiento global por culpa de la contaminación provocada por los combustibles fósiles en las industrias y en los medios de locomoción (coches, aviones, etc.). Eso es lo que dicen. Pero lo dicen como un dogma indiscutible. Sus anuncios apocalípticos climáticos fallan más que los anuncios del fin de mundo de los Testigos de Jehová. Porque no hay suficientes evidencias científicas que demuestren la relación directa entre la actividad humana y el cambio climá-

tico. El clima siempre ha sido cambiante a lo largo de los millones de años de existencia del planeta. Y a épocas de glaciaciones le han sucedido otras eras de calentamiento global. Y ello siempre supuso la extinción de la flora y la fauna y la aparición de otras especies.

- *Liberalismo*. Aunque parezca contradictorio, el neomarxismo del pensamiento único va de la mano de principios liberales como el de *autonomía* de la persona. Las personas pueden autodeterminarse a voluntad y ser aquello que quieran ser, al margen de los límites que puedan imponer la razón, la biología o el sentido común. El feroz anticristianismo del reseteo global va de la mano de la ideología de género y del transhumanismo. Si has nacido hombre y quieres ser mujer, pues lo eres solo con deseárselo. Y si quieres ser gato, pues gato. No hay límite para la locura irracional y anticientífica ni para la estupidez del ser humano.

Las leyes LGTBI y transgénero condenan a quienes se atrevan siquiera a cuestionar las bases de sus planteamientos ideológicos. Esas ideas políticas nacen con pretensión totalitaria. De esta manera *los principios de autonomía y de autodeterminación de raíz liberal se han unido al marxismo para dar a luz una nueva ideología que presagia una nueva era de tiranía a escala global*: tú sé lo que quieras, eres el superhombre preconizado por Nietzsche; y puedes ser tan degenerado moralmente como te permita tu imaginación. Pero eso sí: debes obedecer ciegamente a los poderosos (a Dios, no), aceptar los dogmas de la nueva religión y de la nueva ideología sin cuestionar nada. Tú aliénate y disfruta. Disfruta y sé feliz y aplaude a los nuevos amos del Imperio Global que te ofrecen libertad para ser lo que quieras, aunque, en realidad, no eres más que un esclavo del sistema. En realidad somos esclavos felices que además ni siquiera somos conscientes de nuestra esclavitud.

El nuevo lenguaje tiene tintes claramente orwellianos: la esclavitud se llama libertad; la guerra es la paz; el mal es el bien; lo feo es bello; la muerte es vida; la compasión consiste en quitar la vida cruelmente a los seres indefensos y débiles; el amor es solo sexo; la caridad, delito de odio; la mentira es verdad; la virtud es fanatismo y odio; y el vicio es ejemplo a seguir. La familia tradicional es el enemigo a destruir para que “nuevos modelos de familia” vengan a transformar la sociedad en un pudridero de almas.

Y a quienes disienten de la verdad oficial, se les descalifica y se les tacha de “negacionistas”, “fascistas”, “homóforos”, etc. Porque el sectarismo dogmático de la nueva religión y del Pensamiento Único van de la mano. Y la disidencia no se tolera. Los nuevos inquisidores condenan como delito de odio toda discrepancia respecto de la verdad oficial y de lo políticamente correcto. Eso condena a las catacumbas y a la resistencia subversiva clandestina a cualquier disidente. Pretender dar la batalla de frente a través de las redes sociales controladas por los poderosos resulta ingenuo y está condenado al fracaso. El marxismo es totalitario por definición y su modelo a seguir es el de la dictadura china: capitalismo salvaje, que enriquece a una minoría oligárquica; y control social y político cruel e inhumano, sin respeto alguno por la dignidad humana. Y todo ello unido a la persecución feroz de la disidencia religiosa. No en vano un alto jerarca de la Nueva Iglesia del Nuevo Paradigma elogió públicamente a la dictadura comunista china diciendo, nada más y nada menos, que era el país donde mejor se aplica la Doctrina Social de la Iglesia (de su iglesia neoparadigmática, claro...). Que se lo cuenten a los católicos clandestinos de la feliz, tolerante y respetuosa República Popular China.

El Nuevo Orden Mundial y el Reseteo Global son la nueva Torre de Babel, construida contra Dios. Es un intento de acabar para siempre con la Civilización Cristiana para construir un nuevo mundo pagano, decadente y nihilista. Pero Dios volverá a confundirlos. Y esa torre tiene sus cimientos sobre arenas movedizas. Y aunque parezcan grandes, poderosos e imposibles de derrotar, caerán. Las puertas del infierno no prevalecerán. Y cuando se crean que ya han culminado la construcción de su paraíso terrenal y se crean que han derrotado a Dios para siempre, entonces el Sagrado Corazón de Jesús llegará para reinar para siempre, el Corazón Inmaculado de María triunfará y su pie aplastará la cabeza de la Serpiente.

Los cristeros y los carlistas cantaban, con la música del Himno de España, esta letra: *La Virgen María es nuestra defensora, nuestro protectora: no hay nada que temer. Vence al mundo, demonio y carne, ¡Guerra, guerra, guerra contra Lucifer!*

La batalla no ha hecho más que empezar. ¿Quién necesita redes sociales si tienes un rosario en la mano, temor de Dios y la comunión de los santos...?

¡Muerte a Satanás!

¡Viva Cristo Rey!

PEDRO L. LLERA\*

## VI. INCREENCIA

El Diablo intenta seducirnos con sus tres grandes leyes o principios: “haz aquello que quieras, no debes obedecer a nadie, sé tu propio dios”.

Según el Padre Amorth, que fue un maestro de exorcistas, el Diablo intenta seducirnos con sus tres grandes leyes o principios: “haz aquello que quieras, no debes obedecer a nadie, sé tu propio dios”. El primer principio intenta aparentemente conceder una plena libertad a sus secuaces, con una libertad sin límites ni frenos que nos hace esclavos de nuestras pasiones y trata de suprimir nuestra responsabilidad. El segundo principio anula el ejercicio de la autoridad, por lo que la persona se siente autorizada a no obedecer ni hacer caso a sus padres, a la Iglesia, al Estado o a cualquier otro que intente, incluso en nombre del bien común, reconducirle. El tercero niega todas las verdades que vienen directamente de Dios: el cielo, el infierno, el juicio, el purgatorio, los diez mandamientos, María, etc.

Además, hoy muchos poderosos de este mundo están al servicio de Satanás y se han propuesto destruir la fe, la vida, el matrimonio, la familia y los valores humanos y cristianos. Como dice el cardenal Sarah: “Los bárbaros ya no están a las puertas de la ciudad ni al pie de las murallas: ahora ocupan influyentes cargos de gobierno. Hacen las leyes y moldean la opinión, alimentados con frecuencia por un auténtico menosprecio de los pobres y de los débiles” (*Se hace tarde y anochece*, p. 189). En ellos anida un odio al cristianismo, porque en la lucha entre

---

\*Publicado en *Infocat*, 12.1.2021.

el Bien y el Mal, la neutralidad es imposible. O uno toma el Partido de Dios, o algo identificable con Él, como puede ser el Amor, la Verdad, el Bien, la Justicia, u opta contra Él.

En una guerra, cuando uno abandona una posición, esta ordinariamente es ocupada por el enemigo. Somos criaturas de un Dios que nos ama y busca nuestro Bien. Pero si le rechazamos, si no aceptamos ni la naturaleza que hemos recibido, ni sus leyes, que no son otra cosa sino las instrucciones que recibimos para poder desarrollar nuestra personalidad y alcanzar así nuestra felicidad, en ese caso el abismo del pecado se abre ante nosotros y como nos dice San Juan: “¿Quién es el mentiroso, sino el que niega que Jesús es el Cristo? Ese es el anticristo, el que niega al Padre y al Hijo” (1 Jn 2,22). Eso es lo que sucede al no creyente.

Tenemos un ejemplo claro de esto en la narración del pecado original. La serpiente tienta a Eva con dos cosas en sí buenas: “tendréis sabiduría y seréis como Dios”, tan buenas que es lo mismo que nos ofrece Dios, pero por el camino opuesto: no el de la rebelión contra Dios, sino el del amor y la unión con Él. El resultado de esta rebelión es el desastre de intentar edificar una Sociedad prometiendo un paraíso terrenal sobre la base de un ser humano que no existe, porque se niega nuestra realidad y naturaleza con el resultado de los cien millones de muertos del comunismo y las burradas y disparates de la ideología de género.

Y a un nivel más individual en el catecismo Astete se nos decía que los enemigos del alma eran el mundo, el demonio y la carne. San Juan nos recuerda. “Si alguno ama el mundo, no está en él el amor del Padre. Porque lo que hay en el mundo –la concupiscencia de la carne, y la concupiscencia de los ojos, y la arrogancia del dinero–, eso no procede del Padre, sino que procede del mundo” (1 Jn 2,15 b-16). Entre las fuentes de pecado más importantes está el relativismo, con su negación de la Ley Natural y sus consecuencias de hedonismo y de negación de la naturaleza, con lo que queda la puerta abierta a todos los disparates, la reducción de la sexualidad al placer y el afán del dinero, del que Jesús nos advierte. “No podéis servir a Dios y al dinero” (Mt 6,24); y una de las frases más afortunadas que he leído sobre ello es esta: “Bienaventurados los que dan al dinero su valor, pero solo su valor”.

En pocas palabras, el no creyente no quiere saber nada de Dios, que es Amor y es quien puede darnos la felicidad. Al rechazar a Dios, los no creyentes se alejan del amor, que es la fuente de la felicidad. Dios quiere nuestra felicidad eterna, pero respeta nuestra libertad y la decisión que tomemos. Pidámosle que no seamos tan insensatos como para rechazar nuestra felicidad eterna, pero que también ayudemos a abrir los ojos de los ciegos a la fe.

PEDRO TREVIANO\*

---

\*Publicado en *Infocat*, 5.1.2021.

## VII. IDEOLOGÍA DE GÉNERO Y NATURALEZA HUMANA

La naturaleza acaba reclamando sus derechos. Empeñarse en una educación contra lo que la naturaleza reclama es una incongruencia y una violencia.

Estamos asistiendo a una gran ofensiva del *lobby* LGTBI y sus aliados, que son buena parte de la clase política, para imponernos la ideología de género. Aunque está claro que en bastantes países y en el nuestro es ya ley en muchas Comunidades Autónomas y muy pronto es fácil que lo sea a nivel nacional, creo sin embargo que es una batalla perdida para los que defienden esta ideología, porque contra nuestra naturaleza a la larga no tenemos nada que hacer, aunque esta derrota no será sin antes haber arruinado numerosas vidas.

El problema de fondo está en qué es el ser humano y en qué consiste nuestra naturaleza y su relación con la libertad. El hombre pensamos los creyentes que es una conjunción de naturaleza y libertad, puesto que la libertad se encarna en una naturaleza que asume e intenta perfeccionar, mientras que la naturaleza condiciona la libertad y le indica su ámbito.

En cambio, en la ideología de género se confía tan solo en la libertad, desarraigada de la naturaleza. Como Dios no existe, la dignidad de la persona humana hace que sea yo mismo quien determine lo bueno y verdadero. Ahora bien, el problema de este hacer que cada uno de nosotros sea su autoridad suprema tiene como consecuencia que la verdad y la mentira no existen y no estoy sujeto a ninguna norma trascendente. Sencillamente hago lo que quiero, lo que me venga en gana. A la lucha de clases del marxismo corresponde ahora la lucha de sexos de esta ideología. El sexo biológico no es determinante en la vida y en la personalidad.

La “ideología del género” considera la sexualidad como un elemento cuyo significado fundamental es de convención social. Es decir, *no existe ni masculino ni femenino, sino que nos encontramos ante un producto cultural*. El ser humano nace sexualmente neutro, posteriormente es socializado como hombre o mujer. La diferencia entre varón y mujer no corresponde, fuera de las obvias diferencias morfológicas, a la naturaleza, sino que es mera construcción cultural según los roles y estereotipos que en cada sociedad se asigna a los sexos. Esta antropología pretende favorecer perspectivas igualitarias, liberándonos de todo determinismo biológico e incluso de la distinción de sexos misma; homo, hetero y bisexualidad son igualmente válidas y tan solo una cuestión de preferencia. *En esta mentalidad, el hombre y la mujer eligen su sexo y lo pueden cambiar, cuantas veces lo estimen oportuno*, hasta el punto de que las diferencias entre hombres y mujeres no tienen relación con las causas naturales o biológicas, sino que se deben a determinaciones sociales.

El problema de la ideología de género es que científicamente no hay por donde agarrarla. El Colegio de Pediatras de Estados Unidos afirma: “Son los hechos y no la ideología, quienes determinan la realidad, esto es, que la sexualidad es un rasgo biológico objetivo binario: XX y XY”. La ideología de género va a intentar también, empezando por las escuelas, “proteger” al niño de sus “padres oscurantistas”, es decir, padres que intentan inculcarle valores distintos, como son los valores cristianos y familiares. No nos extraña que con esta mentalidad ideológica haya gente que llegue a afirmar que los niños son del Estado y no de los padres.

Pero la realidad es que centros del prestigio científico de la clínica Johns Hopkins de Baltimore, pionera en las operaciones de cambio de sexo, dejó de hacerlas cuando tras estudiar cincuenta casos de transexuales, llegó a la conclusión que ninguno había obtenido beneficios con sus programas de identidad sexual. Además, según el DSM-V, hasta el 98% de niños con género confuso y hasta 88% de niñas con género confuso aceptan finalmente su sexo biológico tras pasar la pubertad de forma natural.

El Dr. Mayer, profesor del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Johns Hopkins, afirma: “Me alarmó saber que la comunidad LGTB sufre una tasa muy superior de problemas de salud mental en comparación con la población en su conjunto”.

Y es que la naturaleza acaba reclamando sus derechos. Empeñarse en una educación contra lo que la naturaleza reclama es una incongruencia y una violencia. Hay juguetes más aptos para las niñas y otros para los niños. El rosa es el color preferido de la inmensa mayoría de las niñas, por mucho que se empeñen algunas pseudoeducadoras con ganas de hacer el ridículo en considerarlo signo de opresión, y si a un joven transexual le metes en una cárcel de mujeres, probablemente saldrá alguna embarazada, como de hecho ya ha sucedido. Y por mucho que se empeñe alguien con los cromosomas XY no podrá ser madre.

PEDRO TREVIANO\*

## VIII. DISPARATES CIENTÍFICOS

La primera vez que oí hablar de la ideología de género, pensé, ante tal sarta de disparates, que mi interlocutor me estaba tomando el pelo. Cuando, a mi vez, me ha tocado explicar ante personas que me preguntan que qué es eso de la ideología de género, es decir, gente que no tiene ideas preconcebidas, normalmente tengo que asegurarles que estoy hablando en serio y que no me estoy riendo de ellos.

Y es que, si nos fijamos bien, la ideología de género encadena los disparates científicos con las aberraciones morales.

Empecemos por el aspecto científico. La ideología de género transmite una burda mentira, ya que niega la realidad del ser humano como hombre o mujer. Como dijo Benedicto XVI: Según esta filosofía, el sexo ya no es un acto originario de la naturaleza, que el hombre debe aceptar y llenar personalmente de sentido, sino un papel social sobre el que se decide autónomamente... Niega la propia naturaleza y decide que esta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear” (Discurso a la Curia Romana del 21 de diciembre del 2012). Según esta ideología soy yo quien decide libremente si deseo ser varón o mujer, como si yo, varón, no tuviese el cromosoma Y y un aparato genital masculino, bien distinto del femenino. Ahora bien, si yo decido ser mujer, pues lo soy y se acabó, lo que no impide que si fuese más joven y me mandan a una cárcel de mujeres, pueda dejar a alguna embarazada, como ya ha sucedido.

---

\*Publicado en *Infocat*, 9.11.2020.

El colmo de la idiotez es que me contaron que le preguntaron a una embarazada si esperaba niño o niña y respondió: “No lo sé, ya lo decidirá cuando sea mayor”.

Me parece también muy interesante lo sucedido en la clínica Johns Hopkins de Baltimore, donde el Dr. Money (Money es apellido) realizó numerosas operaciones de reasignación de sexo. Al morir este médico, se les ocurrió investigar a cincuenta transexuales tratados por el famoso médico. El resultado fue demoledor: ninguno de ellos había obtenido ningún beneficio con esos programas de identidad sexual.

El problema de esta ideología y sus afines es que, cuando lo que ellos defienden choca con la realidad, es la ideología la que tiene razón, no la realidad, mientras recuerdo que a mí me enseñaban en el Seminario: “contra el hecho no valen argumentos”, que desde luego me parece mucho más serio. Y aquí no puedo sino recordar el famoso autobús de Hazte Oír con su eslogan “Los niños tienen pene, las niñas tienen vagina”, pero que se oponía al políticamente correcto de “los niños tienen pene; los niños tienen vagina; las niñas tienen vagina; las niñas tienen pene” ... Pregunto: ¿desde cuándo los niños tienen vagina y las niñas pene? Pues el citado autobús no pudo entrar en varias ciudades por políticamente incorrecto para vergüenza y ganas de hacer el ridículo de quienes tal cosa impidieron.

Acabo de leer en *InfoCatólica* que Martina Navratilova, la mejor tenista mundial durante varios años y lesbiana se opone rotundamente a que los transexuales participen en competiciones femeninas, pues afirma en contra de lo políticamente correcto: “Las reglas sobre los atletas trans recompensan a los tramposos y castigan a los inocentes”. No hace mucho escribí en mi artículo en *InfoCatólica* “Necios” lo siguiente: “Creo que la tumba de la ideología de género va a ser el deporte femenino. Cuando se den treinta o cuarenta casos de transexuales que se llevan las medallas en los deportes femeninos, las mujeres, hartas que les roben sus medallas, se plantarán y dirán que el varón es varón y la mujer, mujer, y si alguien pretende otra cosa, que lo pruebe, que su palabra no basta”. A Navratilova se le están uniendo muchas otras deportistas, por lo que este movimiento ya ha empezado.

Pero sobre todo lo que a mí más me asombra es sus ganas de combatir la familia. La destrucción de la familia, como dicen las principales ideólogas de este movimiento, es uno de los objetivos principales a conseguir. En esta línea Simone de Beauvoir afirmó: “no debe permitirse a ninguna mujer quedarse en casa para criar a sus hijos. *La sociedad debe ser totalmente distinta. Las mujeres no deben tener esa posibilidad, precisamente porque si existiese, demasiadas mujeres optarían por ella*”. Para nosotros el matrimonio y la familia son ciertamente el fundamento básico de la sociedad, su célula primordial, el núcleo fundamental de la convivencia humana, el lugar privilegiado para todos y muy especialmente para los niños, de aprendizaje de los valores morales, espirituales y religiosos, lo que permite crear el espacio adecuado donde el amor, la educación y el desarrollo integral de la persona se pueden realizar de la mejor manera posible.

Lo malo de estos disparates científicos es que, con frecuencia, van acompañados de la maldad. Detrás de la ideología de género, y como bien escribió el entonces cardenal Bergoglio, en Carta a las Carmelitas Descalzas de Buenos Aires, está el príncipe de este mundo, es decir Satanás.

PEDRO TREVIANO\*

---

\*Publicado en *Portaluz*, 28.9.2020.

## IX. LOS ABORTOS CON SÍNDROME DE DOWN SON “EUGENESIA”

Senador de Estados Unidos: Los abortos con síndrome de Down son “eugenesia”.

El senador habló de una nueva legislación para prohibir los abortos por síndrome de Down. También abordó una de las principales preocupaciones en los próximos dos años: la financiación de los abortos por parte de los contribuyentes.

Los abortos con síndrome de Down son “eugenesia”, dijo el Presidente de la camarilla pro-vida del Senado, Steve Daines, en una entrevista el jueves refiriéndose a los abortos realizados debido a un diagnóstico prenatal de síndrome de Down: “Esto es eugenesia, y no podemos permitir que esto continúe en nuestro país”.

### HIPOCRESÍA EN MUCHOS SENADORES

Advirtió a sus compañeros senadores que apoyan las Olimpiadas Especiales pero que no votarán para prohibir estos abortos.

“Por un lado, estos pensadores y líderes proaborto aplaudirán las Olimpiadas Especiales. Por otro lado, apoyan los abortos selectivos para bebés con síndrome de Down. Para mí, esos son dos puntos de vista que están en gran conflicto entre sí”.

### HACE FALTA UNA NUEVA LEGISLACIÓN

El senador habló de una nueva legislación para prohibir los abortos por síndrome de Down. También abordó una de las principales preocupaciones en los próximos dos años: la financiación de los abortos por parte de los contribuyentes, y habló sobre la Marcha por la Vida y su fundación de la camarilla pro-vida en 2019.

Daines ha copatrocinado la Ley de Protección de las Personas con Síndrome de Down, patrocinada por el senador James Inhofe (R-Okla.), que prohíbe a un médico realizar un aborto que se solicita debido a un diagnóstico prenatal de síndrome de Down.

No está claro exactamente cuántos bebés son abortados debido a estos diagnósticos prenatales, pero se estima que el 67% de los bebés nonatos con síndrome de Down son abortados en los Estados Unidos. En algunos países como Islandia, se estima que la tasa de abortos para estos casos es cercana a 100%.

Daines calificó el aborto de bebés con síndrome de Down como *el tipo de discriminación más letal que se pueda imaginar*.

El debate sobre el tema ha llevado a algunos miembros pro-aborto a reflexionar, dijo Daines. Después de su discurso en el Senado el jueves en el que advirtió que *los bebés con síndrome de Down son los más amenazados en la Tierra*, Daines dijo que un senador demócrata se le acercó después y felicitó su discurso.

Él me dijo, “me hizo pensar, me hizo pensar adónde va esto si estás abortando selectivamente niños en función de sus cromosomas. ¿Adónde va esto ahora?” Y solo escuché y asentí con la cabeza y dije “tienes razón, esta es una cuestión

moral para nuestro país que está basando la vida en la capacidad y el potencial, en lugar de la dignidad que la vida debería tener, y es que todos los bebés, todos los humanos, fueron creados a imagen de Dios”\*.

## X. OTRO GRAVE ERROR DEL GOBIERNO: SE PERMITE ABRIR CENTROS COMERCIALES Y RESTAURANTES Y SE ORDENA CIERRE DE TEMPLOS

Las recientes medidas dadas por el gobierno para afrontar la segunda ola de la pandemia del Covid-19 ponen de manifiesto, una vez más, que nuestros gobernantes no comprenden a la sociedad peruana ni a quienes la integramos. Esto es grave puesto que, según el artículo 1º de la Constitución Política del Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Si quienes detentan los poderes del Estado tienen una visión limitada e incompleta de “la persona humana” no podrán defenderla ni respetar su dignidad. Y si, además, esa visión es distinta a la de la mayoría de los peruanos, estarían gobernando de espaldas a ellos. Según el censo nacional del año 2017, el 95% de los peruanos profesamos alguna religión según la cual la “persona humana” no es solo materia, sino que es un ser a la vez corporal y espiritual. Los cristianos, que conformamos casi todo ese 95% de peruanos, creemos que la unidad del alma y el cuerpo es tan profunda que su unión constituye una única naturaleza (CEC, 365). Todo indica, sin embargo, que nuestros actuales gobernantes no comparten esa visión y a la ya criticada contraposición entre salud y economía añaden ahora una más grave e infundada contraposición entre salud física y salud espiritual. Así, han dispuesto el cierre total de los templos y centros de culto en casi todo el Perú, mientras que en los mismos lugares se permite el funcionamiento de bancos, centros comerciales y hasta restaurantes, con un aforo que puede llegar hasta el 50%. Impedir incluso que los fieles oren de modo individual y con un aforo mínimo en los templos, que es lo más reciente dispuesto por el gobierno, viola la dignidad de los peruanos y los desampara ante sus necesidades espirituales.

A diferencia del individualismo materialista propio de la “cultura del descarte”, que incluye el aborto y la eutanasia que promueve el partido de gobierno, el incontable número de mártires en los veintiún siglos de vida de la Iglesia es testimonio de la importancia que para los cristianos tiene escuchar juntos la Palabra de Dios, participar en la celebración de la Eucaristía y acceder libremente al templo en el que reconocemos la presencia real de Cristo o al lugar de culto en el que nos encontramos con nuestros hermanos en la fe. Resulta por tanto altamente preocupante que nuestros gobernantes no reconozcan esta necesidad vital de la mayoría de los peruanos e incluso le den menos importancia que a encuentros meramente recreativos. Lo correcto sería que se preocupen por la salud integral de los peruanos, que no se reduce a la salud física, sino que incluye aquella espiritual, y que se permita la apertura de los templos y las celebraciones culturales, con las debidas medidas de bioseguridad que, por lo demás, hemos venido cumpliendo desde hace meses. Mientras tanto, tendremos que volver

---

\*Publicado en *Infocat*, 31.1.2021.

a la transmisión de la Misa por las redes sociales, aunque los sacerdotes seguirán disponibles a los fieles en los despachos parroquiales, sea para la confesión o dirección espiritual, unción de enfermos y todo aquello que esté a su alcance.

MONS. JAVIER ALBA DEL RÍO  
ARZOBISPO DE AREQUIPA/PERÚ\*

---

\*Publicado en *Boletín del Arzobispado de Arequipa/Perú*, Año 15 N° 656, 29.1.2021.



# DOCUMENTOS



PAPA FRANCISCO  
AUDIENCIAS GENERALES  
Patio de San Dámaso  
Miércoles, de agosto y septiembre de 2020

“CURAR EL MUNDO”: *SUBSIDIARIEDAD Y VIRTUD DE LA ESPERANZA*

Queridos hermanos y hermanas, ¡parece que el tiempo no es muy bueno, pero os digo buenos días igualmente!

Para salir mejores de una crisis como la actual, que es una crisis sanitaria y al mismo tiempo una crisis social, política y económica, cada uno de nosotros está llamado a asumir su parte de responsabilidad, es decir compartir la responsabilidad. Tenemos que responder no solo como individuos, sino también a partir de nuestro grupo de pertenencia, del rol que tenemos en la sociedad, de nuestros principios y, si somos creyentes, de la fe en Dios. Pero a menudo muchas personas no pueden participar en la reconstrucción del bien común porque son marginadas, son excluidas o ignoradas; ciertos grupos sociales no logran contribuir porque están ahogados económica o políticamente. En algunas sociedades, muchas personas no son libres de expresar la propia fe y los propios valores, las propias ideas: si las expresan van a la cárcel. En otros lugares, especialmente en el mundo occidental, muchos auto-reprimen las propias convicciones éticas o religiosas. Pero así no se puede salir de la crisis, o en cualquier caso no se puede salir mejores. Saldremos peores.

Para que todos podamos participar en el cuidado y la regeneración de nuestros pueblos, es justo que cada uno tenga los recursos adecuados para hacerlo (cfr. *Compendio de la doctrina social de la Iglesia [CDSC]*, 186). Después de la gran depresión económica de 1929, el Papa Pío XI explicó lo importante que era para una verdadera reconstrucción el *principio de subsidiariedad* (cfr. *Enc. Quadragesimo anno*, 79-80). Tal principio tiene un doble dinamismo: de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba. Quizá no entendamos qué significa esto, pero es un principio social que nos hace más unidos.

Por un lado, y sobre todo en tiempos de cambio, cuando los individuos, las familias, las pequeñas asociaciones o las comunidades locales no son capaces de alcanzar los objetivos primarios, entonces es justo que intervengan los niveles más altos del cuerpo social, como el Estado, para proveer los recursos necesarios e ir adelante. Por ejemplo, debido al confinamiento por el coronavirus, muchas personas, familias y actividades económicas se han encontrado y todavía se encuentran en grave dificultad, por eso las instituciones públicas tratan de ayudar con apropiadas intervenciones sociales, económicas, sanitarias: esta es su función, lo que deben hacer.

Pero por otro lado, los vértices de la sociedad deben respetar y promover los niveles intermedios o menores. De hecho, la contribución de los individuos, de las familias, de las asociaciones, de las empresas, de todos los cuerpos intermedios y también de las Iglesias es decisiva. Estos, con los propios recursos culturales, religiosos, económicos o de participación cívica, revitalizan y refuerzan el cuerpo social (cfr. *CDSC*, 185). Es decir, hay una colaboración de arriba hacia abajo, del Estado central al pueblo y de abajo hacia arriba: de las asociaciones populares hacia arriba. Y esto es precisamente el ejercicio del principio de subsidiariedad.

Cada uno debe tener la posibilidad de asumir la propia responsabilidad en los procesos de sanación de la sociedad de la que forma parte. Cuando se activa algún proyecto que se refiere directa o indirectamente a determinados grupos sociales, estos no pueden ser dejados fuera de la participación. Por ejemplo: “¿Qué haces tú? –Yo voy a trabajar por los pobres. –Qué bonito, y ¿qué haces? –Yo enseño a los pobres, yo digo a los pobres lo que deben hacer”. –No, esto no funciona, el primer paso es dejar que los pobres te digan cómo viven, qué necesitan: ¡Hay que dejar hablar a todos! Es así que funciona el principio de subsidiariedad. No podemos dejar fuera de la participación a esta gente; su sabiduría, la sabiduría de los grupos más humildes no puede dejarse de lado (cfr. Exhort. ap. postsin. *Querida Amazonia [QA]*, 32; Enc. *Laudato si'*, 63). Lamentablemente, esta injusticia se verifica a menudo allí donde se concentran grandes intereses económicos o geopolíticos, como por ejemplo ciertas actividades extractivas en algunas zonas del planeta (cfr. *QA*, 9.14). Las voces de los pueblos indígenas, sus culturas y visiones del mundo no se toman en consideración. Hoy, esta falta de respeto del *principio de subsidiariedad* se ha difundido como un virus. Pensemos en las grandes medidas de ayudas financieras realizadas por los Estados. Se escucha más a las grandes compañías financieras que a la gente o aquellos que mueven la economía real. Se escucha más a las compañías multinacionales que a los movimientos sociales. Queriendo decir esto con el lenguaje de la gente común: se escucha más a los poderosos que a los débiles y este no es el camino, no es el camino humano, no es el camino que nos ha enseñado Jesús, no es realizar el principio de subsidiariedad. Así no permitimos a las personas que sean “protagonistas del propio rescate”<sup>1</sup>. En el subconsciente colectivo de algunos políticos o de algunos sindicalistas está este lema: todo por el pueblo, nada con el pueblo. De arriba hacia abajo pero sin escuchar la sabiduría del pueblo, sin implementar esta sabiduría en el resolver los problemas, en este caso para salir de la crisis. O pensemos también en la forma de curar el virus: se escucha más a las grandes compañías farmacéuticas que a los trabajadores sanitarios, comprometidos en primera línea en los hospitales o en los campos de refugiados. Este no es un buen camino. Todos tienen que ser escuchados, los que están arriba y los que están abajo, todos.

Para salir mejores de una crisis, el *principio de subsidiariedad* debe ser implementado, respetando la autonomía y la capacidad de iniciativa de todos, especialmente de los últimos. Todas las partes de un cuerpo son necesarias y, como dice San Pablo, esas partes que podrían parecer más débiles y menos importantes, en realidad son las más necesarias (cfr. *1 Cor 12*, 22). A la luz de esta imagen, podemos decir que el principio de subsidiariedad permite a cada

---

<sup>1</sup>Mensaje para la Jornada Mundial del Migrante y del Refugiado 2020 (13 de mayo de 2020).

uno asumir el propio rol para el cuidado y el destino de la sociedad. Aplicarlo, aplicar el principio de subsidiariedad da esperanza, da esperanza en un futuro más sano y justo; y este futuro lo construimos juntos, aspirando a las cosas más grandes, ampliando nuestros horizontes<sup>2</sup>. O juntos o no funciona. O trabajamos juntos para salir de la crisis, a todos los niveles de la sociedad, o no saldremos nunca. Salir de la crisis no significa dar una pincelada de barniz a las situaciones actuales para que parezcan un poco más justas. Salir de la crisis significa cambiar, y el verdadero cambio lo hacen todos, todas las personas que forman el pueblo. Todos los profesionales, todos. Y todos juntos, todos en comunidad. Si no lo hacen todos el resultado será negativo.

En una catequesis precedente hemos visto cómo la solidaridad es el camino para salir de la crisis: nos une y nos permite encontrar propuestas sólidas para un mundo más sano. Pero este camino de solidaridad necesita la *subsidiariedad*. Alguno podrá decirme: “¡Pero padre hoy está hablando con palabras difíciles! Pero por esto trato de explicar qué significa. Solidarios, porque vamos en el camino de la subsidiariedad. De hecho, no hay verdadera solidaridad sin participación social, sin la contribución de los cuerpos intermedios: de las familias, de las asociaciones, de las cooperativas, de las pequeñas empresas, de las expresiones de la sociedad civil. Todos deben contribuir, todos. Tal participación ayuda a prevenir y corregir ciertos aspectos negativos de la globalización y de la acción de los Estados, como sucede también en el cuidado de la gente afectada por la pandemia. Estas contribuciones “desde abajo” deben ser incentivadas. Pero qué bonito es ver el trabajo de los voluntarios en la crisis. Los voluntarios que vienen de todas las partes sociales, voluntarios que vienen de las familias acomodadas y que vienen de las familias más pobres. Pero todos, todos juntos para salir. Esta es solidaridad y esto es el principio de subsidiariedad.

Durante el confinamiento nació de forma espontánea el gesto del aplauso para los médicos y los enfermeros y las enfermeras como signo de aliento y de esperanza. Muchos han arriesgado la vida y muchos han dado la vida. Extendemos este aplauso a cada miembro del cuerpo social, a todos, a cada uno, por su valiosa contribución, por pequeña que sea. “¿Pero qué podrá hacer ese de allí? –Escúchale, dale espacio para trabajar, consúltale”. Aplaudimos a los “descartados”, los que esta cultura califica de “descartados”, esta cultura del descarte, es decir aplaudimos a los ancianos, a los niños, las personas con discapacidad, aplaudimos a los trabajadores, todos aquellos que se ponen al servicio. Todos colaboran para salir de la crisis. ¡Pero no nos detengamos solo en el aplauso! La esperanza es audaz, así que animémonos a soñar en grande. Hermanos y hermanas, ¡aprendamos a soñar en grande! No tengamos miedo de soñar en grande, buscando los ideales de justicia y de amor social que nacen de la esperanza. No intentemos reconstruir el pasado, el pasado es pasado, nos esperan cosas nuevas. El Señor ha prometido: “Yo haré nuevas todas las cosas”. Animémonos a soñar en grande buscando estos ideales, no tratemos de reconstruir el pasado, especialmente el que era injusto y ya estaba enfermo. Construyamos un futuro donde la dimensión local y la global se enriquecen mutuamente –cada uno puede dar su parte, cada uno debe dar su parte, su cultura, su filosofía, su forma de pensar–, donde la belleza y la riqueza

---

<sup>2</sup>Cfr. Discurso a los jóvenes del Centro Cultural Padre Félix Varela, La Habana, Cuba, 20 de septiembre de 2015.

de los grupos menores, también de los grupos descartados, pueda florecer porque también allí hay belleza, y donde quien tiene más se comprometa a servir y dar más a quien tiene menos.

Miércoles, 2 de septiembre de 2020

“CURAR EL MUNDO”: LA SOLIDARIDAD Y LA VIRTUD DE LA FE

*Queridos hermanos y hermanas, ¡buenos días!*

Después de tantos meses retomamos nuestro encuentro cara a cara y no pantalla a pantalla. Cara a cara. ¡Esto es bonito! La pandemia actual ha puesto de relieve nuestra interdependencia: todos estamos vinculados, los unos con los otros, tanto en el bien como en el mal. Por eso, para salir mejores de esta crisis, debemos hacerlo juntos. Juntos, no solos, juntos. Solos no, ¡porque no se puede! O se hace juntos o no se hace. Debemos hacerlo juntos, todos, en la solidaridad. Hoy quisiera subrayar esta palabra: solidaridad.

Como familia humana tenemos el origen común en Dios; vivimos en una casa común, el planeta-jardín, la tierra en la que Dios nos ha puesto; y tenemos un destino común en Cristo. Pero cuando olvidamos todo esto, nuestra interdependencia se convierte en dependencia de unos hacia otros –perdemos esta armonía de interdependencia en la solidaridad–, aumentando la desigualdad y la marginación; se debilita el tejido social y se deteriora el ambiente. Siempre es lo mismo que actuar.

Por tanto, el principio de solidaridad es hoy más necesario que nunca, como ha enseñado Juan Pablo II (cfr. Enc. *Sollicitudo rei socialis*, 38-40). De una forma interconectada, experimentamos qué significa vivir en la misma “aldea global”. Es bonita esta expresión: el gran mundo no es otra cosa que una aldea global, porque todo está interconectado. Pero no siempre transformamos esta interdependencia en solidaridad. Hay un largo camino entre la interdependencia y la solidaridad. Los egoísmos –individuales, nacionales y de los grupos de poder– y las rigideces ideológicas alimentan, al contrario, “estructuras de pecado” (*ibid.*, 36).

“La palabra ‘solidaridad’ está un poco desgastada y a veces se la interpreta mal, pero es mucho más que algunos actos esporádicos de generosidad. ¡Es más! Supone crear una nueva mentalidad que piense en términos de comunidad, de prioridad de la vida de todos sobre la apropiación de los bienes por parte de algunos” (Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 188). Esto significa solidaridad. No es solo cuestión de ayudar a los otros –esto está bien hacerlo, pero es más–: se trata de justicia (cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1938-1940). La interdependencia, para ser solidario y fructífero, necesita raíces fuertes en la humanidad y en la naturaleza creada por Dios, necesita respeto por los rostros y la tierra.

La *Biblia*, desde el principio, nos advierte. Pensemos en el pasaje de la Torre de Babel (cfr. *Gen* 11, 1-9) que describe lo que sucede cuando tratamos de llegar al cielo –nuestra meta– ignorando el vínculo con la humanidad, con la creación y con el Creador. Es una forma de hablar: esto sucede cada vez que uno quiere subir, subir, sin tener en cuenta a los otros. ¡Yo solo! Pensemos en la torre. Construimos

torres y rascacielos, pero destruimos la comunidad. Unificamos edificios y lenguas, pero mortificamos la riqueza cultural. Queremos ser amos de la Tierra, pero arruinamos la biodiversidad y el equilibrio ecológico. Os conté en alguna otra audiencia de esos pescadores de San Benedetto del Tronto que vinieron este año y me dijeron: “Hemos sacado del mar 24 toneladas de basura, de las cuales la mitad era plástico”. ¡Pensad! Estos tienen el espíritu de recoger los peces, sí, pero también la basura y sacarla para limpiar el mar. Pero esta [contaminación] es arruinar la tierra, no tener solidaridad con la tierra que es un don y un equilibrio ecológico.

Recuerdo una historia medieval que describe este “síndrome de Babel”, que es cuando no hay solidaridad. Esta historia medieval dice que, durante la construcción de la torre, cuando un hombre caía –eran esclavos– y moría nadie decía nada, como mucho: “Pobrecillo, se ha equivocado y ha caído”. Sin embargo, si caía un ladrillo, todos se lamentaban. ¡Y si alguno era culpable, era castigado! ¿Por qué? Porque un ladrillo era caro de hacer, de preparar, de cocer. Se necesitaba tiempo y trabajo para hacer un ladrillo. Un ladrillo valía más que la vida humana. Cada uno de nosotros piense en qué sucede hoy. Lamentablemente también hoy puede suceder algo parecido. Caen la cuota del mercado financiero –lo hemos visto en los periódicos estos días– y la noticia está en todas las agencias. Caen miles de personas por el hambre, la miseria y nadie habla de ello.

Diametralmente opuesto a Babel es Pentecostés (cfr. *Hch* 2, 1-3), lo hemos escuchado al principio de la audiencia. El Espíritu Santo, descendiendo del alto como viento y fuego, inviste la comunidad cerrada en el cenáculo, la infunde la fuerza de Dios, la impulsa a salir, a anunciar a todos a Jesús Señor. El Espíritu crea la unidad en la diversidad, crea la armonía. En la historia de la Torre de Babel no hay armonía; había ese ir adelante para ganar. Allí, el hombre era un mero instrumento, mera “fuerza-trabajo”, pero aquí, en Pentecostés, cada uno de nosotros es un instrumento, pero un instrumento comunitario que participa con todo su ser a la edificación de la comunidad. San Francisco de Asís lo sabía bien, y animado por el Espíritu daba a todas las personas, es más, a las criaturas, el nombre de hermano o hermana (cfr. *LS*, 11; cfr. San Buenaventura, *Legenda maior*, VIII, 6: *FF* 1145). También el hermano lobo, recordemos.

Con Pentecostés, Dios se hace presente e inspira la fe de la comunidad unida en la diversidad y en la solidaridad. Diversidad y solidaridad unidas en armonía, este es el camino. Una diversidad solidaria posee los “anticuerpos” para que la singularidad de cada uno –que es un don, único e irrepetible– no se enferme de individualismo, de egoísmo. La diversidad solidaria posee también los anticuerpos para sanar estructuras y procesos sociales que han degenerado en sistemas de injusticia, en sistemas de opresión (cfr. *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, 192). Por tanto, la solidaridad hoy es el camino para recorrer hacia un mundo postpandemia, hacia la sanación de nuestras enfermedades interpersonales y sociales. No hay otra. O vamos adelante con el camino de la solidaridad o las cosas serán peores. Quiero repetirlo: de una crisis no se sale igual que antes. La pandemia es una crisis. De una crisis se sale o mejores o peores. Tenemos que elegir nosotros. Y la solidaridad es precisamente un camino para salir de la crisis mejores, no con cambios superficiales, con una capa de pintura así y todo está bien. No. ¡Mejores!

En medio de la crisis, una solidaridad guiada por la fe nos permite traducir el amor de Dios en nuestra cultura globalizada, no construyendo torres o muros –y

cuántos muros se están construyendo hoy– que dividen pero después caen, sino tejiendo comunidad y apoyando procesos de crecimiento verdaderamente humano y solidario. Y para esto ayuda la solidaridad. Hago una pregunta: ¿yo pienso en las necesidades de los otros? Cada uno que responda en su corazón.

En medio de crisis y tempestades, el Señor nos interpela y nos invita a despertar y activar esta solidaridad capaz de dar solidez, apoyo y un sentido a estas horas en las que todo parece naufragar. Que la creatividad del Espíritu Santo pueda animarnos a generar nuevas formas de hospitalidad familiar, de fraternidad fecunda y de solidaridad universal. Gracias.

Miércoles, 12 de agosto de 2020

“CURAR EL MUNDO”: FE Y DIGNIDAD HUMANA

*Queridos hermanos y hermanas, ¡buenos días!*

La pandemia ha puesto de relieve lo vulnerables e interconectados que estamos todos. Si no cuidamos el uno del otro, empezando por los últimos, por los que están más afectados, incluso de la creación, no podemos sanar el mundo.

Es loable el compromiso de tantas personas que en estos meses están demostrando el amor humano y cristiano hacia el prójimo, dedicándose a los enfermos poniendo también en riesgo su propia salud. ¡Son héroes! Sin embargo, el coronavirus no es la única enfermedad que hay que combatir, sino que la pandemia ha sacado a la luz patologías sociales más amplias. Una de estas es la visión distorsionada de la persona, una mirada que ignora su dignidad y su carácter relacional. A veces miramos a los otros como objetos, para usar y descartar. En realidad, este tipo de mirada ciega y fomenta una cultura del descarte individualista y agresiva, que transforma el ser humano en un bien de consumo (cfr. Exhort. ap. *Evangelii gaudium*, 53; Enc. *Laudato sí'* [LS], 22).

A la luz de la fe sabemos, sin embargo, que Dios mira al hombre y a la mujer de otra manera. Él nos ha creado no como objetos, sino como personas amadas y capaces de amar; nos ha creado a su imagen y semejanza (cfr. *Gen* 1, 27). De esta manera nos ha donado una dignidad única, invitándonos a vivir en comunión con Él, en comunión con nuestras hermanas y nuestros hermanos, en el respeto de toda la creación. En comunión, en armonía, podemos decir. La creación es una armonía en la que estamos llamados a vivir. Y en esta comunión, en esta armonía que es comunión, Dios nos dona la capacidad de procrear y de custodiar la vida (cfr. *Gen* 1, 28-29), de trabajar y cuidar la tierra (cfr. *Gen* 2,15; LS, 67). Se entiende que no se puede procrear y custodiar la vida sin armonía; será destruida.

De esa mirada individualista, la que no es armonía, tenemos un ejemplo en los Evangelios, en la petición que la madre de Santiago y Juan hace a Jesús (cfr. *Mt* 20, 20-28). Ella quiere que sus hijos puedan sentarse a la derecha y a la izquierda del nuevo rey. Pero Jesús propone otro tipo de visión: la del servicio y del dar la vida por los otros, y la confirma devolviendo inmediatamente después la vista a dos ciegos y haciéndoles sus discípulos (cfr. *Mt* 20, 29-34). Tratar de trepar en la vida, de ser superiores a los otros, destruye la armonía. Es la lógica del dominio, de dominar a los otros. La armonía es otra cosa: es el servicio.

Pidamos, por tanto, al Señor que nos dé ojos atentos a los hermanos y a las hermanas, especialmente a aquellos que sufren. Como discípulos de Jesús no queremos ser indiferentes ni individualistas, estas son las dos actitudes malas contra la armonía. Indiferente: yo miro a otro lado. Individualistas: mirar solamente el propio interés. La armonía creada por Dios nos pide mirar a los otros, las necesidades de los otros, los problemas de los otros, estar en comunión. Queremos reconocer la dignidad humana en cada persona, cualquiera que sea su raza, lengua o condición. La armonía te lleva a reconocer la dignidad humana, esa armonía creada por Dios, con el hombre en el centro.

El Concilio Vaticano II subraya que esta dignidad es inalienable, porque “ha sido creada a imagen de Dios” (Const. past. *Gaudium et spes*, 12). Es el fundamento de toda la vida social y determina los principios operativos. En la cultura moderna, la referencia más cercana al principio de la dignidad inalienable de la persona es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que San Juan Pablo II definió “piedra miliar puesta en el largo y difícil camino del género humano”<sup>3</sup>, y como “una de las más altas expresiones de la conciencia humana”<sup>4</sup>. Los derechos no son solo individuales, sino también sociales; son de los pueblos, de las naciones<sup>5</sup>. El ser humano, de hecho, en su dignidad personal, es un ser social, creado a imagen de Dios Uno y Trino. Nosotros somos seres sociales, necesitamos vivir en esta armonía social, pero cuando hay egoísmo, nuestra mirada no va a los otros, a la comunidad, sino que vuelve sobre nosotros mismos y esto nos hace feos, malos, egoístas, destruyendo la armonía.

Esta renovada conciencia de la dignidad de todo ser humano tiene serias implicaciones sociales, económicas y políticas. Mirar al hermano y a toda la creación como don recibido por el amor del Padre suscita un comportamiento de atención, de cuidado y de estupor. Así el creyente, contemplando al prójimo como un hermano y no como un extraño, lo mira con compasión y empatía, no con desprecio o enemistad. Y contemplando el mundo a la luz de la fe, se esfuerza por desarrollar, con la ayuda de la gracia, su creatividad y su entusiasmo para resolver los dramas de la historia. Concibe y desarrolla sus capacidades como responsabilidades que brotan de su fe<sup>6</sup>, como dones de Dios para poner al servicio de la humanidad y de la creación.

Mientras todos nosotros trabajamos por la cura de un virus que golpea a todos indistintamente, la fe nos exhorta a comprometernos seria y activamente para contrarrestar la indiferencia delante de las violaciones de la dignidad humana. Esta cultura de la indiferencia que acompaña la cultura del descarté: las cosas que no me tocan no me interesan. La fe siempre exige que nos dejemos sanar y convertir de nuestro individualismo, tanto personal como colectivo; un individualismo de partido, por ejemplo.

Que el Señor pueda “devolvernos la vista” para redescubrir qué significa ser miembros de la familia humana. Y esta mirada pueda traducirse en acciones concretas de compasión y respeto para cada persona y de cuidado y custodia para nuestra casa común.

---

<sup>3</sup>Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas (2 de octubre de 1979), 7.

<sup>4</sup>Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas (5 de octubre de 1995), 2.

<sup>5</sup>Cfr Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, 157.

<sup>6</sup>Ibid.

# BENEDICTO XVI, *SACRAMENTUM CARITATIS*, EXHORTACIÓN APOSTÓLICA SOBRE LA EUCARISTÍA (Extracto referido al testimonio de los católicos en su vida personal y especialmente social)

## EUCARISTÍA Y TRANSFORMACIÓN MORAL

82. Descubrir la belleza de la forma eucarística de la vida cristiana nos lleva a reflexionar también sobre la fuerza moral que dicha forma produce para defender la auténtica libertad de los hijos de Dios. Con esto deseo recordar una temática surgida en el Sínodo sobre la relación entre *forma eucarística de la vida y transformación moral*. El Papa Juan Pablo II afirmaba que la vida moral “posee el valor de un ‘culto espiritual’ (Rm 12,1; cf. Flp 3,3) que nace y se alimenta de aquella inagotable fuente de santidad y glorificación de Dios que son los sacramentos, especialmente la Eucaristía; en efecto, participando en el sacrificio de la Cruz, el cristiano comulga con el amor de donación de Cristo y se capacita y compromete a vivir esta misma caridad en todas sus actitudes y comportamientos de vida”. En definitiva, “en el ‘culto’ mismo, en la comunión eucarística, está incluido a la vez el ser amado y el amar a los otros. Una Eucaristía que no comporte un ejercicio práctico del amor es fragmentaria en sí misma”.

Esta referencia al valor moral del culto espiritual no se ha de interpretar en clave moralista. Es ante todo el gozoso descubrimiento del dinamismo del amor en el corazón que acoge el don del Señor, se abandona a Él y encuentra la verdadera libertad. La transformación moral que comporta el nuevo culto instituido por Cristo, es una tensión y un deseo cordial de corresponder al amor del Señor con todo el propio ser, a pesar de la conciencia de la propia fragilidad. Todo esto está bien reflejado en el relato evangélico de Zaqueo (cf. Lc 19,1-10). Después de haber hospedado a Jesús en su casa, el publicano se ve completamente transformado: decide dar la mitad de sus bienes a los pobres y devuelve cuatro veces más a quienes había robado. El impulso moral, que nace de acoger a Jesús en nuestra vida, brota de la gratitud por haber experimentado la inmerecida cercanía del Señor.

## COHERENCIA EUCARÍSTICA

83. Es importante notar lo que los Padres sinodales han denominado *coherencia eucarística*, a la cual está llamada objetivamente nuestra vida. En efecto, el culto agradable a Dios nunca es un acto meramente privado, sin consecuencias en nuestras relaciones sociales: al contrario, exige el testimonio público de la propia fe. Obviamente, esto vale para todos los bautizados, pero tiene una importancia particular para quienes, por la posición social o política que ocupan, han de tomar decisiones sobre valores fundamentales, como el respeto y la defensa de la vida humana, desde su concepción hasta su fin natural, la familia fundada en el matrimonio entre hombre y mujer, la libertad de educación de los hijos y la promoción del bien común en todas sus formas. Estos valores no son negociables. Así pues, los políticos y los legisladores católicos, conscientes de su grave responsabilidad

social, deben sentirse particularmente interpelados por su conciencia, rectamente formada, para presentar y apoyar leyes inspiradas en los valores fundados en la naturaleza humana. Esto tiene además una relación objetiva con la Eucaristía (cf. 1 Co 11,27-29). Los Obispos han de llamar constantemente la atención sobre estos valores. Ello es parte de su responsabilidad para con la grey que se les ha confiado.

## PAPA JUAN PABLO II

### ÁNGELUS

### Solemnidad de la Inmaculada Concepción

### Sábado 8 de diciembre de 1979

#### 1. *Tota pulchra es, María!*...

Hoy toda Roma desea manifestar su veneración y su amor a esa *Belleza única que se llama María*.

Esta tarde iremos a la plaza de España, a la columna en cuya cima está la Inmaculada, iremos a hablarle, como cada año, con el lenguaje de esta especial tradición romana.

Luego nos reuniremos en Santa María la Mayor, en la primera basílica mariana de Roma, para celebrar la liturgia solemne, para ofrecer el Sacrificio de su Hijo, dando gracias a la Santísima Trinidad por *el don de la Inmaculada Concepción*.

Daremos gracias por este don sobre el fondo del Adviento de la Iglesia y de la humanidad, el Adviento que todos los años se renueva en la liturgia y permanece constantemente en la historia del hombre.

Así como sobre el fondo de aquel Adviento que precedió a la primera venida de Cristo, Dios, mediante el misterio de la Inmaculada Concepción, de Aquella a quien escogió como Madre suya, encendió la luz escondida del Espíritu, así también *la misma Luz*, revelada a la Iglesia, nos acompaña en el camino a través del tiempo del segundo Adviento.

Nos acompaña e ilumina la esperanza del hombre, cuyos caminos pasan frecuentemente a través de las tinieblas.

2. Hoy, para hablar de María, de esa Belleza que solo Dios conoce plenamente, pero que al mismo tiempo, dice tanto al hombre, queremos servirnos de las palabras de dos entre los más grandes Padres y escritores de la Iglesia *de Oriente y de Occidente*.

Comentando un versículo del Salmo 86, san Germán de Constantinopla dice así

“Qué pregón tan glorioso para ti, ciudad de Dios”, nos canta el Santo David, inspirado por el Espíritu. Al aludir de modo clarísimo a la ciudad del gran Rey, de la que se dicen cosas estupendas habla sin duda de Aquella que realmente fue elegido y que se eleva sobre todos, no por las casas más altas, no por las colinas elevadas, sino porque sobresale con mucho por el esplendor de divinas virtudes magníficas, por la pureza extraordinaria; (habla) de María, la castísima e Inmaculada Madre de Dios, en la que habitó el que es verdadera-

mente Rey de reyes y Señor de los señores, o mejor, Aquella en quien habitó corporalmente la plenitud de la divinidad (*Hom. 9: PG 98 372*).

Y he aquí cómo el gran obispo de Milán, san Ambrosio, nos presenta a María como la “prorredimida” por Cristo, su Hijo:

En verdad dichosa (María), porque fue superior al sacerdote (Zacarías). Mientras este había rehusado creer, la Virgen enmendó su error. No es de extrañar que el Señor, debiendo redimir al mundo, haya comenzado por María su obra: si por medio de Ella se preparaba la salvación a todos los hombres, Ella debía ser la primera en recibir de su Hijo el fruto de la salvación (*Exposit, Evangelii sec. Lucam II, 17; PL 15, 1559*).

De modo especial he querido poner juntas estas dos voces, porque en las dos hablan ambas tradiciones: la de Oriente y la de Occidente, unidas en la veneración de esa Belleza, que Dios mismo preparó *al comienzo del misterio de la Encarnación*. Dentro de poco repetiremos las palabras con las que el arcángel Gabriel saludó a María en el momento de la Anunciación: “Llena de gracia” (*Lc 1, 28*). El hombre es sensible a la belleza, no solo a la belleza visible que se percibe por los sentidos, sino también a la belleza del espíritu.

En las palabras del Arcángel, pronunciadas durante la Anunciación, se habla claramente de la mayor belleza espiritual, que tiene su origen en Dios mismo. Y sobre todo Él mismo encuentra en ella complacencia.

Pidamos que esta belleza, la belleza de la gracia de Dios, no cese jamás de atraer los corazones humanos.

## VIAJE APOSTÓLICO DE SU SANTIDAD JUAN PABLO II A POLONIA (16-19 de agosto de 2020)

### CONSAGRACIÓN DEL SANTUARIO DE LA MISERICORDIA DIVINA Homilía en el Santuario de la Misericordia Divina, Cracovia Sábado 17 de agosto de 2002

*Oh inconcebible e insondable misericordia de Dios, ¿quién te puede adorar y exaltar de modo digno? Oh sumo atributo de Dios omnipotente, tú eres la dulce esperanza de los pecadores (Diario, 951, ed. it. 2001, p. 341).*

Amadísimos hermanos y hermanas:

1. Repito hoy estas sencillas y sinceras palabras de santa Faustina, para adorar juntamente con ella y con todos vosotros el misterio inconcebible e insondable de la misericordia de Dios. Como ella, queremos profesar que, fuera de la misericordia de Dios, no existe otra fuente de esperanza para el hombre. Deseamos repetir con fe: *Jesús, confío en ti.*

De este anuncio, que expresa la confianza en el amor omnipotente de Dios, tenemos particularmente necesidad en nuestro tiempo, en el que el hombre se siente perdido ante las múltiples manifestaciones del mal. Es preciso que *la invocación de la misericordia de Dios* brote de lo más íntimo de los corazones llenos de sufrimiento, de temor e incertidumbre, pero, al mismo tiempo, en busca de una fuente infalible de esperanza. Por eso, venimos hoy aquí, al santuario de Lagiewniki, para redescubrir en Cristo el rostro del Padre: de aquel que es “Padre misericordioso y Dios de toda consolación” (2 Co 1, 3). Con los ojos del alma deseamos contemplar los ojos de Jesús misericordioso, para descubrir en la profundidad de esta mirada el reflejo de su vida, así como la luz de la gracia que hemos recibido ya tantas veces, y que Dios nos reserva para todos los días y para el último día.

2. Estamos a punto de dedicar este nuevo templo a la Misericordia de Dios. Antes de este acto, quiero *dar las gracias de corazón* a los que han contribuido a su construcción. Doy las gracias de modo especial al cardenal Franciszek Macharski, que ha trabajado tanto por esta iniciativa, manifestando su devoción a la Misericordia divina. Abrazo con afecto a las Religiosas de la Bienaventurada Virgen María de la Misericordia y les agradezco su obra de difusión del mensaje legado por santa Faustina. Saludo a los cardenales y a los obispos de Polonia, encabezados por el cardenal primado, así como a los obispos procedentes de diversas partes del mundo. Me alegra la presencia de los sacerdotes diocesanos y religiosos, así como de los seminaristas.

Saludo de corazón a todos los que participan en esta celebración y, de modo particular, a los representantes de la Fundación del santuario de la Misericordia Divina, que se ocupó de su construcción, y a los obreros de las diversas empresas. Sé que muchos de los aquí presentes han sostenido materialmente con generosidad esta construcción. Pido a Dios que recompense su magnanimidad y su compromiso con su bendición.

3. Hermanos y hermanas, mientras dedicamos esta nueva iglesia, podemos hacernos la pregunta que afligía al rey Salomón cuando estaba consagrando como morada de Dios el templo de Jerusalén: “¿Es que verdaderamente habitará Dios con los hombres sobre la tierra? Si los cielos y los cielos de los cielos no pueden contenerte, ¡cuánto menos esta casa que yo te he construido!” (1 R 8, 27). Sí, a primera vista, vincular determinados “espacios” a la presencia de Dios podría parecer inoportuno. Sin embargo, es preciso recordar que el tiempo y el espacio pertenecen totalmente a Dios. Aunque el tiempo y todo el mundo pueden considerarse su “templo”, existen tiempos y lugares que Dios elige para que en ellos los hombres experimenten de modo especial su presencia y su gracia. Y la gente, impulsada por el sentido de la fe, acude a estos lugares, segura de ponerse verdaderamente delante de Dios, presente en ellos.

Con este mismo espíritu de fe he venido a Lagiewniki, para dedicar este nuevo templo, convencido de que es un lugar especial elegido por Dios para derramar la gracia de su misericordia. Oro para que esta iglesia sea siempre un lugar de anuncio del mensaje sobre el amor misericordioso de Dios; un lugar de conversión y de penitencia; un lugar de celebración de la Eucaristía, fuente de la misericordia; un lugar de oración y de imploración asidua de la misericordia para nosotros y para el mundo. Oro con las palabras de Salomón: “Atiende a la plegaria de tu siervo y a su petición, Señor Dios mío, y escucha el clamor y la plegaria que tu siervo hace hoy en tu presencia, que tus ojos estén abiertos día

y noche sobre esta casa. (...) Oye, pues, la plegaria de tu siervo y de tu pueblo Israel cuando oren en este lugar. Escucha tú desde el lugar de tu morada, desde el cielo, escucha y perdona" (1 R 8, 28-30).

4. "Pero llega la hora, ya está aquí, en que los adoradores verdaderos adorarán al Padre en Espíritu y en verdad, porque el Padre desea que le den culto así" (Jn 4, 23). Cuando leemos estas palabras de nuestro Señor Jesucristo en el santuario de la Misericordia Divina, nos damos cuenta de modo muy particular de que *no podemos presentarnos aquí si no es en Espíritu y en verdad*. Es el Espíritu Santo, Consolador y Espíritu de verdad, quien nos conduce por los caminos de la Misericordia divina. Él, convenciendo al mundo "en lo referente al pecado, en lo referente a la justicia y en lo referente al juicio" (Jn 16, 8), al mismo tiempo revela la plenitud de la salvación en Cristo. Este convencer en lo referente al pecado tiene lugar en *una doble relación con la cruz de Cristo*. Por una parte, el Espíritu Santo nos permite reconocer, mediante la cruz de Cristo, el pecado, todo pecado, *en toda la dimensión del mal, que encierra y esconde en sí*. Por otra, el Espíritu Santo nos permite ver, siempre mediante la cruz de Cristo, el pecado *a la luz del mysterium pietatis*, es decir, del amor misericordioso e indulgente de Dios (cf. *Dominum et vivificantem*, 32).

Y así, el "convencer en lo referente al pecado", se transforma al mismo tiempo en un convencer de que *el pecado puede ser perdonado* y el hombre puede corresponder de nuevo a la dignidad de hijo predilecto de Dios. En efecto, la cruz "es la inclinación más profunda de la Divinidad hacia el hombre (...). La cruz es como un toque del amor eterno sobre las heridas más dolorosas de la existencia terrena del hombre" (*Dives in misericordia*, 8). La piedra angular de este santuario, tomada del monte Calvario, en cierto modo de la base de la cruz en la que Jesucristo venció el pecado y la muerte, recordará siempre esta verdad.

Creo firmemente que en este nuevo templo las personas se presentarán siempre ante Dios en Espíritu y en verdad. Vendrán con la confianza que asiste a cuantos abren humildemente su corazón a la acción misericordiosa de Dios, al amor que ni siquiera el pecado más grande puede derrotar. Aquí, en el fuego del amor divino, los corazones arderán anhelando la conversión, y todo el que busque la esperanza encontrará alivio.

5. "Padre eterno, te ofrezco el Cuerpo y la Sangre, el alma y la divinidad de tu amadísimo Hijo, nuestro Señor Jesucristo, por los pecados nuestros y del mundo entero; por su dolorosa pasión, ten misericordia de nosotros y del mundo entero" (*Diario*, 476, ed. it., p. 193). *De nosotros y del mundo entero...* ¡Cuánta necesidad de la misericordia de Dios tiene el mundo de hoy! En todos los continentes, desde lo más profundo del sufrimiento humano parece elevarse la invocación de la misericordia. Donde reinan el odio y la sed de venganza, donde la guerra causa el dolor y la muerte de los inocentes se necesita la gracia de la misericordia para calmar las mentes y los corazones, y hacer que brote la paz. Donde no se respeta la vida y la dignidad del hombre se necesita el amor misericordioso de Dios, a cuya luz se manifiesta el inexpresable valor de todo ser humano. Se necesita la misericordia para hacer que toda injusticia en el mundo termine en el resplandor de la verdad.

Por eso hoy, en este santuario, quiero *consagrar solemnemente el mundo a la Misericordia divina*. Lo hago con el deseo ardiente de que el mensaje del amor misericordioso de Dios, proclamado aquí a través de santa Faustina, *llegue a*

*todos los habitantes de la tierra* y llene su corazón de esperanza. Que este mensaje se difunda desde este lugar a toda nuestra amada patria y al mundo. Ojalá se cumpla la firme promesa del Señor Jesús: de aquí debe salir “la chispa que preparará al mundo para su última venida” (cf. *Diario*, 1732, ed. it., p. 568). Es preciso encender esta chispa de la gracia de Dios. Es preciso transmitir al mundo este fuego de la misericordia. *En la misericordia de Dios el mundo encontrará la paz, y el hombre, la felicidad*. Os encomiendo esta tarea a vosotros, amadísimos hermanos y hermanas, a la Iglesia que está en Cracovia y en Polonia, y a todos los devotos de la Misericordia divina que vengan de Polonia y del mundo entero. *¡Sed testigos de la misericordia!*

6. Dios, Padre misericordioso, que has revelado tu amor en tu Hijo Jesucristo y lo has derramado sobre nosotros en el Espíritu Santo, Consolador, te encomendamos hoy el destino del mundo y de todo hombre.

Inclínate hacia nosotros, pecadores; sana nuestra debilidad; derrota todo mal; haz que todos los habitantes de la tierra experimenten tu misericordia, para que en ti, Dios uno y trino, encuentren siempre la fuente de la esperanza.

Padre eterno, por la dolorosa pasión y resurrección de tu Hijo, ten misericordia de nosotros y del mundo entero. Amén.

# CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE

## Carta

### *Samaritanus Bonus*

## sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida

### INTRODUCCIÓN

El Buen Samaritano que deja su camino para socorrer al hombre enfermo (cfr. Lc 10, 30-37) es la imagen de Jesucristo que encuentra al hombre necesitado de salvación y cuida de sus heridas y su dolor con “el aceite del consuelo y el vino de la esperanza”<sup>1</sup>. Él es el médico de las almas y de los cuerpos y “el testigo fiel” (Ap 3, 14) de la presencia salvífica de Dios en el mundo. Pero ¿cómo concretar hoy este mensaje? ¿Cómo traducirlo en una capacidad de acompañamiento de la persona enferma en las fases terminales de la vida de manera que se le ayude respetando y promoviendo siempre su inalienable dignidad humana, su llamada a la santidad y, por tanto, el valor supremo de su misma existencia?

El extraordinario y progresivo desarrollo de las tecnologías biomédicas ha acrecentado de manera exponencial las capacidades clínicas de la medicina en el diagnóstico, en la terapia y en el cuidado de los pacientes. La Iglesia mira con esperanza la investigación científica y tecnológica, y ve en ellas una oportunidad favorable de servicio al bien integral de la vida y de la dignidad de todo ser humano<sup>2</sup>. Sin embargo, estos progresos de la tecnología médica, si bien preciosos, no son determinantes por sí mismos para calificar el sentido propio y el valor de la vida humana. De hecho, todo progreso en las destrezas de los agentes sanitarios reclama una creciente y sabia capacidad de discernimiento moral<sup>3</sup> para evitar el uso desproporcionado y deshumanizante de las tecnologías, sobre todo en las fases críticas y terminales de la vida humana.

Por otro lado, la gestión organizativa y la elevada articulación y complejidad de los sistemas sanitarios contemporáneos pueden reducir la relación de confianza entre el médico y el paciente a una relación meramente técnica y contractual, un riesgo que afecta, sobre todo, a los países donde se están aprobando leyes que legitiman formas de suicidio asistido y de eutanasia voluntaria de los enfermos más vulnerables. Estas niegan los límites éticos y jurídicos de la autodeterminación del sujeto enfermo, oscureciendo de manera preocupante el valor de la vida humana en la enfermedad, el sentido del sufrimiento y el significado del tiempo

---

<sup>1</sup>Misal Romano reformado por mandato del Concilio Euménico Vaticano II, promulgado por la autoridad del papa Pablo VI, revisado por el papa Juan Pablo II, Conferencia Episcopal Española, Madrid 2017, Prefacio común VIII, p. 515.

<sup>2</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, Ed. Salterae, Maliaño (Cantabria – España) 2017, n. 6.

<sup>3</sup>Benedicto XVI, Carta Enc. *Spes salvi* (30 noviembre 2007), n. 22: AAS 99 (2007), 1004: “Si el progreso técnico no se corresponde con un progreso en la formación ética del hombre, con el crecimiento del hombre interior (cfr. Ef 3, 16; 2 Cor 4, 16), no es un progreso sino una amenaza para el hombre y para el mundo”.

que precede a la muerte. El dolor y la muerte, de hecho, no pueden ser los criterios últimos que midan la dignidad humana, que es propia de cada persona, por el solo hecho de ser un “ser humano”.

Ante tales desafíos, capaces de poner en juego nuestro modo de pensar la medicina, el significado del cuidado de la persona enferma y la responsabilidad social frente a los más vulnerables, el presente documento intenta iluminar a los pastores y a los fieles en sus preocupaciones y en sus dudas acerca de la atención médica, espiritual y pastoral debida a los enfermos en las fases críticas y terminales de la vida. Todos son llamados a dar testimonio junto al enfermo y transformarse en “comunidad sanadora” para que el deseo de Jesús, que todos sean una sola carne, a partir de los más débiles y vulnerables, se lleve a cabo de manera concreta<sup>4</sup>. Se percibe en todas partes, de hecho, la necesidad de una aclaración moral y de una orientación práctica sobre cómo asistir a estas personas, ya que “es necesaria una unidad de doctrina y praxis”<sup>5</sup> respecto a un tema tan delicado, que afecta a los enfermos más débiles en las etapas más delicadas y decisivas de la vida de una persona.

Diversas Conferencias Episcopales en el mundo han publicado documentos y cartas pastorales, con las que han buscado dar una respuesta a los desafíos planteados por el suicidio asistido y la eutanasia voluntaria –legitimadas por algunas legislaciones nacionales– con una específica referencia a cuantos trabajan o se recuperan dentro de los hospitales, también en los hospitales católicos. Pero la atención espiritual y las dudas emergentes, en determinadas circunstancias y contextos particulares, acerca de la celebración de los Sacramentos por aquellos que intentan poner fin a la propia vida, reclaman hoy una intervención más clara y puntual de parte de la Iglesia, con el fin de:

- reafirmar el mensaje del Evangelio y sus expresiones como fundamentos doctrinales propuestos por el Magisterio, invocando la misión de cuantos están en contacto con los enfermos en las fases críticas y terminales (los familiares o los tutores legales, los capellanes de hospital, los ministros extraordinarios de la Eucaristía y los agentes de pastoral, los voluntarios de los hospitales y el personal sanitario), además de los mismos enfermos;
- proporcionar pautas pastorales precisas y concretas, de tal manera que a nivel local se puedan afrontar y gestionar estas situaciones complejas para favorecer el encuentro personal del paciente con el Amor misericordioso de Dios.

## I. HACERSE CARGO DEL PRÓJIMO

Es difícil reconocer el profundo valor de la vida humana cuando, a pesar de todo esfuerzo asistencial, esta continúa mostrándose en su debilidad y fragilidad. El sufrimiento, lejos de ser eliminado del horizonte existencial de la persona, continúa generando una inagotable pregunta por el sentido de la vida<sup>6</sup>. La solución

---

<sup>4</sup>Cfr. Francisco, Discurso a la Asociación Italiana contra las leucemias-linfomas y mielomas (AIL) (2 marzo 2019): *L'Osservatore Romano*, 3 marzo 2019, 7.

<sup>5</sup>Francisco, Exhort. Ap. *Amoris laetitia* (19 marzo 2016), n. 3: AAS 108 (2016), 312.

<sup>6</sup>Cfr. Conc. Ecum. Vat. II, Const. Past. *Gaudium et spes* (7 diciembre 1965), n. 10: AAS 58 (1966), 1032-1033.

a esta dramática cuestión no podrá jamás ofrecerse solo a la luz del pensamiento humano, porque en el sufrimiento está contenida la grandeza de un misterio específico que solo la Revelación de Dios nos puede desvelar<sup>7</sup>. Especialmente, a cada agente sanitario le ha sido confiada la misión de una fiel custodia de la vida humana hasta su cumplimiento natural<sup>8</sup>, a través de un proceso de asistencia que sea capaz de regenerar en cada paciente el sentido profundo de su existencia, cuando viene marcada por el sufrimiento y la enfermedad. Es por esto necesario partir de una atenta consideración del propio significado del cuidado, para comprender el significado de la misión específica confiada por Dios a cada persona, agente sanitario y de pastoral, así como al mismo enfermo y a su familia.

La experiencia del cuidado médico parte de aquella condición humana, marcada por la finitud y el límite, que es la vulnerabilidad. En relación a la persona, esta se inscribe en la fragilidad de nuestro ser juntos “cuerpo”, material y temporalmente finito, y “alma”, deseo de infinito y destinada a la eternidad. Nuestro ser criaturas “finitas”, y también destinadas a la eternidad, revela tanto nuestra dependencia de los bienes materiales y de la ayuda recíproca de los hombres, como nuestra relación originaria y profunda con Dios. Esta vulnerabilidad da fundamento a la ética del cuidado, de manera particular en el ámbito de la medicina, entendida como solicitud, premura, coparticipación y responsabilidad hacia las mujeres y hombres que se nos han confiado porque están necesitados de atención física y espiritual.

De manera específica, la relación de cuidado revela un principio de justicia, en su doble dimensión de promoción de la vida humana (*suum cuique tribuere*) y de no hacer daño a la persona (*alterum non laedere*): es el mismo principio que Jesús transforma en la regla de oro positiva “todo lo que deseáis que los demás hagan con vosotros, hacedlo vosotros con ellos” (Mt 7, 12). Es la regla que, en la ética médica tradicional, encuentra un eco en el aforismo *primum non nocere*.

El cuidado de la vida es, por tanto, la primera responsabilidad que el médico experimenta en el encuentro con el enfermo. Esta no puede reducirse a la capacidad de curar al enfermo, siendo su horizonte antropológico y moral más amplio: también cuando la curación es imposible o improbable, el acompañamiento médico y de enfermería (el cuidado de las funciones esenciales del cuerpo), psicológico y espiritual, es un deber ineludible, porque lo contrario constituiría un abandono inhumano del enfermo. La medicina, de hecho, que se sirve de muchas ciencias, posee también una importante dimensión de “arte terapéutica” que implica una relación estrecha entre el paciente, los agentes sanitarios, familiares y miembros de las varias comunidades de pertenencia del enfermo: arte terapéutica, actos clínicos y cuidado están inseparablemente unidos en la práctica médica, sobre todo en las fases críticas y terminales de la vida.

El Buen Samaritano, de hecho, “no solo se acerca, sino que se hace cargo del hombre medio muerto que encuentra al borde del camino”<sup>9</sup>. Invierte en él no solo el dinero que tiene, sino también aquel que no tiene y que espera ganar en

---

<sup>7</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 4: AAS 76 (1984), 203.

<sup>8</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 144.

<sup>9</sup>Francisco, Mensaje para la XLVIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales (24 enero 2014): AAS 106 (2014), 114.

Jericó, prometiendo que pagará a su regreso. Así Cristo nos invita a fiarnos de su gracia invisible y nos empuja a la generosidad basada en la caridad sobrenatural, identificándose con cada enfermo: “Cada vez que lo hicisteis con uno de estos, mis hermanos más pequeños, conmigo lo hicisteis” (Mt 25, 40). La afirmación de Jesús es una verdad moral de alcance universal: “se trata de ‘hacerse cargo’ de toda la vida y de la vida de todos”<sup>10</sup>, para revelar el Amor originario e incondicionado de Dios, fuente del sentido de toda vida.

Por este motivo, sobre todo en las estructuras hospitalarias y asistenciales inspiradas en los valores cristianos, es más necesario que nunca hacer un esfuerzo, también espiritual, para dejar espacio a una relación construida a partir del reconocimiento de la fragilidad y la vulnerabilidad de la persona enferma. De hecho, la debilidad nos recuerda nuestra dependencia de Dios, y nos invita a responder desde el respeto debido al prójimo. De aquí nace la responsabilidad moral ligada a la conciencia de todo sujeto que se hace cargo del enfermo (médico, enfermero, familiar, voluntario, pastor) de encontrarse frente a un bien fundamental e inalienable –la persona humana– que impone no poder saltarse el límite en el que se da el respeto de sí y del otro, es decir la acogida, la tutela y la promoción de la vida humana hasta la llegada natural de la muerte. Se trata, en este sentido, de tener una mirada contemplativa<sup>11</sup>, que sabe captar en la existencia propia y la de los otros un prodigio único e irrepetible, recibido y acogido como un don. Es la mirada de quien no pretende apoderarse de la realidad de la vida, sino acogerla así como es, con sus fatigas y sufrimientos, buscando reconocer en la enfermedad un sentido del que dejarse interpelar y “guiar”, con la confianza de quien se abandona al Señor de la vida que se manifiesta en él.

Ciertamente, la medicina debe aceptar el límite de la muerte como parte de la condición humana. Llega un momento en el que ya no queda más que reconocer la imposibilidad de intervenir con tratamientos específicos sobre una enfermedad, que aparece en poco tiempo como mortal. Es un hecho dramático, que se debe comunicar al enfermo con gran humanidad y también con confiada apertura a la perspectiva sobrenatural, conscientes de la angustia que la muerte genera, sobre todo en una cultura que la esconde. No se puede pensar en la vida física como algo que hay que conservar a toda costa –algo que es imposible–, sino como algo por vivir alcanzando la libre aceptación del sentido de la existencia corpórea: “solo con referencia a la persona humana en su ‘totalidad unificada’, es decir, ‘alma que se expresa en el cuerpo informado por un espíritu inmortal’, se puede entender el significado específicamente humano del cuerpo”<sup>12</sup>.

Reconocer la imposibilidad de curar ante la cercana eventualidad de la muerte, no significa, sin embargo, el final del obrar médico y de enfermería. Ejercitar la responsabilidad hacia la persona enferma, significa asegurarle el cuidado hasta el final: “curar si es posible, cuidar siempre (*to cure if possible, always to care*)”<sup>13</sup>. Esta intención de cuidar siempre al enfermo ofrece el criterio para evaluar las diversas

---

<sup>10</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 87: AAS 87 (1995), 500.

<sup>11</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Centesimus annus* (1 mayo 1991), n. 37: AAS 83 (1991), 840.

<sup>12</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Veritatis splendor* (6 agosto 1993), n. 50; AAS 85 (1993), 1173.

<sup>13</sup>Juan Pablo II, Discurso a los participantes al Congreso Internacional sobre “Los tratamientos de soporte vital y estado vegetativo. Progresos científicos y dilemas éticos” (20 marzo 2004), n. 7: AAS 96 (2004), 489.

acciones a llevar a cabo en la situación de enfermedad “incurable”; incurable, de hecho, no es nunca sinónimo de “in-cuidable”. La mirada contemplativa invita a ampliar la noción de cuidado. El objetivo de la asistencia debe mirar a la integridad de la persona, garantizando con los medios adecuados y necesarios el apoyo físico, psicológico, social, familiar y religioso. La fe viva, mantenida en las almas de las personas que la rodean, puede contribuir a la verdadera vida teológica de la persona enferma, aunque esto no sea inmediatamente visible. El cuidado pastoral de todos, familiares, médicos, enfermeros y capellanes, puede ayudar al enfermo a persistir en la gracia santificante y a morir en la caridad, en el Amor de Dios. Frente a lo inevitable de la enfermedad, sobre todo si es crónica y degenerativa, si falta la fe, el miedo al sufrimiento y a la muerte, y el desánimo que se produce, constituyen hoy las causas principales de la tentación de controlar y gestionar la llegada de la muerte, aun anticipándola, con la petición de la eutanasia o del suicidio asistido.

## II. LA EXPERIENCIA VIVIENTE DEL CRISTO SUFRIENTE Y EL ANUNCIO DE LA ESPERANZA

Si la figura del Buen samaritano ilumina de luz nueva la práctica del cuidado, la experiencia viviente del Cristo sufriente, su agonía en la Cruz y su Resurrección, son los espacios en los que se manifiesta la cercanía del Dios hecho hombre en las múltiples formas de la angustia y del dolor, que pueden golpear a los enfermos y sus familiares, durante las largas jornadas de la enfermedad y en el final de la vida.

No solo en las palabras del profeta Isaías se anuncia la persona de Cristo como el hombre familiarizado con el dolor y el padecimiento (cfr. Is 53), si releemos las páginas de la pasión de Cristo encontramos también la experiencia de la incompreensión, de la mofa, del abandono, del dolor físico y de la angustia. Son experiencias que hoy golpean a muchos enfermos, con frecuencia considerados una carga para la sociedad; a veces no son comprendidos en sus peticiones, a menudo viven formas de abandono afectivo, de pérdida de relaciones.

Todo enfermo tiene necesidad no solo de ser escuchado, sino de comprender que el propio interlocutor “sabe” qué significa sentirse solo, abandonado, angustiado frente a la perspectiva de la muerte, al dolor de la carne, al sufrimiento que surge cuando la mirada de la sociedad mide su valor en términos de calidad de vida y lo hace sentir una carga para los proyectos de otras personas. Por eso, volver la mirada a Cristo significa saber que se puede recurrir a quien ha probado en su carne el dolor de la flagelación y de los clavos, la burla de los flageladores, el abandono y la traición de los amigos más queridos.

Frente al desafío de la enfermedad y en presencia de dificultades emotivas y espirituales en aquel que vive la experiencia del dolor, surge, de manera inexorable, la necesidad de saber decir una palabra de confort, extraída de la compasión llena de esperanza de Jesús sobre la Cruz. Una esperanza creíble, profesada por Cristo en la Cruz, capaz de afrontar el momento de la prueba, el desafío de la muerte. En la Cruz de Cristo –cantada por la liturgia el Viernes Santo: *Ave crux, spes unica*– están concentrados y resumidos todos los males y sufrimientos del mundo. Todo el mal físico, de los cuales la cruz, cual instrumento de muerte infame e infamante, es el emblema; todo el mal psicológico, expresado en la muerte de Jesús en la

más sombría soledad, abandono y traición; todo el mal moral, manifestado en la condena a muerte del Inocente; todo el mal espiritual, destacado en la desolación que hace percibir el silencio de Dios.

Cristo es quien ha sentido alrededor de Él la afligida consternación de la Madre y de los discípulos, que “estaban” bajo la Cruz: en este “estar”, aparentemente cargado de impotencia y resignación, está toda la cercanía de los afectos que permite al Dios hecho hombre vivir también aquellas horas que parecen sin sentido.

Después está la Cruz: de hecho un instrumento de tortura y de ejecución reservado solo a los últimos, que parece tan semejante, en su carga simbólica, a aquellas enfermedades que clavan a una cama, que prefiguran solo la muerte y parecen eliminar el significado del tiempo y de su paso. Sin embargo, aquellos que “están” alrededor del enfermo no son solo testigos, sino que son signo viviente de aquellos afectos, de aquellas relaciones, de aquella íntima disponibilidad al amor, que permiten al que sufre reconocer sobre él una mirada humana capaz de volver a dar sentido al tiempo de la enfermedad. Porque en la experiencia de sentirse amado, toda la vida encuentra su justificación. Cristo ha estado siempre sostenido, en el camino de su pasión, por el confiado abandono en el amor del Padre, que se hacía evidente, en la hora de la Cruz, también a través del amor de la Madre. Porque el Amor de Dios se revela siempre, en la historia de los hombres, gracias al amor de quien no nos abandona, de quien “está”, a pesar de todo, a nuestro lado.

Si reflexionamos sobre el final de la vida de las personas, no podemos olvidar que en ellas se aloja con frecuencia la preocupación por aquellos que dejan: por los hijos, el cónyuge, los padres, los amigos. Un componente humano que nunca podemos descuidar y a los que se debe ofrecer apoyo y ayuda.

Es la misma preocupación de Cristo, que antes de morir piensa en la Madre que permanecerá sola, con un dolor que deberá llevar en la historia. En la crónica austera del Evangelio de Juan, es a la Madre a quien se dirige Cristo, para tranquilizarla, para confiarla al discípulo amado de tal manera que se haga cargo de ella: “Madre, ahí tienes a tu hijo” (cfr. Jn 19, 26-27). El tiempo del final de la vida es un tiempo de relaciones, un tiempo en el que se deben derrotar la soledad y el abandono (cfr. Mt 27, 46 y Mc 15, 34), en vista de una entrega confiada de la propia vida a Dios (cfr. Lc 23, 46).

Desde esta perspectiva, mirar al Crucificado significa ver una escena coral, en la que Cristo está en el centro porque resume en su propia carne, y verdaderamente transfigura, las horas más tenebrosas de la experiencia humana, aquellas en las que se asoma, silenciosa, la posibilidad de la desesperación. La luz de la fe nos hace captar, en aquella plástica y descarnada descripción que los Evangelios nos dan, la Presencia trinitaria, porque Cristo confía en el Padre gracias al Espíritu Santo, que apoya a la Madre y a los discípulos que “están” y, en este su “estar” junto a la Cruz, participan, con su humana dedicación al Sufriente, al misterio de la Redención.

Así, si bien marcada por un tránsito doloroso, la muerte puede convertirse en ocasión de una esperanza más grande, gracias a la fe, que nos hace partícipes de la obra redentora de Cristo. De hecho, el dolor es existencialmente soportable solo donde existe la esperanza. La esperanza que Cristo transmite al que sufre y al enfermo es la de su presencia, de su real cercanía. La esperanza no es solo un esperar por un futuro mejor, es una mirada sobre el presente, que lo llena de significado. En la fe cristiana, el acontecimiento de la Resurrección no solo revela

la vida eterna, sino que pone de manifiesto que en la historia la última palabra no es jamás la muerte, el dolor, la traición, el mal. Cristo resurge en la historia y en el misterio de la Resurrección existe la confirmación del amor del Padre que no abandona nunca.

Releer, ahora, la experiencia viviente del Cristo sufriente significa entregar también a los hombres de hoy una esperanza capaz de dar sentido al tiempo de la enfermedad y de la muerte. Esta esperanza es el amor que resiste a la tentación de la desesperación.

Aunque son muy importantes y están cargados de valor, los cuidados paliativos no bastan si no existe alguien que “está” junto al enfermo y le da testimonio de su valor único e irrepetible. Para el creyente, mirar al Crucificado significa confiar en la comprensión y en el Amor de Dios: y es importante, en una época histórica en la que se exalta la autonomía y se celebran los fastos del individuo, recordar que si bien es verdad que cada uno vive el propio sufrimiento, el propio dolor y la propia muerte, estas vivencias están siempre cargadas de la mirada y de la presencia de los otros. Alrededor de la Cruz están también los funcionarios del Estado romano, están los curiosos, están los distraídos, están los indiferentes y los resentidos; están bajo la Cruz, pero no “están” con el Crucificado.

En las unidades de cuidados intensivos, en las casas de cuidado para los enfermos crónicos, se puede estar presente como funcionario o como personas que “están” con el enfermo.

La experiencia de la Cruz permite así ofrecer al que sufre un interlocutor creíble a quien dirigir la palabra, el pensamiento, a quien entregar la angustia y el miedo: a aquellos que se hacen cargo del enfermo, la escena de la Cruz proporciona un elemento adicional para comprender que también cuando parece que no hay nada más que hacer todavía queda mucho por hacer, porque el “estar” es uno de los signos del amor, y de la esperanza que lleva en sí. El anuncio de la vida después de la muerte no es una ilusión o un consuelo sino una certeza que está en el centro del amor, que no se acaba con la muerte.

### III. EL “CORAZÓN QUE VE” DEL SAMARITANO: LA VIDA HUMANA ES UN DON SAGRADO E INVOLABLE

El hombre, en cualquier condición física o psíquica que se encuentre, mantiene su dignidad originaria de haber sido creado a imagen de Dios. Puede vivir y crecer en el esplendor divino porque está llamado a ser a “imagen y gloria de Dios” (1 Cor 11, 7; 2 Cor 3, 18). Su dignidad está en esta vocación. Dios se ha hecho Hombre para salvarnos, prometiéndonos la salvación y destinándonos a la comunión con Él: aquí descansa el fundamento último de la dignidad humana<sup>14</sup>.

Pertenece a la Iglesia el acompañar con misericordia a los más débiles en su camino de dolor, para mantener en ellos la vida teológica y orientarlos a la salvación

---

<sup>14</sup>Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Carta Placuit Deo* (22 febrero 2018), n. 6: AAS 110 (2018), 430.

de Dios<sup>15</sup>. Es la Iglesia del Buen Samaritano<sup>16</sup>, que “considera el servicio a los enfermos como parte integrante de su misión”<sup>17</sup>. Comprender esta mediación salvífica de la Iglesia en una perspectiva de comunión y solidaridad entre los hombres es una ayuda esencial para superar toda tendencia reduccionista e individualista<sup>18</sup>.

Específicamente, el programa del Buen Samaritano es “un corazón que ve”. Él “enseña que es necesario convertir la mirada del corazón, porque muchas veces los que miran no ven. ¿Por qué? Porque falta compasión. Sin compasión, el que mira no se involucra en lo que observa y pasa de largo; en cambio, el que tiene un corazón compasivo se conmueve y se involucra, se detiene y se ocupa de lo que sucede”<sup>19</sup>. Este corazón ve dónde hay necesidad de amor y obra en consecuencia<sup>20</sup>. Los ojos perciben en la debilidad una llamada de Dios a obrar, reconociendo en la vida humana el primer bien común de la sociedad<sup>21</sup>. La vida humana es un bien altísimo y la sociedad está llamada a reconocerlo. La vida es un don<sup>22</sup> sagrado e inviolable y todo hombre, creado por Dios, tiene una vocación trascendente y una relación única con Aquel que da la vida, porque “Dios invisible en su gran amor”<sup>23</sup> ofrece a cada hombre un plan de salvación para que podamos decir: “La vida es siempre un bien. Esta es una intuición o, más bien, un dato de experiencia, cuya razón profunda el hombre está llamado a comprender”<sup>24</sup>. Por eso la Iglesia está siempre dispuesta a colaborar con todos los hombres de buena voluntad, con creyentes de otras confesiones o religiones o no creyentes, que respetan la dignidad de la vida humana, también en sus fases extremas del sufrimiento y de la muerte, y rechazan todo acto contrario a ella<sup>25</sup>. Dios Creador ofrece al hombre la vida y su dignidad como un don precioso a custodiar y acrecentar y del cual, finalmente, rendirle cuentas a Él.

La Iglesia afirma el sentido positivo de la vida humana como un valor ya perceptible por la recta razón, que la luz de la fe confirma y realza en su inalienable

---

<sup>15</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 9.

<sup>16</sup>Cfr. Pablo VI, Mensaje en la última sesión pública del Concilio (7 diciembre 1965): AAS 58 (1966), 55-56.

<sup>17</sup>Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 9.

<sup>18</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Carta *Placuit Deo* (22 febrero 2018), n. 12: AAS 110 (2018), 433-434.

<sup>19</sup>Francisco, Discurso a los participantes en la Asamblea Plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe (30 enero 2020): L'Osservatore Romano, 31 enero 2020, 7.

<sup>20</sup>Benedicto XVI, Carta Enc. *Deus caritas est* (25 diciembre 2005), n. 31: AAS 98 (2006), 245.

<sup>21</sup>Benedicto XVI, Carta Enc. *Caritas in veritate* (29 junio 2009), n. 76: AAS 101 (2009), 707.

<sup>22</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 49: AAS 87 (1995), 455: “El sentido más verdadero y profundo de la vida: ser un don que se realiza al darse”.

<sup>23</sup>Conc. Ecum. Vat. II, Const. *Dogm. Dei Verbum* (8 noviembre 1965), n. 2: AAS 58 (1966), 818.

<sup>24</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 34: AAS 87 (1995), 438.

<sup>25</sup>Cfr. Declaración conjunta de las Religiones Monoteístas Abrahámicas sobre las cuestiones del final de la vida, Ciudad del Vaticano, 28 octubre 2019: “Nos oponemos a cualquier forma de eutanasia –que es el acto directo, deliberado e intencional de quitar la vida– así como al suicidio médicamente asistido –que es el apoyo directo, deliberado e intencional para suicidarse– porque contradicen fundamentalmente el valor inalienable de la vida humana y, por lo tanto, son inherente y consecuentemente erróneos desde el punto de vista moral y religioso, y deben ser prohibidos sin excepciones”.

dignidad<sup>26</sup>. No se trata de un criterio subjetivo o arbitrario; se trata de un criterio fundado en la inviolable dignidad natural –en cuanto que la vida es el primer bien porque es condición del disfrute de todos los demás bienes– y en la vocación trascendente de todo ser humano, llamado a compartir el Amor trinitario del Dios viviente:<sup>27</sup> “el amor especialísimo que el Creador tiene por cada ser humano le confiere una dignidad infinita”<sup>28</sup>. El valor inviolable de la vida es una verdad básica de la ley moral natural y un fundamento esencial del ordenamiento jurídico. Así como no se puede aceptar que otro hombre sea nuestro esclavo, aunque nos lo pidiese, igualmente no se puede elegir directamente atentar contra la vida de un ser humano, aunque este lo pida. Por lo tanto, suprimir un enfermo que pide la eutanasia no significa en absoluto reconocer su autonomía y apreciarla, sino al contrario significa desconocer el valor de su libertad, fuertemente condicionada por la enfermedad y el dolor, y el valor de su vida, negándole cualquier otra posibilidad de relación humana, de sentido de la existencia y de crecimiento en la vida teologal. Es más, se decide al puesto de Dios el momento de la muerte. Por eso, “aborto, eutanasia y el mismo suicidio deliberado degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarias al honor debido al Creador”<sup>29</sup>.

#### IV. LOS OBSTÁCULOS CULTURALES QUE OSCURECEN EL VALOR SAGRADO DE TODA VIDA HUMANA

Hoy algunos factores limitan la capacidad de captar el valor profundo e intrínseco de toda vida humana: el primero se refiere a un uso equívoco del concepto de “muerte digna” en relación con el de “calidad de vida”. Irrumpe aquí una perspectiva antropológica utilitarista, que viene “vinculada preferentemente a las posibilidades económicas, al ‘bienestar’, a la belleza y al deleite de la vida física, olvidando otras dimensiones más profundas –relacionales, espirituales y religiosas– de la existencia”<sup>30</sup>. En virtud de este principio, la vida viene considerada digna solo si tiene un nivel aceptable de calidad, según el juicio del sujeto mismo o de un tercero, en orden a la presencia-ausencia de determinadas funciones psíquicas o físicas, o con frecuencia identificada también con la sola presencia de un malestar psicológico. Según esta perspectiva, cuando la calidad de vida parece pobre, no merece la pena prolongarla. No se reconoce que la vida humana tiene un valor por sí misma.

---

<sup>26</sup>Cfr. Francisco, Discurso al Congreso de la Asociación de Médicos Católicos Italianos en el 70 aniversario de su fundación (15 noviembre 2014): AAS 106 (2014), 976.

<sup>27</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 1; Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Dignitas personae* (8 septiembre 2008), n. 8: AAS 100 (2008), 863.

<sup>28</sup>Francisco, Carta Enc. *Laudato si'* (24 mayo 2015), n. 65: AAS 107 (2015), 873.

<sup>29</sup>Con. Ecum. Vat. II, Const. *Past. Gaudium et spes* (7 diciembre 1965), n. 27: AAS 58 (1966), 1047-1048.

<sup>30</sup>Francisco, Discurso al Congreso de la Asociación de Médicos Católicos Italianos en el 70 aniversario de su fundación (15 noviembre 2014): AAS 106 (2014), 976.

Un segundo obstáculo que oscurece la percepción de la sacralidad de la vida humana es una errónea comprensión de la “compasión”<sup>31</sup>. Ante un sufrimiento calificado como “insostenible”, se justifica el final de la vida del paciente en nombre de la “compasión”. Para no sufrir es mejor morir: es la llamada eutanasia “compasiva”. Sería compasivo ayudar al paciente a morir a través de la eutanasia o el suicidio asistido. En realidad, la compasión humana no consiste en provocar la muerte, sino en acoger al enfermo, en sostenerlo en medio de las dificultades, en ofrecerle afecto, atención y medios para aliviar el sufrimiento.

El tercer factor, que hace difícil reconocer el valor de la propia vida y la de los otros dentro de las relaciones intersubjetivas, es un individualismo creciente, que induce a ver a los otros como límite y amenaza de la propia libertad. En la raíz de tal actitud está “un neopelagianismo para el cual el individuo, radicalmente autónomo, pretende salvarse a sí mismo, sin reconocer que depende, en lo más profundo de su ser, de Dios y de los demás . Un cierto neognosticismo, por su parte, presenta una salvación meramente interior, encerrada en el subjetivismo”<sup>32</sup>, que favorece la liberación de la persona de los límites de su cuerpo, sobre todo cuando está débil y enferma.

El individualismo, en particular, está en la raíz de la que se consideraba como la enfermedad latente de nuestro tiempo: la soledad<sup>33</sup>, tematizada en algunos contextos legislativos incluso como “derecho a la soledad”, a partir de la autonomía de la persona y del “principio del permiso-consentimiento”: un permiso-consentimiento que, dadas determinadas condiciones de malestar o de enfermedad, puede extenderse hasta la elección de seguir o no viviendo. Es el mismo “derecho” que subyace a la eutanasia y al suicidio asistido. La idea de fondo es que cuantos se encuentran en una condición de dependencia y no pueden alcanzar la perfecta autonomía y reciprocidad son cuidados en virtud de un favor. El concepto de bien se reduce así a ser el resultado de un acuerdo social: cada uno recibe los cuidados y la asistencia que la autonomía o la utilidad social o económica hacen posible o conveniente. Se produce así un empobrecimiento de las relaciones interpersonales, que se convierten en frágiles, privadas de la caridad sobrenatural, de aquella solidaridad humana y de aquel apoyo social, tan necesarios, para afrontar los momentos y las decisiones más difíciles de la existencia.

Este modo de pensar las relaciones humanas y el significado del bien hacen mella en el sentido mismo de la vida, haciéndola fácilmente manipulable, también a través de leyes que legalizan las prácticas eutanásicas, procurando la muerte de los enfermos. Estas acciones provocan una gran insensibilidad hacia el cuidado de

---

<sup>31</sup>Cfr. Francisco, Discurso a la Federación Nacional de las Ordenes de Médicos Cirujanos y de los Odontólogos (20 septiembre 2019): *L'Osservatore Romano*, 21 septiembre 2019, 8: “Son formas apresuradas de tratar opciones que no son, como podría parecer, una expresión de la libertad de la persona, cuando incluyen el descarte del enfermo como una posibilidad, o la falsa compasión frente a la petición de que se le ayude a anticipar la muerte”.

<sup>32</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Carta *Placuit Deo* (22 febrero 2018), n. 3: AAS 110 (2018), 428-429; cfr. Francisco, Carta *Enc. Laudato si'* (24 mayo 2015), n.162: AAS 107 (2015), 912.

<sup>33</sup>Benedicto XVI, Carta Enc. *Caritas in veritate* (29 junio 2009), n. 53: AAS 101 (2009), 688: “Una de las pobreza más hondas que el hombre puede experimentar es la soledad. Ciertamente, también las otras pobreza, incluidas las materiales, nacen del aislamiento, del no ser amados o de la dificultad de amar”.

las personas enfermas y deforman las relaciones. En tales circunstancias, surgen a veces dilemas infundados sobre la moralidad de las acciones que, en realidad, no son más que actos debidos de simple cuidado de la persona, como hidratar y alimentar a un enfermo en estado de inconsciencia sin perspectivas de curación.

En este sentido, el Papa Francisco ha hablado de la “cultura del descarte”<sup>34</sup>. Las víctimas de tal cultura son los seres humanos más frágiles, que corren el riesgo de ser “descartados” por un engranaje que quiere ser eficaz a toda costa. Se trata de un fenómeno cultural fuertemente antisolidario, que Juan Pablo II calificó como “cultura de la muerte” y que crea auténticas “estructuras de pecado”<sup>35</sup>. Esto puede inducir a cumplir acciones en sí mismas incorrectas por el único motivo de “sentirse bien” al cumplirlas, generando confusión entre el bien y el mal, allí donde toda vida personal posee un valor único e irrepetible, siempre prometedor y abierto a la trascendencia. En esta cultura del descarte y de la muerte, la eutanasia y el suicidio asistido aparecen como una solución errónea para resolver los problemas relativos al paciente terminal.

## V. LA ENSEÑANZA DEL MAGISTERIO

### 1. LA PROHIBICIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO

La Iglesia, en la misión de transmitir a los fieles la gracia del Redentor y la ley santa de Dios, que ya puede percibirse en los dictados de la ley moral natural, siente el deber de intervenir para excluir una vez más toda ambigüedad en relación con el Magisterio sobre la eutanasia y el suicidio asistido, también en aquellos contextos donde las leyes nacionales han legitimado tales prácticas.

Especialmente, la difusión de los protocolos médicos aplicables a las situaciones de final de la vida, como el *Do Not Resuscitate Order* o el *Physician Orders for Life Sustaining Treatment* –con todas sus variantes según las legislaciones y contextos nacionales, inicialmente pensados como instrumentos para evitar el ensañamiento terapéutico en las fases terminales de la vida–, despierta hoy graves problemas en relación con el deber de tutelar la vida del paciente en las fases más críticas de la enfermedad. Si por una parte los médicos se sienten cada vez más vinculados a la autodeterminación expresada por el paciente en estas declaraciones, que lleva a veces a privarles de la libertad y del deber de obrar tutelando la vida allí donde podrían hacerlo, por otra parte, en algunos contextos sanitarios, preocupa el abuso denunciado ampliamente del empleo de tales protocolos con una perspectiva eutanásica, cuando ni el paciente, ni mucho menos la familia, es consultado en la decisión final. Esto sucede sobre todo en los países donde la legislación sobre el final de la vida deja hoy amplios márgenes de ambigüedad en relación con la aplicación del deber de cuidado, al introducirse en ellos la práctica de la eutanasia.

---

<sup>34</sup>Cfr. Francisco, Exhort. Ap. *Evangelii gaudium* (24 noviembre 2013), n. 53: AAS 105 (2013), 1042; se puede ver también: Id., Discurso a la delegación del Instituto “Dignitatis Humanae” (7 diciembre 2013): AAS 106 (2014) 14-15; Id., Encuentro con los ancianos (28 septiembre 2014): AAS 106 (2014), 759-760.

<sup>35</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 12: AAS 87 (1995), 414.

Por estas razones, la Iglesia considera que debe reafirmar como enseñanza definitiva que la eutanasia es un crimen contra la vida humana porque, con tal acto, el hombre elige causar directamente la muerte de un ser humano inocente. La definición de eutanasia no procede de la ponderación de los bienes o los valores en juego, sino de un objeto moral suficientemente especificado, es decir la elección de “una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor”<sup>36</sup>. “La eutanasia se sitúa, pues, en el nivel de las intenciones o de los métodos usados”<sup>37</sup>. La valoración moral de la eutanasia, y de las consecuencias que se derivan, no depende, por tanto, de un balance de principios, que, según las circunstancias y los sufrimientos del paciente, podrían, según algunos, justificar la supresión de la persona enferma. El valor de la vida, la autonomía, la capacidad de decisión y la calidad de vida no están en el mismo plano.

La eutanasia, por lo tanto, es un acto intrínsecamente malo, en toda ocasión y circunstancia. En el pasado la Iglesia ya ha afirmado de manera definitiva “que la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la Palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal. Semejante práctica conlleva, según las circunstancias, la malicia propia del suicidio o del homicidio”<sup>38</sup>. Toda cooperación formal o material inmediata a tal acto es un pecado grave contra la vida humana: “Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata, en efecto, de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad”<sup>39</sup>. Por lo tanto, la eutanasia es un acto homicida que ningún fin puede legitimar y que no tolera ninguna forma de complicidad o colaboración, activa o pasiva. Aquellos que aprueban leyes sobre la eutanasia y el suicidio asistido se hacen, por lo tanto, cómplices del grave pecado que otros llevarán a cabo. Ellos son también culpables de escándalo porque tales leyes contribuyen a deformar la conciencia, también la de los fieles<sup>40</sup>.

La vida tiene la misma dignidad y el mismo valor para todos y cada uno: el respeto de la vida del otro es el mismo que se debe a la propia existencia. Una persona que elige con plena libertad quitarse la vida rompe su relación con Dios y con los otros y se niega a sí mismo como sujeto moral. El suicidio asistido aumenta la gravedad, porque hace partícipe a otro de la propia desesperación, induciéndolo a no dirigir la voluntad hacia el misterio de Dios, a través de la virtud moral de

---

<sup>36</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

<sup>37</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 475; cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

<sup>38</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 477. Es una doctrina propuesta de modo definitivo en la cual la Iglesia compromete su infalibilidad: cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *Professio fidei* (29 junio 1998), n. 11: AAS 90 (1998), 550.

<sup>39</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

<sup>40</sup>Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2286.

la esperanza, y como consecuencia a no reconocer el verdadero valor de la vida y a romper la alianza que constituye la familia humana. Ayudar al suicida es una colaboración indebida a un acto ilícito, que contradice la relación teológica con Dios y la relación moral que une a los hombres para que compartan el don de la vida y sean copartícipes del sentido de la propia existencia.

También cuando la petición de eutanasia nace de una angustia y de una desesperación<sup>41</sup>, y “aunque en casos de ese género la responsabilidad personal pueda estar disminuida o incluso no existir, sin embargo el error de juicio de la conciencia –aunque fuera incluso de buena fe– no modifica la naturaleza del acto homicida, que en sí sigue siendo siempre inadmisibles”<sup>42</sup>. Dígase lo mismo para el suicidio asistido. Tales prácticas no son nunca una ayuda auténtica al enfermo, sino una ayuda a morir.

Se trata, por tanto, de una elección siempre incorrecta: “El personal médico y los otros agentes sanitarios –fieles a la tarea de “estar siempre al servicio de la vida y de asistirle hasta el final– no pueden prestarse a ninguna práctica eutanásica ni siquiera a petición del interesado, y mucho menos de sus familiares. No existe, en efecto, un derecho a disponer arbitrariamente de la propia vida, por lo que ningún agente sanitario puede erigirse en tutor ejecutivo de un derecho inexistente”<sup>43</sup>.

Es por esto que la eutanasia y el suicidio asistido son siempre un fracaso de quienes los teorizan, de quienes los deciden y de quienes los practican<sup>44</sup>.

Son gravemente injustas, por tanto, las leyes que legalizan la eutanasia o aquellas que justifican el suicidio y la ayuda al mismo, por el falso derecho de elegir una muerte definida inapropiadamente digna solo porque ha sido elegida<sup>45</sup>. Tales leyes golpean el fundamento del orden jurídico: el derecho a la vida, que sostiene todo otro derecho, incluido el ejercicio de la libertad humana. La existencia de estas leyes hiere profundamente las relaciones humanas, la justicia y amenazan la confianza mutua entre los hombres. Los ordenamientos jurídicos que han legitimado el suicidio asistido y la eutanasia muestran, además, una evidente degeneración de este fenómeno social. El Papa Francisco recuerda que “el contexto sociocultural actual está erosionando progresivamente la conciencia de lo que hace que la vida humana sea preciosa. De hecho, la vida se valora cada vez más por su eficiencia y utilidad, hasta el punto de considerar como ‘vidas descartadas’ o ‘vidas indignas’ las que no se ajustan a este criterio. En esta situación de pérdida de los valores auténticos, se resquebrajan también los deberes inderogables de solidaridad y fraternidad humana y cristiana. En realidad, una sociedad se merece la calificación de ‘civil’ si desarrolla los anticuerpos contra la cultura del descarte; si reconoce el valor intangible de la vida humana; si la solidaridad se practica activamente y se salvaguarda como fundamento de la convivencia”<sup>46</sup>. En algunos

---

<sup>41</sup>Cfr. *ibidem*, nn. 1735 y 2282.

<sup>42</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declarac. Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

<sup>43</sup>Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 169.

<sup>44</sup>Cfr. *ibidem*, n. 170.

<sup>45</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 72: AAS 87 (1995), 484-485.

<sup>46</sup>Francisco, Discurso a los participantes en la Asamblea Plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe (30 enero 2020): *L'Osservatore Romano*, 31 enero 2020, 7.

países del mundo, decenas de miles de personas ya han muerto por eutanasia, muchas de ellas porque se quejaban de sufrimientos psicológicos o depresión. Son frecuentes los abusos denunciados por los mismos médicos sobre la supresión de la vida de personas que jamás habrían deseado para sí la aplicación de la eutanasia. De hecho, la petición de la muerte en muchos casos es un síntoma mismo de la enfermedad, agravado por el aislamiento y por el desánimo. La Iglesia ve en esta dificultad una ocasión para la purificación espiritual, que profundiza la esperanza, haciendo que se convierta en verdaderamente teologal, focalizada en Dios, y solo en Dios.

Más bien, en lugar de complacerse en una falsa condescendencia, el cristiano debe ofrecer al enfermo la ayuda indispensable para salir de su desesperación. El mandamiento “no matarás” (Ex 20, 13; Dt 5, 17), de hecho, es un sí a la vida, de la cual Dios se hace garante: “se transforma en la llamada a un amor solícito que tutela e impulsa la vida del prójimo”<sup>47</sup>. El cristiano, por tanto, sabe que la vida terrena no es el valor supremo. La felicidad última está en el cielo. Así, el cristiano no pretenderá que la vida física continúe cuando la muerte está cerca. El cristiano ayudará al moribundo a liberarse de la desesperación y a poner su esperanza en Dios.

Desde la perspectiva clínica, los factores que más determinan la petición de eutanasia y suicidio asistido son: el dolor no gestionado y la falta de esperanza, humana y teologal, inducida también por una atención, humana, psicológica y espiritual a menudo inadecuada por parte de quien se hace cargo del enfermo<sup>48</sup>.

Es lo que la experiencia confirma: “las súplicas de los enfermos muy graves que alguna vez invocan la muerte no deben ser entendidas como expresión de una verdadera voluntad de eutanasia; estas en efecto son casi siempre peticiones angustiadas de asistencia y de afecto. Además de los cuidados médicos, lo que necesita el enfermo es el amor, el calor humano y sobrenatural, con el que pueden y deben rodearlo todos aquellos que están cercanos, padres e hijos, médicos y enfermeros”<sup>49</sup>. El enfermo que se siente rodeado de una presencia amorosa, humana y cristiana, supera toda forma de depresión y no cae en la angustia de quien, en cambio, se siente solo y abandonado a su destino de sufrimiento y de muerte.

El hombre, en efecto, no vive el dolor solamente como un hecho biológico, que se gestiona para hacerlo soportable, sino como el misterio de la vulnerabilidad humana en relación con el final de la vida física, un acontecimiento difícil de aceptar, dado que la unidad de alma y cuerpo es esencial para el hombre.

Por eso, solo resignificando el acontecimiento mismo de la muerte –mediante la apertura en ella de un horizonte de vida eterna, que anuncia el destino trascendente de toda persona– el “final de la vida” se puede afrontar de una manera acorde a la dignidad humana y adecuada a aquella fatiga y sufrimiento que inevitablemente produce la sensación inminente del final. De hecho, “el sufrimiento es algo todavía más amplio que la enfermedad, más complejo y a la vez aún más

---

<sup>47</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Veritatis splendor* (6 agosto 1993), n. 15; AAS 85 (1993), 1145.

<sup>48</sup>Cfr. Benedicto XVI, Carta Enc. *Spes salvi* (30 noviembre 2007), nn. 36-37: AAS 99 (2007), 1014-1016.

<sup>49</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

profundamente enraizado en la humanidad misma<sup>50</sup>. Y este sufrimiento, con ayuda de la gracia, puede ser animado desde dentro con la caridad divina, como en el caso del sufrimiento de Cristo en la Cruz.

Por eso, la actitud de quien atiende a una persona afectada por una enfermedad crónica o en la fase terminal de la vida, debe ser aquella de “saber estar”, velar con quien sufre la angustia del morir, “consolar”, o sea de ser-con en la soledad, de ser copresencia que abre a la esperanza<sup>51</sup>. Mediante la fe y la caridad expresadas en la intimidad del alma la persona que cuida es capaz de sufrir el dolor del otro y de abrirse a una relación personal con el débil que amplía los horizontes de la vida más allá del acontecimiento de la muerte, transformándose así en una presencia llena de esperanza.

“Llorad con los que lloran” (Rm 12, 15), porque es feliz quien tiene compasión hasta llorar con los otros (cfr. Mt 5, 4). En esta relación, en la que se da la posibilidad de amar, el sufrimiento se llena de significado en el compartir de una condición humana y con la solidaridad en el camino hacia Dios, que expresa aquella alianza radical entre los hombres<sup>52</sup> que les hace entrever una luz también más allá de la muerte. Ella nos hace ver el acto médico desde dentro de una alianza terapéutica entre el médico y el enfermo, unidos por el reconocimiento del valor trascendente de la vida y del sentido místico del sufrimiento. Esta alianza es la luz para comprender el buen obrar médico, superando la visión individualista y utilitarista hoy predominante.

## 2. LA OBLIGACIÓN MORAL DE EVITAR EL ENSAÑAMIENTO TERAPÉUTICO

El Magisterio de la Iglesia recuerda que, cuando se acerca el término de la existencia terrena, la dignidad de la persona humana se concreta como derecho a morir en la mayor serenidad posible y con la dignidad humana y cristiana que le son debidas<sup>53</sup>. Tutelar la dignidad del morir significa tanto excluir la anticipación de la muerte como el retrasarla con el llamado “ensañamiento terapéutico”<sup>54</sup>. La medicina actual dispone, de hecho, de medios capaces de retrasar artificialmente la muerte, sin que el paciente reciba en tales casos un beneficio real. Ante la inminencia de

---

<sup>50</sup>Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 5: AAS 76 (1984), 204.

<sup>51</sup>Cfr. Benedicto XVI, Carta. Enc. *Spe salvi* (30 noviembre 2007), n. 38: AAS 99 (2007), 1016.

<sup>52</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 29: AAS 76 (1984), 244: “No puede el hombre ‘prójimo’ pasar con desinterés ante el sufrimiento ajeno, en nombre de la fundamental solidaridad humana; y mucho menos en nombre del amor al prójimo. Debe ‘pararse’, ‘conmoverse’, actuando como el Samaritano de la parábola evangélica. La parábola en sí expresa una verdad profundamente cristiana, pero a la vez tan universalmente humana”.

<sup>53</sup>Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración. *Iura et bona* (5 mayo 1980), IV: AAS 72 (1980), 549-551.

<sup>54</sup>Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2278; Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Carta de los Agentes sanitarios, Ciudad del Vaticano, 1995, n. 119; Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 475; Francisco, Mensaje a los participantes en la reunión de la región europea de la Asociación Médica Mundial (7 noviembre 2017): “Y si sabemos que no siempre se puede garantizar la curación de la enfermedad, a la persona que vive debemos y podemos cuidarla siempre: sin acortar su vida nosotros mismos, pero también sin ensañarnos inútilmente contra su muerte”; Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 149.

una muerte inevitable, por lo tanto, es lícito en ciencia y en conciencia tomar la decisión de renunciar a los tratamientos que procurarían solamente una prolongación precaria y penosa de la vida, sin interrumpir todavía los cuidados normales debidos al enfermo en casos similares<sup>55</sup>. Esto significa que no es lícito suspender los cuidados que sean eficaces para sostener las funciones fisiológicas esenciales, mientras que el organismo sea capaz de beneficiarse (ayudas a la hidratación, a la nutrición, a la termorregulación y otras ayudas adecuadas y proporcionadas a la respiración, y otras más, en la medida en que sean necesarias para mantener la homeostasis corpórea y reducir el sufrimiento orgánico y sistémico). La suspensión de toda obstinación irrazonable en la administración de los tratamientos no debe ser una retirada terapéutica. Tal aclaración se hace hoy indispensable a la luz de los numerosos casos judiciales que en los últimos años han llevado a la retirada de los cuidados –y a la muerte anticipada– a pacientes en condiciones críticas, pero no terminales, a los cuales se ha decidido suspender los cuidados de soporte vital, porque no había perspectivas de una mejora en su calidad de vida.

En el caso específico del ensañamiento terapéutico, viene reafirmado que la renuncia a medios extraordinarios y/o desproporcionados “no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”<sup>56</sup> o la elección ponderada de evitar la puesta en marcha de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar. La renuncia a tales tratamientos, que procurarían solamente una prolongación precaria y penosa de la vida, puede también manifestar el respeto a la voluntad del paciente, expresada en las llamadas voluntades anticipadas de tratamiento, excluyendo sin embargo todo acto de naturaleza eutanásica o suicida<sup>57</sup>.

La proporcionalidad, de hecho, se refiere a la totalidad del bien del enfermo. Nunca se puede aplicar el falso discernimiento moral de la elección entre valores (por ejemplo, vida versus calidad de vida); esto podría inducir a excluir de la consideración la salvaguarda de la integridad personal y del bien-vida y el verdadero objeto moral del acto realizado<sup>58</sup>. En efecto, todo acto médico debe tener en el objeto y en las intenciones de quien obra el acompañamiento de la vida y nunca la consecución de la muerte<sup>59</sup>. En todo caso, el médico no es nunca un mero ejecutor de la voluntad del paciente o de su representante legal, conser-

---

<sup>55</sup>Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2278; Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), IV: AAS 72 (1980), 550-551; Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 475; Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 150.

<sup>56</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 476.

<sup>57</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 150.

<sup>58</sup>Cfr. Juan Pablo II, Discurso a los participantes en un encuentro de estudio sobre la procreación responsable (5 junio 1987), n.1: *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, X/2 (1987), 1962: “Hablar de “conflicto de valores o bienes” y de la consiguiente necesidad de llevar a cabo como una especie de “equilibrio” de los mismos, eligiendo uno y rechazando el otro, no es moralmente correcto”.

<sup>59</sup>Cfr. Juan Pablo II, Discurso a la Asociación de Médicos Católicos Italianos (28 diciembre 1978): *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, I (1978), 438.

vando el derecho y el deber de sustraerse a la voluntad discordante con el bien moral visto desde la propia conciencia<sup>60</sup>.

### 3. *LOS CUIDADOS BÁSICOS: EL DEBER DE ALIMENTACIÓN E HIDRATACIÓN*

Principio fundamental e ineludible del acompañamiento del enfermo en condiciones críticas y/o terminales es la continuidad de la asistencia en sus funciones fisiológicas esenciales. En particular, un cuidado básico debido a todo hombre es el de administrar los alimentos y los líquidos necesarios para el mantenimiento de la homeostasis del cuerpo, en la medida en que y hasta cuando esta administración demuestre alcanzar su finalidad propia, que consiste en el procurar la hidratación y la nutrición del paciente<sup>61</sup>.

Cuando la administración de sustancias nutrientes y líquidos fisiológicos no resulte de algún beneficio al paciente, porque su organismo no está en grado de absorberlo o metabolizarlo, la administración viene suspendida. De este modo, no se anticipa ilícitamente la muerte por privación de las ayudas a la hidratación y a la nutrición, esenciales para las funciones vitales, sino que se respeta la evolución natural de la enfermedad crítica o terminal. En caso contrario, la privación de estas ayudas se convierte en una acción injusta y puede ser fuente de gran sufrimiento para quien lo padece. Alimentación e hidratación no constituyen un tratamiento médico en sentido propio, porque no combaten las causas de un proceso patológico activo en el cuerpo del paciente, sino que representan el cuidado debido a la persona del paciente, una atención clínica y humana primaria e ineludible. La obligatoriedad de este cuidado del enfermo a través de una apropiada hidratación y nutrición puede exigir en algunos casos el uso de una vía de administración artificial<sup>62</sup>, con la condición que esta no resulte dañina para el enfermo o provoque sufrimientos inaceptables para el paciente<sup>63</sup>.

### 4. *LOS CUIDADOS PALIATIVOS*

De la continuidad de la asistencia forma parte el constante deber de comprender las necesidades del enfermo: necesidad de asistencia, de alivio del dolor, necesidades emotivas, afectivas y espirituales. Como se ha demostrado por la más amplia

---

<sup>60</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 150.

<sup>61</sup>Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Respuesta a algunas preguntas de la Conferencia Episcopal estadounidense acerca de la alimentación y la hidratación artificiales (1 agosto 2007): AAS 99 (2007), 820.

<sup>62</sup>Cfr. *ibidem*.

<sup>63</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 152: "La alimentación y la hidratación, aun artificialmente administradas, son parte de los tratamientos normales que siempre han de proporcionarse al moribundo, cuando no resulten demasiados gravosos o de ningún beneficio para él. Su indebida suspensión significa verdadera y propia eutanasia. 'Suministrar alimento y agua, incluso por vía artificial, es, en principio, un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida. Por lo tanto, es obligatorio en la medida y mientras se demuestre que cumple su propia finalidad, que consiste en procurar la hidratación y la nutrición del paciente. De este modo se evitan el sufrimiento y la muerte derivados de la inanición y la deshidratación'".

experiencia clínica, la medicina paliativa constituye un instrumento precioso e irrenunciable para acompañar al paciente en las fases más dolorosas, penosas, crónicas y terminales de la enfermedad. Los así llamados cuidados paliativos son la expresión más auténtica de la acción humana y cristiana del cuidado, el símbolo tangible del compasivo “estar” junto al que sufre. Estos tienen como objetivo “aliviar los sufrimientos en la fase final de la enfermedad y de asegurar al mismo paciente un adecuado acompañamiento humano”<sup>64</sup> digno, mejorándole –en la medida de lo posible– la calidad de vida y el completo bienestar. La experiencia enseña que la aplicación de los cuidados paliativos disminuye drásticamente el número de personas que piden la eutanasia. Por este motivo, parece útil un compromiso decidido, según las posibilidades económicas, para llevar estos cuidados a quienes tengan necesidad, para aplicarlos no solo en las fases terminales de la vida, sino como perspectiva integral de cuidado en relación a cualquier patología crónica y/o degenerativa, que pueda tener un pronóstico complejo, doloroso e infausto para el paciente y para su familia<sup>65</sup>.

La asistencia espiritual al enfermo, y a sus familiares, forma parte de los cuidados paliativos. Esta infunde confianza y esperanza en Dios al moribundo y a los familiares, ayudándoles a aceptar la muerte del pariente. Es una contribución esencial que compete a los agentes de pastoral y a toda la comunidad cristiana, con el ejemplo del Buen Samaritano, para que al rechazo le siga la aceptación, y sobre la angustia prevalezca la esperanza<sup>66</sup>, sobre todo cuando el sufrimiento se prolonga por la degeneración de la patología, al aproximarse el final. En esta fase, la prescripción de una terapia analgésica eficaz permite al paciente afrontar la enfermedad y la muerte sin miedo a un dolor insoportable. Este remedio estará asociado, necesariamente, a un apoyo fraternal que pueda vencer la sensación de soledad del paciente causada, con frecuencia, por no sentirse suficientemente acompañado y comprendido en su difícil situación.

La técnica no da una respuesta radical al sufrimiento y no se puede pensar que esta pueda llegar a eliminarlo de la vida de los hombres<sup>67</sup>. Una pretensión semejante genera una falsa esperanza, causando una desesperación todavía mayor en el que sufre. La ciencia médica es capaz de conocer cada vez mejor el dolor físico y debe poner en práctica los mejores recursos técnicos para tratarlo; pero el horizonte vital de una enfermedad terminal genera un sufrimiento profundo en el enfermo, que requiere una atención no meramente técnica. *Spe salvi facti sumus*, en la esperanza, teologal, dirigida hacia Dios, hemos sido salvados, dice San Pablo (Rm 8, 24).

---

<sup>64</sup>Francisco, Discurso a la plenaria de la Pontificia Academia para la Vida (5 marzo 2015): AAS 107 (2015), 274, citando a: Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 476. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2279.

<sup>65</sup>Cfr. Francisco, Discurso a la Plenaria de la Pontificia Academia para la Vida (5 marzo 2015): AAS 107 (2015), 275.

<sup>66</sup>Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 147.

<sup>67</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 2: AAS 76 (1984), 202: “El sufrimiento parece pertenecer a la trascendencia del hombre; es uno de esos puntos en los que el hombre está en cierto sentido ‘destinado’ a superarse a sí mismo, y de manera misteriosa es llamado a hacerlo”.

“El vino de la esperanza” es la contribución específica de la fe cristiana en el cuidado del enfermo y hace referencia al modo cómo Dios vence el mal en el mundo. En el sufrimiento el hombre debe poder experimentar una solidaridad y un amor que asume el sufrimiento ofreciendo un sentido a la vida, que se extiende más allá de la muerte. Todo esto posee una gran relevancia social: “Una sociedad que no logra aceptar a los que sufren y no es capaz de contribuir mediante la compasión a que el sufrimiento sea compartido y sobrellevado, también interiormente, es una sociedad cruel e inhumana”<sup>68</sup>.

Debe, sin embargo, precisarse que la definición de los cuidados paliativos ha asumido en años recientes una connotación que puede resultar equívoca. En algunos países del mundo, las legislaciones nacionales que regulan los cuidados paliativos (*Palliative Care Act*) así como las leyes sobre el “final de la vida” (*End-of-Life Law*), prevén, junto a los cuidados paliativos, la llamada Asistencia Médica a la Muerte (MAiD), que puede incluir la posibilidad de pedir la eutanasia y el suicidio asistido. Estas previsiones legislativas constituyen un motivo de confusión cultural grave, porque hacen creer que la asistencia médica a la muerte voluntaria sea parte integrante de los cuidados paliativos y que, por lo tanto, sea moralmente lícito pedir la eutanasia o el suicidio asistido.

Además, en estos mismos contextos legislativos, las intervenciones paliativas para reducir el sufrimiento de los pacientes graves o moribundos pueden consistir en la administración de fármacos dirigidos a anticipar la muerte o en la suspensión/interrupción de la hidratación y la alimentación, incluso cuando hay un pronóstico de semanas o meses. Sin embargo, estas prácticas equivalen a una acción u omisión directa para procurar la muerte y son por tanto ilícitas. La difusión progresiva de estas leyes, también a través de los protocolos de las sociedades científicas nacionales e internacionales, además de inducir a un número creciente de personas vulnerables a elegir la eutanasia o el suicidio, constituye una irresponsabilidad social frente a tantas personas, que solo tendrían necesidad de ser mejor atendidas y consoladas.

## 5. EL PAPEL DE LA FAMILIA Y LOS HOSPICES

En el cuidado del enfermo terminal es central el papel de la familia<sup>69</sup>. En ella la persona se apoya en relaciones fuertes, viene apreciada por sí misma y no solo por su productividad o por el placer que pueda generar. En el cuidado es esencial que el enfermo no se sienta una carga, sino que tenga la cercanía y el aprecio de sus seres queridos. En esta misión, la familia necesita la ayuda y los medios adecuados. Es necesario, por tanto, que los Estados reconozcan la función social primaria y fundamental de la familia y su papel insustituible, también en este ámbito, destinando los recursos y las estructuras necesarias para ayudarla. Además, el acompañamiento humano y espiritual de la familia es un deber en las estructuras sanitarias de inspiración cristiana; nunca debe descuidarse, porque constituye una única unidad de cuidado con el enfermo.

Junto a la familia, la creación de los *hospices*, centros y estructuras donde acoger los enfermos terminales, para asegurar el cuidado hasta el último momento,

---

<sup>68</sup>Benedicto XVI, Carta. Enc. *Spe salvi* (30 noviembre 2007), n. 38: AAS 99 (2007), 1016.

<sup>69</sup>Cfr. Francisco, Exhort. Ap. *Amoris laetitia* (19 marzo 2016), n. 48: AAS 108 (2016), 330.

es algo bueno y de gran ayuda. Después de todo, “la respuesta cristiana al misterio del sufrimiento y de la muerte no es una explicación sino una Presencia”<sup>70</sup> que se hace cargo del dolor, lo acompaña y lo abre a una esperanza confiada. Estas estructuras se ponen como ejemplo de humanidad en la sociedad, santuarios del dolor vivido con plenitud de sentido. Por esto deben estar equipadas con personal especializado y medios materiales específicos de cuidado, siempre abiertos a la familia: “A este respecto, pienso en lo bien que funcionan los *hospices* para los cuidados paliativos, en los que los enfermos terminales son acompañados con un apoyo médico, psicológico y espiritual cualificado, para que puedan vivir con dignidad, confortados por la cercanía de sus seres queridos, la fase final de su vida terrenal. Espero que estos centros continúen siendo lugares donde se practique con compromiso la ‘terapia de la dignidad’, alimentando así el amor y el respeto por la vida”<sup>71</sup>. En estas situaciones, así como en cualquier estructura sanitaria católica, es necesaria la presencia de agentes sanitarios y pastorales preparados no solo bajo el perfil clínico, sino también practicantes de una verdadera vida teológica de fe y esperanza, dirigida hacia Dios, porque esta constituye la forma más elevada de humanización del morir<sup>72</sup>.

## 6. EL ACOMPAÑAMIENTO Y EL CUIDADO EN LA EDAD PRENATAL Y PEDIÁTRICA

En relación al acompañamiento de los neonatos y de los niños afectados de enfermedades crónicas degenerativas incompatibles con la vida, o en las fases terminales de la vida misma, es necesario reafirmar cuanto sigue, siendo conscientes de la necesidad de desarrollar una estrategia operativa capaz de garantizar calidad y bienestar al niño y a su familia.

Desde la concepción, los niños afectados por malformaciones o patologías de cualquier tipo son pequeños pacientes que la medicina hoy es capaz de asistir y acompañar de manera respetuosa con la vida. Su vida es sagrada, única, irrepetible e inviolable, exactamente como aquella de toda persona adulta.

En el caso de las llamadas patologías prenatales “incompatibles con la vida” –es decir que seguramente lo llevarán a la muerte dentro de un breve espacio de tiempo– y en ausencia de tratamientos fetales o neonatales capaces de mejorar las condiciones de salud de estos niños, de ninguna manera son abandonados en el plano asistencial, sino que son acompañados, como cualquier otro paciente, hasta la consecución de la muerte natural; el *comfort care perinatal* favorece, en este sentido, un proceso asistencial integrado, que, junto al apoyo de los médicos y de los agentes de pastoral sostiene la presencia constante de la familia. El niño es un paciente especial y requiere por parte del acompañante una preparación específica ya sea en términos de conocimiento como de presencia. El acompaña-

---

<sup>70</sup>C. Saunders, *Velad conmigo. Inspiración para una vida en cuidados paliativos*. Ed. Obra Social de la Caixa, 2011, p. 56.

<sup>71</sup>Francisco, *Discurso a los participantes a la Asamblea Plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe* (30 enero 2020): *L'Osservatore Romano*, 31 enero 2020, 7.

<sup>72</sup>Cfr. Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, *Nueva carta de los Agentes sanitarios*, n. 148.

miento empático de un niño en fase terminal, que está entre los más delicados, tiene el objetivo de añadir vida a los años del niño y no años a su vida.

Especialmente, los *Hospices Perinatales* proporcionan un apoyo esencial a las familias que acogen el nacimiento de un hijo en condiciones de fragilidad. En tales casos, el acompañamiento médico competente y el apoyo de otras familias-testigos, que han pasado por la misma experiencia de dolor y de pérdida, constituyen un recurso esencial, junto al necesario acompañamiento espiritual de estas familias. Es un deber pastoral de los agentes sanitarios de inspiración cristiana trabajar para favorecer la máxima difusión de los mismos en el mundo.

Todo esto se revela especialmente importante en el caso de aquellos niños que, en el estado actual del conocimiento científico, están destinados a morir inmediatamente después del parto o en un corto periodo de tiempo. Cuidar a estos niños ayuda a los padres a elaborar el luto y a concebirlo no solo como una pérdida, sino como una etapa de un camino de amor recorrido junto al hijo.

Desafortunadamente, la cultura hoy dominante no promueve esta perspectiva: a nivel social, el uso a veces obsesivo del diagnóstico prenatal y el afirmarse de una cultura hostil a la discapacidad inducen, con frecuencia, a la elección del aborto, llegando a configurarlo como una práctica de “prevención”. Este consiste en la eliminación deliberada de una vida humana inocente y como tal nunca es lícito. Por lo tanto, el uso del diagnóstico prenatal con una finalidad selectiva es contrario a la dignidad de la persona y gravemente ilícito porque es expresión de una mentalidad eugenésica. En otros casos, después del nacimiento, la misma cultura lleva a suspender, o no iniciar, los cuidados al niño apenas nacido, por la presencia o incluso solo por la posibilidad que desarrolle en el futuro una discapacidad. También esta perspectiva, de matriz utilitarista, no puede ser aprobada. Un procedimiento semejante, además de inhumano, es gravemente ilícito desde el punto de vista moral.

Un principio fundamental de la asistencia pediátrica es que el niño en la fase final de la vida tiene el derecho al respeto y al cuidado de su persona, evitando tanto el ensañamiento terapéutico y la obstinación irrazonable como toda anticipación intencional de su muerte. En la perspectiva cristiana, el cuidado pastoral de un niño enfermo terminal reclama la participación a la vida divina en el Bautismo y la Confirmación.

En la fase terminal del recorrido de una enfermedad incurable, incluso si se suspenden las terapias farmacológicas o de otra naturaleza destinadas a luchar contra la patología que sufre el niño, porque no son apropiadas a su deteriorada condición clínica y son consideradas por los médicos como fútiles o excesivamente gravosas para él, en cuanto causa de un mayor sufrimiento, no deben reducirse los cuidados integrales del pequeño enfermo, en sus diversas dimensiones fisiológica, psicológica, afectivo-relacional y espiritual. Cuidar no significa solo poner en práctica una terapia o curar; así como interrumpir una terapia, cuando esta ya no beneficia al niño incurable, no implica suspender los cuidados eficaces para sostener las funciones fisiológicas esenciales para la vida del pequeño paciente, mientras su organismo sea capaz de beneficiarse (ayuda a la hidratación, a la nutrición, a la termorregulación y todavía otras, en la medida en que estas se requieran para sostener la homeostasis corporal y reducir el sufrimiento orgánico y sistémico). La abstención de toda obstinación terapéutica, en la administración de los tratamientos juzgados ineficaces, no debe ser una retirada terapéutica en

los cuidados, sino que debe mantener abierto el camino de acompañamiento a la muerte. Se debe considerar, también, que las intervenciones rutinarias, como la ayuda a la respiración, se administren de manera indolora y proporcionada, personalizando sobre el paciente el tipo de ayuda adecuada, para evitar que la justa preocupación por la vida contraste con la imposición injusta de un dolor evitable.

En este contexto, la evaluación y la gestión del dolor físico del neonato y del niño son esenciales para respetarlo y acompañarlo en las fases más estresantes de la enfermedad. Los cuidados personalizados y delicados, que hoy se llevan a cabo en la asistencia clínica pediátrica, acompañados por la presencia de los padres, hacen posible una gestión integrada y más eficaz de cualquier intervención asistencial.

El mantenimiento del vínculo afectivo entre los padres y el hijo es parte integrante del proceso de cuidado. La relación de cuidado y de acompañamiento padre-niño viene favorecida con todos los instrumentos necesarios y constituye la parte fundamental del cuidado, también para las enfermedades incurables y las situaciones de evolución terminal. Además del contacto afectivo, no se debe olvidar el momento espiritual. La oración de las personas cercanas, por la intención del niño enfermo, tiene un valor sobrenatural que sobrepasa y profundiza la relación afectiva.

El concepto ético/jurídico del “mejor interés del niño” –hoy utilizado para efectuar la evaluación costes-beneficios de los cuidados que se lleven a cabo– de ninguna manera puede constituir el fundamento para decidir abreviar su vida con el objetivo de evitarle sufrimientos, con acciones u omisiones que por su naturaleza o en la intención se puedan configurar como eutanásicas. Como se ha dicho, la suspensión de terapias desproporcionadas no puede conducir a la supresión de aquellos cuidados básicos necesarios para acompañarlo a una muerte digna, incluidas aquellas para aliviar el dolor, y tampoco a la suspensión de aquella atención espiritual que se ofrece a quienes pronto se encontrarán con Dios.

## 7. TERAPIAS ANALGÉSICAS Y SUPRESIÓN DE LA CONCIENCIA

Algunos cuidados especializados requieren, por parte de los agentes sanitarios, una atención y competencias específicas para llevar a cabo la mejor práctica médica, desde el punto de vista ético, siempre conscientes de acercarse a las personas en su situación concreta de dolor.

Para disminuir los dolores del enfermo, la terapia analgésica utiliza fármacos que pueden causar la supresión de la conciencia (sedación). Un profundo sentido religioso puede permitir al paciente vivir el dolor como un ofrecimiento especial a Dios, en la óptica de la Redención<sup>73</sup>; sin embargo, la Iglesia afirma la licitud de la sedación como parte de los cuidados que se ofrecen al paciente, de tal manera que el final de la vida acontezca con la máxima paz posible y en las mejores condiciones interiores. Esto es verdad también en el caso de tratamientos que anticipan el momento de la muerte (sedación paliativa profunda en fase

---

<sup>73</sup>Cfr. Pio XII, Allocutio. *Trois questions religieuses et morales concernant l'analgésie* (24 febrero 1957): AAS 49 (1957) 134-136; Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declarac. Iura et bona* (5 mayo 1980), III: AAS 72 (1980), 547; Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 19: AAS 76 (1984), 226.

terminal)<sup>74</sup>, siempre, en la medida de lo posible, con el consentimiento informado del paciente. Desde el punto de vista pastoral, es bueno cuidar la preparación espiritual del enfermo para que llegue conscientemente tanto a la muerte como al encuentro con Dios<sup>75</sup>. El uso de los analgésicos es, por tanto, una parte de los cuidados del paciente, pero cualquier administración que cause directa e intencionalmente la muerte es una práctica eutanásica y es inaceptable<sup>76</sup>. La sedación debe por tanto excluir, como su objetivo directo, la intención de matar, incluso si con ella es posible un condicionamiento a la muerte en todo caso inevitable<sup>77</sup>.

Se necesita aquí una aclaración en relación al contexto pediátrico: en el caso del niño incapaz de entender, como por ejemplo un neonato, no se debe cometer el error de suponer que el niño podrá soportar el dolor y aceptarlo, cuando existen sistemas para aliviarlo. Por eso, es un deber médico trabajar para reducir al máximo posible el sufrimiento del niño, de tal manera que pueda alcanzar la muerte natural en paz y pudiendo percibir lo mejor posible la presencia amorosa de los médicos y, sobre todo, de la familia.

---

<sup>74</sup>Cfr. Pio XII, *Allocutio. Iis qui interfuerunt Conventui internationali. Romae habito*, a "Collegio Internationali Neuro-Psycho-Pharmacologico" indicto (9 septiembre 1958): AAS 50 (1958), 694; Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), III: AAS 72 (1980), 548; Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2779; Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes sanitarios, n. 155: "Se da, además, la posibilidad de provocar con los analgésicos y los narcóticos la supresión de la conciencia del moribundo. Este uso merece una consideración particular. En presencia de dolores insoportables, resistentes a las terapias analgésicas habituales, en proximidad del momento de la muerte o en la previsión fundada de una crisis particular en ese momento, una seria indicación clínica puede conllevar, con el consentimiento del enfermo, el suministro de fármacos que suprimen la conciencia. Esta sedación paliativa profunda en la fase terminal, clínicamente fundamentada, puede ser moralmente aceptable siempre que se realice con el consenso del enfermo, se informe a los familiares, se excluya toda intencionalidad eutanásica y el enfermo haya podido satisfacer sus deberes morales, familiares y religiosos: 'acercándose a la muerte, los hombres deben estar en condiciones de poder cumplir sus obligaciones morales y familiares y, sobre todo, deben poder prepararse con plena conciencia para el encuentro definitivo con Dios'. Por consiguiente, 'no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo'".

<sup>75</sup>Cfr. Pio XII, *Allocutio. Trois questions religieuses et morales concernant l'analgésie* (24 febrero 1957): AAS 49 (1957) 145; Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), III: AAS 72 (1980), 548; Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 476.

<sup>76</sup>Cfr. Francisco, Discurso al Congreso de la Asociación de Médicos Católicos Italianos en el 70 aniversario de su fundación (15 noviembre 2014): AAS 106 (2014), 978.

<sup>77</sup>Pio XII, *Allocutio. Trois questions religieuses et morales concernant l'analgésie* (24 febrero 1957): AAS 49 (1957) 146; Id., *Allocutio. Iis qui interfuerunt Conventui internationali. Romae habito*, a "Collegio Internationali Neuro-Psycho-Pharmacologico" indicto (9 septiembre 1958): AAS 50 (1958), 695; Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), III: AAS 72 (1980), 548; Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2779; Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 65: AAS 87 (1995), 476; Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes Sanitarios, n. 154.

## 8. EL ESTADO VEGETATIVO Y EL ESTADO DE MÍNIMA CONSCIENCIA

Otras situaciones relevantes son la del enfermo con falta persistente de consciencia, el llamado “estado vegetativo”, y la del enfermo en estado “de mínima consciencia”. Es siempre engañoso pensar que el estado vegetativo, y el estado de mínima consciencia, en sujetos que respiran autónomamente, sean un signo de que el enfermo haya cesado de ser persona humana con toda la dignidad que le es propia<sup>78</sup>. Al contrario, en estos estados de máxima debilidad, debe ser reconocido en su valor y asistido con los cuidados adecuados. El hecho que el enfermo pueda permanecer por años en esta dolorosa situación sin una esperanza clara de recuperación implica, sin ninguna duda, un sufrimiento para aquellos que lo cuidan.

Puede ser útil recordar lo que nunca se puede perder de vista en relación con semejante situación dolorosa. Es decir, el paciente en estos estados tiene derecho a la alimentación y a la hidratación; alimentación e hidratación por vías artificiales son, en línea de principio, medidas ordinarias; en algunos casos, tales medidas pueden llegar a ser desproporcionadas, o porque su administración no es eficaz, o porque los medios para administrarlas crean una carga excesiva y provocan efectos negativos que sobrepasan los beneficios.

En la óptica de estos principios, el compromiso del agente sanitario no puede limitarse al paciente sino que debe extenderse también a la familia o a quien es responsable del cuidado del paciente, para quienes se debe prever también un oportuno acompañamiento pastoral. Por lo tanto, es necesario prever una ayuda adecuada a los familiares para llevar el peso prolongado de la asistencia al enfermo en estos estados, asegurándoles aquella cercanía que los ayude a no desanimarse y, sobre todo, a no ver como única solución la interrupción de los cuidados. Hay que estar adecuadamente preparados, y también es necesario que los miembros de la familia sean ayudados debidamente.

## 9. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LOS AGENTES SANITARIOS Y DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS CATÓLICAS

Ante las leyes que legitiman –bajo cualquier forma de asistencia médica– la eutanasia o el suicidio asistido, se debe negar siempre cualquier cooperación formal o material inmediata. Estas situaciones constituyen un ámbito específico para el testimonio cristiano, en las cuales “es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hch 5, 29). No existe el derecho al suicidio ni a la eutanasia: el derecho existe para tutelar la vida y la coexistencia entre los hombres, no para causar la muerte. Por tanto, nunca le es lícito a nadie colaborar con semejantes acciones inmorales o dar a entender que se pueda ser cómplice con palabras, obras u omisiones. El único verdadero derecho es aquel del enfermo a ser acompañado y cuidado con humanidad. Solo así se custodia su dignidad hasta la llegada de la muerte natural. “Ningún agente sanitario, por tanto, puede erigirse en tutor

---

<sup>78</sup>Cfr. Juan Pablo II, Discurso a los participantes al Congreso Internacional sobre “Los tratamientos de soporte vital y estado vegetativo. Progresos científicos y dilemas éticos” (20 marzo 2004), n. 3: AAS 96 (2004), 487: “Un hombre, aunque esté gravemente enfermo o se halle impedido en el ejercicio de sus funciones más elevadas, es y será siempre un hombre; jamás se convertirá en un ‘vegetal’ o en un ‘animal’”.

ejecutivo de un derecho inexistente, aun cuando la eutanasia fuese solicitada con plena conciencia por el sujeto interesado<sup>79</sup>.

A este respecto, los principios generales referidos a la cooperación al mal, es decir a acciones ilícitas, son reafirmados: “Los cristianos, como todos los hombres de buena voluntad, están llamados, por un grave deber de conciencia, a no prestar su colaboración formal a aquellas prácticas que, aun permitidas por la legislación civil, se oponen a la Ley de Dios. En efecto, desde el punto de vista moral, nunca es lícito cooperar formalmente con el mal. Esta cooperación se produce cuando la acción realizada, o por su misma naturaleza o por la configuración que asume en un contexto concreto, se califica como colaboración directa en un acto contra la vida humana inocente o como participación en la intención moral del agente principal. Esta cooperación nunca puede justificarse invocando el respeto a la libertad de los demás, ni apoyarse en el hecho de que la ley civil la prevea y exija. En efecto, los actos que cada cual realiza personalmente tienen una responsabilidad moral, a la que nadie puede nunca substraerse y sobre la que todos y cada uno serán juzgados por Dios mismo (cfr. Rm 2, 6; 14, 12)”<sup>80</sup>.

Es necesario que los Estados reconozcan la objeción de conciencia en ámbito médico y sanitario, en el respeto a los principios de la ley moral natural, y especialmente donde el servicio a la vida interpela cotidianamente la conciencia humana<sup>81</sup>. Donde esta no esté reconocida, se puede llegar a la situación de deber desobedecer a la ley, para no añadir injusticia a la injusticia, condicionando la conciencia de las personas. Los agentes sanitarios no deben vacilar en pedirla como derecho propio y como contribución específica al bien común.

Igualmente, las instituciones sanitarias deben superar las fuertes presiones económicas que a veces les inducen a aceptar la práctica de la eutanasia. Y donde la dificultad para encontrar los medios necesarios hiciese gravoso el trabajo de las instituciones públicas, toda la sociedad está llamada a un aumento de responsabilidad de tal manera que los enfermos incurables no sean abandonados a su suerte o a los únicos recursos de sus familiares. Todo esto requiere una toma de posición clara y unitaria por parte de las Conferencias Episcopales, las Iglesias locales, así como de las comunidades y de las instituciones católicas para tutelar el propio derecho a la objeción de conciencia en los contextos legislativos que prevén la eutanasia y el suicidio.

Las instituciones sanitarias católicas constituyen un signo concreto del modo con el que la comunidad eclesial, tras el ejemplo del Buen Samaritano, se hace cargo de los enfermos. El mandamiento de Jesús, “cuidad a los enfermos” (Lc 10, 9), encuentra su concreta actuación no solo imponiendo sobre ellos las manos, sino también recogidos de la calle, asistiéndolos en sus propias casas y creando estructuras especiales de acogida y de hospitalidad. Fiel al mandamiento del Señor, la Iglesia ha creado, a lo largo de los siglos, varias estructuras de acogida,

---

<sup>79</sup>Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, Nueva carta de los Agentes Sanitarios, n. 151.

<sup>80</sup>Ibidem, n. 151; cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 74: AAS 87 (1995), 487.

<sup>81</sup>Cfr. Francisco, Discurso al Congreso de la Asociación de Médicos Católicos Italianos en el 70 aniversario de su fundación (15 noviembre 2014): AAS 106 (2014), 977.

donde la atención médica encuentra una específica declinación en la dimensión del servicio integral a la persona enferma.

Las instituciones sanitarias “católicas” están llamadas a ser fieles testigos de la irrenunciable atención ética por el respeto a los valores fundamentales y a aquellos cristianos constitutivos de su identidad, mediante la abstención de comportamientos de evidente ilicitud moral y la declarada y formal obediencia a las enseñanzas del Magisterio eclesial. Cualquier otra acción, que no corresponda a la finalidad y a los valores a los cuales las instituciones católicas se inspiran, no es éticamente aceptable y, por tanto, perjudica la atribución de la calificación de “católica”, a la misma institución sanitaria.

En este sentido, no es éticamente admisible una colaboración institucional con otras estructuras hospitalarias hacia las que orientar y dirigir a las personas que piden la eutanasia. Semejantes elecciones no pueden ser moralmente admitidas ni apoyadas en su realización concreta, aunque sean legalmente posibles. De hecho, las leyes que aprueban la eutanasia “no solo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que, por el contrario, establecen una grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia. Desde los orígenes de la Iglesia, la predicación apostólica ha inculcado a los cristianos el deber de obedecer a las autoridades públicas legítimamente constituidas (cfr. Rm 13, 1-7, 1 P 2, 13-14), pero al mismo tiempo ha enseñado firmemente que ‘hay que obedecer a Dios antes que a los hombres’ (Hch 5, 29)”<sup>82</sup>.

El derecho a la objeción de conciencia no debe hacernos olvidar que los cristianos no rechazan estas leyes en virtud de una concepción religiosa privada, sino de un derecho fundamental e inviolable de toda persona, esencial para el bien común de toda la sociedad. Se trata, de hecho, de leyes contrarias al derecho natural en cuanto que minan los fundamentos mismos de la dignidad humana y de una convivencia basada en la justicia.

## 10. EL ACOMPAÑAMIENTO PASTORAL Y EL APOYO DE LOS SACRAMENTOS

El momento de la muerte es un paso decisivo del hombre en su encuentro con Dios Salvador. La Iglesia está llamada a acompañar espiritualmente a los fieles en esta situación, ofreciéndoles los “recursos sanadores” de la oración y los sacramentos. Ayudar al cristiano a vivirlo en un contexto de acompañamiento espiritual es un acto supremo de caridad. Simplemente porque “ningún creyente debería morir en la soledad y en el abandono”<sup>83</sup>, es necesario crear en torno al enfermo una sólida plataforma de relaciones humanas y humanizadoras que lo acompañen y lo abran a la esperanza.

La parábola del Buen Samaritano indica cuál debe ser la relación con el prójimo que sufre, qué actitudes hay que evitar –indiferencia, apatía, prejuicio, miedo a mancharse las manos, encerrarse en sus propias preocupaciones– y cuáles hay que poner en práctica –atención, escucha, comprensión, compasión, discreción–.

---

<sup>82</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 73 AAS 87 (1995), 486.

<sup>83</sup>Benedicto XVI, Discurso a los participantes al Congreso de la Pontificia Academia para la Vida sobre el tema “Junto al enfermo incurable y al moribundo: orientaciones éticas y operativas” (25 febrero 2008): AAS 100 (2008), 171.

La invitación a la imitación, “Ve y haz también tú lo mismo” (Lc 10, 37), es una llamada a no subestimar todo el potencial humano de presencia, de disponibilidad, de acogida, de discernimiento, de implicación, que la proximidad hacia quien está en una situación de necesidad exige y que es esencial en el cuidado integral de la persona enferma.

La calidad del amor y del cuidado de las personas en las situaciones críticas y terminales de la vida contribuye a alejar de ellas el terrible y extremo deseo de poner fin a la propia vida. Solo un contexto de calor humano y de fraternidad evangélica es capaz de abrir un horizonte positivo y de sostener al enfermo en la esperanza y en un confiado abandono.

Este acompañamiento forma parte de la ruta definida por los cuidados paliativos y debe incluir al paciente y a su familia.

La familia, desde siempre, ha tenido un papel importante en el cuidado, cuya presencia, apoyo, afecto, constituyen para el enfermo un factor terapéutico esencial. Ella, de hecho, recuerda el Papa Francisco, “ha sido siempre el ‘hospital’ más cercano. Aún hoy, en muchas partes del mundo, el hospital es un privilegio para pocos, y a menudo está distante. Son la mamá, el papá, los hermanos, las hermanas, las abuelas quienes garantizan las atenciones y ayudan a sanar”<sup>84</sup>.

El hacerse cargo del otro o el hacerse cargo de los sufrimientos de otros es una tarea que implica no solo a algunos, sino que abraza la responsabilidad de todos, de toda la comunidad cristiana. San Pablo afirma que, cuando un miembro sufre, todo el cuerpo está sufriendo (cfr. 1 Cor 12, 26) y todo entero se inclina sobre el miembro enfermo para darle alivio. Cada uno, por su parte, está llamado a ser “siervo del consuelo” frente a las situaciones humanas de desolación y desánimo.

El acompañamiento pastoral reclama el ejercicio de las virtudes humanas y cristianas de la empatía (*en-pathos*), de la compasión (*cum-passio*), del hacerse cargo del sufrimiento del enfermo compartiéndolo, y del consuelo (*cum-solacium*), del entrar en la soledad del otro para hacerle sentirse amado, acogido, acompañado, apoyado.

El ministerio de la escucha y del consuelo que el sacerdote está llamado a ofrecer, haciéndose signo de la solicitud compasiva de Cristo y de la Iglesia, puede y debe tener un papel decisivo. En esta importante misión es extremadamente importante testimoniar y conjugar aquella verdad y caridad con las que la mirada del Buen Pastor no deja de acompañar a todos sus hijos. Dada la importancia de la figura del sacerdote en el acompañamiento humano, pastoral y espiritual de los enfermos en las fases terminales de la vida, es necesario que en su camino de formación esté prevista una preparación actualizada y orientada en este sentido. También es importante que sean formados en este acompañamiento cristiano los médicos y los agentes sanitarios, porque pueden darse circunstancias específicas que hacen muy difícil una adecuada presencia de los sacerdotes a la cabecera del enfermo terminal.

Ser hombres y mujeres expertos en humanidad significa favorecer, a través de las actitudes con las que se cuida del prójimo que sufre, el encuentro con el Señor de la vida, el único capaz de verter, de manera eficaz, sobre las heridas humanas el aceite del consuelo y el vino de la esperanza.

---

<sup>84</sup>Francisco, *Audiencia General* (10 junio 2015): *L’Osservatore Romano*, 11 junio 2015, 8.

Todo hombre tiene el derecho natural de ser atendido en esta hora suprema según las expresiones de la religión que profesa.

El momento sacramental es siempre el culmen de toda la tarea pastoral de cuidado que lo precede y fuente de todo lo que sigue.

La Iglesia llama sacramentos “de curación”<sup>85</sup> a la Penitencia y a la Unción de los enfermos, que culminan en la Eucaristía como “viático” para la vida eterna<sup>86</sup>. Mediante la cercanía de la Iglesia, el enfermo vive la cercanía de Cristo que lo acompaña en el camino hacia la casa del Padre (cfr. Jn 14, 6) y lo ayuda a no caer en la desesperación<sup>87</sup>, sosteniéndolo en la esperanza, sobre todo cuando el camino se hace más penoso<sup>88</sup>.

## 11. EL DISCERNIMIENTO PASTORAL HACIA QUIEN PIDE LA EUTANASIA O EL SUICIDIO ASISTIDO

Un caso del todo especial en el que hoy es necesario reafirmar la enseñanza de la Iglesia es el acompañamiento pastoral de quien ha pedido expresamente la eutanasia o el suicidio asistido. Respecto al sacramento de la Reconciliación, el confesor debe asegurarse que haya contrición, la cual es necesaria para la validez de la absolución, y que consiste en el “dolor del alma y detestación del pecado cometido, con propósito de no pecar en adelante”<sup>89</sup>. En nuestro caso nos encontramos ante una persona que, más allá de sus disposiciones subjetivas, ha realizado la elección de un acto gravemente inmoral y persevera en él libremente. Se trata de una manifiesta no-disposición para la recepción de los sacramentos de la Penitencia<sup>90</sup>, con la absolución, y de la Unción<sup>91</sup>, así como del Viático<sup>92</sup>. Podrá recibir tales sacramentos en el momento en el que su disposición a cumplir los pasos concretos permita al ministro concluir que el penitente ha modificado su decisión. Esto implica también que una persona que se haya registrado en una asociación para recibir la eutanasia o el suicidio asistido debe mostrar el propósito de anular tal inscripción, antes de recibir los sacramentos. Se recuerda que la necesidad de posponer la absolución no implica un juicio sobre la imputabilidad de la culpa, porque la responsabilidad personal podría estar disminuida o incluso no existir<sup>93</sup>. En el caso en el que el paciente estuviese desprovisto de conciencia, el sacerdote podría administrar los sacramentos *sub condicione* si se puede pre-

---

<sup>85</sup>Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1420.

<sup>86</sup>Cfr. *Rituale Romanum ex decreto Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani II instauratum auctoritate Pauli PP. VI promulgatum, Ordo unctionis infirmorum eorumque pastoralis curae, Editio typica, Praenotanda, Typis Polyglottis Vaticanis, Civitate Vaticana 1972*, n. 26; Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1524.

<sup>87</sup>Francisco, Carta Enc. *Laudato si'* (24 mayo 2015), n. 235: AAS 107 (2015), 939.

<sup>88</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 67: AAS 87 (1995), 478-479.

<sup>89</sup>Concilio de Trento, Ses. XIV, *De sacramentum penitentiae*, cap. 4: DH 1676.

<sup>90</sup>Cfr. CIC, can. 987.

<sup>91</sup>Cfr. CIC, can. 1007: “No se dé la unción de los enfermos a quienes persisten obstinadamente en un pecado grave manifiesto”.

<sup>92</sup>Cfr. CIC, can. 915 y can. 843 § 1.

<sup>93</sup>Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Declarac. *Iura et bona* (5 mayo 1980), II: AAS 72 (1980), 546.

sumir el arrepentimiento a partir de cualquier signo dado con anterioridad por la persona enferma.

Esta posición de la Iglesia no es un signo de falta de acogida al enfermo. De hecho, debe ser el ofrecimiento de una ayuda y de una escucha siempre posible, siempre concedida, junto a una explicación profunda del contenido del sacramento, con el fin de dar a la persona, hasta el último momento, los instrumentos para poder escogerlo y desearlo. La Iglesia está atenta a escrutar los signos de conversión suficientes, para que los fieles puedan pedir razonablemente la recepción de los sacramentos. Se recuerda que posponer la absolución es también un acto medicinal de la Iglesia, dirigido, no a condenar al pecador, sino a persuadirlo y acompañarlo hacia la conversión.

También en el caso en el que una persona no se encuentre en las disposiciones objetivas para recibir los sacramentos, es necesaria una cercanía que invite siempre a la conversión. Sobre todo si la eutanasia, pedida o aceptada, no se lleva a cabo en un breve periodo de tiempo. Se tendrá entonces la posibilidad de un acompañamiento para hacer renacer la esperanza y modificar la elección errónea, y que el enfermo se abra al acceso a los sacramentos.

Sin embargo, no es admisible por parte de aquellos que asisten espiritualmente a estos enfermos ningún gesto exterior que pueda ser interpretado como una aprobación de la acción eutanásica, como por ejemplo el estar presentes en el instante de su realización. Esta presencia solo puede interpretarse como complicidad. Este principio se refiere de manera particular, pero no solo, a los capellanes de las estructuras sanitarias donde puede practicarse la eutanasia, que no deben dar escándalo mostrándose de algún modo cómplices de la supresión de una vida humana.

## 12. LA REFORMA DEL SISTEMA EDUCATIVO Y LA FORMACIÓN DE LOS AGENTES SANITARIOS

En el contexto social y cultural actual, tan denso en desafíos en relación con la tutela de la vida humana en las fases más críticas de la existencia, el papel de la educación es ineludible. La familia, la escuela, las demás instituciones educativas y las comunidades parroquiales deben trabajar con perseverancia para despertar y madurar aquella sensibilidad hacia el prójimo y su sufrimiento, de la que se ha convertido en símbolo la figura evangélica del Samaritano<sup>94</sup>.

A las capellanías hospitalarias se les pide ampliar la formación espiritual y moral de los agentes sanitarios, incluidos médicos y personal de enfermería, así como de los grupos de voluntariado hospitalario, para que sepan dar la atención humana y espiritual necesaria en las fases terminales de la vida. El cuidado psicológico y espiritual del paciente durante toda la evolución de la enfermedad debe ser una prioridad para los agentes pastorales y sanitarios, teniendo cuidado de poner en el centro al paciente y a su familia.

Los cuidados paliativos deben difundirse en el mundo y es obligatorio preparar, para tal fin, los cursos universitarios para la formación especializada de los agentes sanitarios. También es prioritaria la difusión de una correcta y meticu-

---

<sup>94</sup>Cfr. Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 29: AAS 76 (1984), 244-246.

losa información sobre la eficacia de los auténticos cuidados paliativos para un acompañamiento digno de la persona hasta la muerte natural. Las instituciones sanitarias de inspiración cristiana deben preparar protocolos para sus agentes sanitarios que incluyan una apropiada asistencia psicológica, moral y espiritual como componente esencial de los cuidados paliativos.

La asistencia humana y espiritual debe volver a entrar en los recorridos formativos académicos de todos los agentes sanitarios y en las prácticas hospitalarias.

Además de todo esto, las estructuras sanitarias y asistenciales deben preparar modelos de asistencia psicológica y espiritual para los agentes sanitarios que tienen a su cargo los pacientes en las fases terminales de la vida humana. Hacerse cargo de quienes cuidan es esencial para evitar que sobre los agentes y los médicos recaiga todo el peso (*burn out*) del sufrimiento y de la muerte de los pacientes incurables. Estos tienen necesidad de apoyo y de momentos de discusión y de escucha adecuados para poder procesar no solo valores y emociones, sino también el sentido de la angustia, del sufrimiento y de la muerte en el ámbito de su servicio a la vida. Tienen que poder percibir el sentido profundo de la esperanza y la conciencia que su misión es una verdadera vocación a apoyar y acompañar el misterio de la vida y de la gracia en las fases dolorosas y terminales de la existencia<sup>95</sup>.

## CONCLUSIÓN

El misterio de la Redención del hombre está enraizado de una manera sorprendente en el compromiso amoroso de Dios con el sufrimiento humano. Por eso podemos fiarnos de Dios y transmitir esta certeza en la fe al hombre sufriente y asustado por el dolor y la muerte.

El testimonio cristiano muestra cómo la esperanza es siempre posible, también en el interior de la cultura del descarte. “La elocuencia de la parábola del buen Samaritano, como también la de todo el Evangelio, es concretamente esta: el hombre debe sentirse llamado personalmente a testimoniar el amor en el sufrimiento”<sup>96</sup>.

La Iglesia aprende del Buen Samaritano el cuidado del enfermo terminal y obedece así el mandamiento unido al don de la vida: “¡respetar, defender, amar y servir a la vida, a toda vida humana!”<sup>97</sup>. El evangelio de la vida es un evangelio de la compasión y de la misericordia dirigido al hombre concreto, débil y pecador, para levantarlo, mantenerlo en la vida de la gracia y, si es posible, curarlo de toda posible herida.

No basta, sin embargo, compartir el dolor, es necesario sumergirse en los frutos del Misterio Pascual de Cristo para vencer el pecado y el mal, con la voluntad de

---

<sup>95</sup>Cfr. Francisco, Discurso a los presidentes de los Colegios de Médicos de España e Hispanoamérica (9 junio 2016): AAS108 (2016), 727-728. “La fragilidad el dolor y la enfermedad son una dura prueba para todos, también para el personal médico, son un llamado a la paciencia, al padecer-con; por ello no se puede ceder a la tentación funcionalista de aplicar soluciones rápidas y drásticas, movidos por una falsa compasión o por meros criterios de eficacia y ahorro económico. Está en juego la dignidad de la vida humana; está en juego la dignidad de la vocación médica”.

<sup>96</sup>Juan Pablo II, Carta Ap. *Salvifici doloris* (11 febrero 1984), n. 29: AAS 76 (1984), 246.

<sup>97</sup>Juan Pablo II, Carta Enc. *Evangelium vitae* (25 marzo 1995), n. 5: AAS 87 (1995), 407.

“desterrar la miseria ajena como si fuese propia”<sup>98</sup>. Sin embargo, la miseria más grande es la falta de esperanza ante la muerte. Esta es la esperanza anunciada por el testimonio cristiano que, para ser eficaz, debe ser vivida en la fe implicando a todos, familiares, enfermeros, médicos, y la pastoral de las diócesis y de los hospitales católicos, llamados a vivir con fidelidad el deber de acompañar a los enfermos en todas las fases de la enfermedad, y en particular, en las fases críticas y terminales de la vida, así como se ha definido en el presente documento.

El Buen Samaritano, que pone en el centro de su corazón el rostro del hermano en dificultad, sabe ver su necesidad, le ofrece todo el bien necesario para levantarlo de la herida de la desolación y abrir en su corazón hendiduras luminosas de esperanza.

El “querer el bien” del Samaritano, que se hace prójimo del hombre herido no con palabras ni con la lengua, sino con los hechos y en la verdad (cfr. 1 Jn 3, 18), toma la forma de cuidado, con el ejemplo de Cristo que pasó haciendo el bien y sanando a todos (cfr. Hch 10, 38).

Curados por Jesús, nos transformamos en hombres y mujeres llamados a anunciar su potencia sanadora, a amar y a hacernos cargo del prójimo como él nos ha enseñado.

Esta vocación al amor y al cuidado del otro<sup>99</sup>, que lleva consigo ganancias de eternidad, se anuncia de manera explícita por el Señor de la vida en esta paráfrasis del juicio final: recibid en heredad el reino, porque estaba enfermo y me habéis visitado. ¿Cuándo, Señor? Todas las veces que habéis hecho esto con un hermano vuestro más pequeño, a un hermano vuestro que sufre, lo habéis hecho conmigo (cfr. Mt 25, 31-46).

El Sumo Pontífice Francisco, en fecha 25 de junio de 2020 ha aprobado esta Carta, decidida en la Sesión Plenaria de esta Congregación el 29 de enero de 2020, y ha ordenado su publicación.

Dada en Roma, desde la sede de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 14 de julio de 2020, memoria litúrgica de san Camilo de Lellis.

LUIS F. CARD. LADARIA, S.I.  
Prefecto

GIACOMO MORANDI  
Arzobispo Titular de Cerveteri  
Secretario

[Texto original: Italiano]

---

<sup>98</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I, q. 21, a. 3.

<sup>99</sup>Cfr. Benedicto XVI, Carta. Enc. *Spe salvi* (30 noviembre 2007), n. 39: AAS 99 (2007), 1016: “Sufrir con el otro, por los otros; sufrir por amor de la verdad y de la justicia; sufrir a causa del amor y con el fin de convertirse en una persona que ama realmente, son elementos fundamentales de humanidad, cuya pérdida destruiría al hombre mismo”.

## ¿EL CULTO DE DIOS NO ES UNA “ACTIVIDAD ESENCIAL”?

En este caso se verifica una confirmación de un problema más amplio: el Estado argentino padece una congénita inclinación al autoritarismo, que con el actual gobierno se desliza hacia el totalitarismo; a sus partidarios se les atribuye el lema “¡vamos por todo!”.

Parece inevitable, si se juzga con objetividad, reconocer que la política sanitaria impuesta para enfrentar la pandemia en Argentina, no ha logrado los resultados que sus autores esperaban. Se encerró prematuramente a la población cuando los contagios masivos no existían, y al cabo de medio año, cuando se registra un pico temible de la difusión del virus, aunque con devaneos, con idas y vueltas, aflojan la presión porque la gente no soporta más una cuarentena tan larga, y no se pueden negar las consecuencias desastrosas para la economía, con las repercusiones sociales correspondientes. Los expertos señalan asimismo daños psicológicos serios. Los varios y extendidos “banderazos”, un tipo nuevo y originalísimo de manifestación haciendo flamear en las protestas nuestra enseña patria, han proclamado el hartazgo.

En este caso se verifica una confirmación de un problema más amplio: *el Estado argentino padece una congénita inclinación al autoritarismo, que con el actual gobierno se desliza hacia el totalitarismo*; a sus partidarios se les atribuye el lema “¡vamos por todo!”. Se han jactado de un acierto inexistente en el propósito de cuidar nuestra salud. Además, ya no vivimos en la República Argentina, sino en Argentina Presidencia, como se dice en los anuncios oficiales. Con el Congreso y la Justicia en cuarentena, somos gobernados por el Poder Ejecutivo mediante “decretos de necesidad y urgencia” (DNU), en sus manos, a su arbitrio, han quedado los derechos y garantías que la Constitución reconoce a los ciudadanos, como si la emergencia sanitaria pudiera justificar su conculcación. *Ya no hay Estado de Derecho*; más allá de otros numerosos desquicios, solo por ese desprecio de los valores elementales de una sociedad democrática, se podría decir que estamos viviendo al margen de la ley.

En esta nota deseo ocuparme del significado de las *recientes disposiciones que limitan la libertad de culto*; las mismas afectan a las actividades de todas las religiones, pero adquieren una especial relevancia las que atentan contra un precepto constitucional. Los constituyentes de 1853 eligieron, respecto de la presencia religiosa en la sociedad, una fórmula intermedia entre la que consagra un Estado confesional y la definición de un Estado laico o ateo. *El artículo 2 de nuestra Carta Magna establece que el Estado nacional sostiene el culto católico, apostólico y romano*. El verbo, que ha sido objeto de numerosas interpretaciones y discusiones, no se limita al apoyo económico. Este ocupa un lugar ínfimo en el presupuesto

nacional, y tal aporte financiero cubre una porción pequeñísima del gasto total de la Iglesia. Sostiene significa apoya, promueve, facilita su difusión. Es muy poco conocida una explicación de Juan Bautista Alberdi, el autor de las “Bases”, que aquí reproduzco *ad sensum*: “El Estado no puede sostener un culto que no es el propio”. Estas palabras expresan un hecho histórico: Argentina es un país católico; el artículo 2 se ha conservado en todas las reformas del texto constitucional.

Aun considerando el *menoscabo evidente de la presencia católica en la vida nacional, la razón histórica no ha perdido valor*, y se manifiesta en diversas circunstancias de modo sorprendente; puede afirmarse que en algunas provincias sobrevive la Argentina profunda. Un caso por demás interesante es el de la Provincia de Buenos Aires; en la Constitución bonaerense, promulgada en 1994, el artículo 199 reza: *Los escolares bonaerenses recibirán una educación integral, de sentido trascendente y según los principios de la moral cristiana*, respetando la libertad de conciencia. Me consta que los políticos en general, incluyendo ministros y legisladores, ignoran esa disposición, que nunca se ha cumplido, y que se refiere obviamente en primer lugar a las escuelas de gestión estatal.

*El actual gobierno se atribuye la misión de cuidar nuestra salud física, y en función de este fin desconoce las exigencias de la salud espiritual* de la población, la dimensión religiosa de la vida humana y de toda sociedad, tal como se advierte con claridad en el estudio de la historia y la fenomenología de las religiones. Un contraste digno de ser notado es el que surge de la comparación con Estados Unidos de Norteamérica, un país plurirreligioso. Allí, el Día Nacional dedicado a la Oración, el actual Presidente exhortó a los ciudadanos a rezar pidiendo a Dios que nos libre de la pandemia que sufrimos. Aquí, en cambio, se ordena cerrar los templos; luego se permite abrirlos unas pocas horas para que se pueda rezar desde afuera, pero *no se autoriza a celebrar el culto divino, porque esa no es una “actividad esencial”*. No lo es, sin duda, para los ateos que nos gobiernan –sean teóricos, prácticos o ambas cosas, y aun bautizados– pero lo es, por cierto, para buena parte de la población.

El caso concreto de la *libertad de los católicos para celebrar la Santa Misa y los demás sacramentos*, se inscribe en el marco más amplio del *derecho humano a la libertad religiosa, que resulta también restringido*. La posición oficial es arbitraria e insensata. *En buena parte de nuestros templos, si no en la mayoría de ellos, se podría participar de la Misa cumpliendo los protocolos establecidos* de la distancia a guardar entre las personas que asistan; otro recurso sería –donde pueda hacerse merced a la disponibilidad sacerdotal– duplicar el número de misas dominicales. En algunos lugares se hace, eludiendo la vigilancia desplegada; gracias a Dios hay sacerdotes que con discreción, con prudencia sobrenatural, ofrecen a los fieles esta solución. ¡No es lo mismo la Misa por internet!

La desvalorización del precepto dominical –ya es sabido que no obliga ante la imposibilidad de cumplirlo– puede inspirar para después de la pandemia una cierta confusión, sobre todo teniendo en cuenta que *en nuestro país la inmensa mayoría de los bautizados en la Iglesia Católica no va a Misa, y desconoce lo que significa la práctica de una vida eucarística*. Acerca de los demás sacramentos, la prohibición del culto divino ha obstaculizado la atención espiritual de enfermos graves, lo cual no asombra si la insensibilidad de las autoridades ha impedido a un padre de familia despedir a su hija moribunda, caso que tuvo una fuerte repercusión en los medios, y que ha causado oleadas de indignación. Corresponde recordar

aquí que, según la doctrina de la Iglesia, la Unción de los Enfermos confiere una “asistencia del Señor que por la fuerza de su Espíritu quiere conducir al enfermo a la curación del alma, pero también a la del cuerpo, si tal es la voluntad de Dios” (Catecismo de la Iglesia Católica, 2520).

Con toda razón, y según los antecedentes ideológicos de la mayoría de los partidos y movimientos políticos, *se puede temer un nuevo conato del laicismo, que desde fines del siglo XIX –y, sobre todo, por la infiltración amplia y penetrante de la masonería–* ha acompañado el desarrollo de la sociedad argentina, potenciado por la carencia de suficientes recursos de evangelización y *la ausencia de la Iglesia en los principales ámbitos donde se gestan las vigencias culturales.*

*Los católicos no podemos aceptar la expulsión de Dios de la vida social; contamos con la clara enseñanza del Concilio Vaticano II. Por ejemplo: “A los laicos corresponde, por propia vocación, tratar de obtener el Reino de Dios gestionando los asuntos temporales y ordenándolos según Dios (Lumen gentium, 31). “Es papel de los laicos en las estructuras humanas conocer la íntima naturaleza de todas las criaturas, su valor y su ordenación a la gloria de Dios (ib.)”. “Tengan presente que en cualquier asunto temporal deben guiarse por la conciencia cristiana, dado que ninguna acción humana, ni siquiera en el orden temporal, puede sustraerse al imperio de Dios” (ib.). “Así como ha de reconocerse que la ciudad terrena, justamente entregada a las preocupaciones del siglo, se rige por principios propios, con la misma razón se debe rechazar la funesta doctrina que pretende construir la sociedad prescindiendo en absoluto de la religión” (ib.). “Es obligación de toda la Iglesia trabajar para que los hombres se capaciten a fin de establecer rectamente todo el orden temporal y ordenarlo a Dios por Jesucristo” (Apostolicam actuositatem, 7). “Hay que instaurar el orden temporal de tal forma que salvando íntegramente sus propias leyes, se ajuste a los principios superiores de la vida cristiana” (ib.). Esta enseñanza es la proyección de un principio de fe: la soberanía universal de Cristo, que es “primogénito” (prototokos) de toda la creación, en quien todo ha sido fundado; Él existe antes que todas las cosas, y todo subsiste (synésteken) en Él (Col 1, 15.17). De esta verdad central de la fe cristiana se sigue una weltanschauung, una visión del mundo, que se concreta en la Doctrina Social expuesta modernamente en las encíclicas pontificias. El cristianismo podría, debería, hacerse presente en nuestra sociedad de un modo nuevo, como una fuerza vital en la vida de la comunidad nacional; pero solamente una profunda evangelización en consonancia con la auténtica misión eclesial, podría manifestarse como eficaz inculturación, en beneficio de todo el país.*

*Muchos sacerdotes han quedado sorprendidos y disgustados por lo que consideran lenidad, blandura complaciente, de los responsables de la Iglesia, y falta de prudente inventiva para proponer alternativas ante los avances totalitarios del gobierno. San Agustín definía así su magisterio: “Amonestar a quien siembra discordias, consolar a los pusilánimes, refutar a los adversarios”. Los sacerdotes y fieles aludidos opinan que los organismos episcopales que el gran público y los medios de comunicación identifican sin más con la Iglesia, han quedado descolocados ante las iniciativas oficiales. En esta circunstancia particular, según aquellos, se ha puesto a la vista un problema más profundo, la real eficiencia de una organización que tiene mucho de aparente y convencional.*

*Felizmente, en no pocos lugares hay sacerdotes –lo reitero– y fieles laicos que comprenden cabalmente el sentido de la libertad cristiana, y se han forjado una*

idea correcta, realista, de las necesidades de la evangelización y sus aspectos culturales y sociales; no renuncian a la aspiración de difundir una cultura cristiana. Lo hemos visto en las manifestaciones en defensa de los niños por nacer. En este punto, en la vindicación del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, las relaciones ecuménicas e interreligiosas permiten articular un frente común con cristianos de otras confesiones, y grupos judíos y musulmanes.

*En el futuro, el gran desafío será hacer presente a Dios y a la dimensión religiosa de la vida en la sociedad argentina, para que la existencia de los ciudadanos no quede encerrada de un inmanentismo que cercena su referencia a un destino trascendente. Como sugería anteriormente, ese propósito solo podrá realizarse en los hechos mediante el anuncio de Cristo, y su Evangelio, en consonancia con la auténtica misión eclesial. Sería algo así como devolver, con creces, lo que mezquinamente la Iglesia recibe gracias al "sostiene".*

Estoy concluyendo este artículo cuando recibo la noticia de que la cuarentena continuará por otras tres semanas, pero que en otro gesto de apertura "se podrían realizar celebraciones de culto, ¡con no más de 20 personas! Otra intromisión ridícula; ¿por qué no 15, o 25?

MONS. HÉCTOR AGUER\*

## DECLARACIÓN DE CINCO OBISPOS SOBRE LA ILICITUD DE LA VACUNA DERIVADA DE CÉLULAS DE ABORTOS

En un contexto de profunda inquietud mundial sobre el tema de las vacunas, en que ha habido opiniones contrarias incluso dentro de la Iglesia, se ha hecho pública hoy una Declaración de cinco obispos (los kazajos Mons. Peta, Mons. Schneider y Mons. Lenga, el letonio Mons. Pujats y el norteamericano Strickland) fundamentando la ilicitud de las vacunas en base a células derivadas de niños abortados, por contradecir la *máxima determinación* de defender la vida por nacer, considerando que "cualquier vínculo con el proceso de aborto, incluso el más remoto e implícito, ensombrecerá el deber de la Iglesia de dar testimonio inquebrantable de la verdad de que el aborto debe ser rechazado por completo".

Se exhorta allí a no ceder a la tentación de ofrecer sacrificios a la "religión sustituta" en que se ha convertido la salud corporal, como si esta fuese un valor absoluto.

Señalan por ello que en virtud de la gravedad del tema, las consideraciones indulgentes por parte de ciertos eclesiásticos constituyen una verdadera irresponsabilidad pastoral, ya que posiblemente se esté presagiando ya la marca de la Bestia, sobre la cual nos advierte el Apocalipsis.

---

\*Arzobispo emérito de La Plata/Argentina.

Por nuestra parte, celebramos el celo y la contundencia de estos obispos, que siguen recordando la vigencia de la Palabra de Dios y no se pliegan a la obsecuencia con el mundo, ya sea a través de la colaboración explícita, o del silencio. El texto completo, a continuación:

#### SOBRE LA ILICITUD MORAL DEL USO DE VACUNAS HECHAS DE CÉLULAS DERIVADAS DE FETOS HUMANOS ABORTADOS

Recientemente, se ha sabido por los servicios de noticias y diversas fuentes de información que en relación con la emergencia de Covid-19, en algunos países se han producido vacunas utilizando líneas celulares de fetos humanos abortados, y en otros países se planea producir tales vacunas. Hay cada vez más voces de los eclesiásticos (conferencias episcopales, obispos individuales y sacerdotes) que dicen que en el caso de que no haya una alternativa para una vacunación con sustancias éticamente lícitas, sería moralmente permisible para los católicos usar vacunas, a pesar de las líneas celulares de bebés abortados que han sido utilizados en su desarrollo.

Los partidarios de tal vacuna invocan dos documentos de la Santa Sede (Pontificia Academia para la Vida, “Reflexiones morales sobre vacunas preparadas a partir de células derivadas de fetos humanos abortados” del 9 de junio de 2005 y Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción “*Dignitas Personae*, sobre ciertas cuestiones bioéticas” del 8 de septiembre de 2008), que permiten el uso de dicha vacuna en casos excepcionales y por tiempo limitado sobre la base de lo que en teología moral se denomina cooperación material remota, pasiva con el mal. Los documentos mencionados dicen que los católicos que usan tal vacuna tienen al mismo tiempo “el deber de expresar su desacuerdo al respecto y de pedir que los sistemas sanitarios pongan a disposición otros tipos de vacunas”.

En el caso de las vacunas elaboradas a partir de líneas celulares de fetos humanos abortados vemos una clara contradicción: entre la doctrina católica que rechaza categóricamente y más allá de la sombra de una ambigüedad el aborto en todos los casos como un grave mal moral que clama al cielo por venganza (ver Catecismo de la Iglesia Católica 2268, 2270 y sigs.), y la práctica de considerar las vacunas derivadas de líneas celulares fetales abortadas como moralmente aceptables en casos excepcionales de “necesidad urgente”, sobre la base de una cooperación material remota pasiva. Argumentar que tales vacunas pueden ser moralmente lícitas si no hay alternativa es en sí mismo contradictorio y no puede ser aceptable para los católicos. Cabe recordar las siguientes palabras del Papa San Juan Pablo II sobre la dignidad de la vida humana por nacer:

La inviolabilidad de la persona, reflejo de la absoluta inviolabilidad del mismo Dios, encuentra su primera y fundamental expresión en la *inviolabilidad de la vida humana*. Se ha hecho habitual hablar, y con razón, sobre los derechos humanos; como por ejemplo sobre el derecho a la salud, a la casa, al trabajo, a la familia y a la cultura. De todos modos, esa preocupación resulta falsa e ilusoria si no se defiende con la *máxima determinación* el derecho a la vida como el derecho primero y fontal, condición de todos los otros derechos de la persona (*Christifideles laici*, 38).

El uso de vacunas elaboradas a partir de células de niños no nacidos asesinados contradice la *máxima determinación* de defender la vida por nacer.

El principio teológico de la cooperación material es ciertamente válido y puede aplicarse a una gran cantidad de casos (pago de impuestos, uso de productos del trabajo de esclavitud, etc.). Sin embargo, este principio difícilmente se puede aplicar al caso de las vacunas elaboradas a partir de líneas celulares fetales, porque quienes las reciben consciente y voluntariamente, entran en una especie de concatenación, aunque muy remota, con el proceso de la industria del aborto. El crimen del aborto es tan monstruoso que cualquier tipo de concatenación con este crimen, incluso uno muy remoto, es inmoral y no puede ser aceptado bajo ninguna circunstancia por un católico una vez que ha tomado plena conciencia de él. Quien usa estas vacunas debe darse cuenta de que su cuerpo se está beneficiando de los “frutos” de uno de los mayores crímenes de la humanidad (aunque con pasos remotos mediante una serie de procesos químicos).

Cualquier vínculo con el proceso de aborto, incluso el más remoto e implícito, ensombrecerá el deber de la Iglesia de dar testimonio inquebrantable de la verdad de que el aborto debe ser rechazado por completo. Los fines no pueden justificar los medios. Estamos viviendo uno de los peores genocidios conocidos por el hombre. Millones y millones de bebés en todo el mundo han sido sacrificados en el útero de su madre, y día tras día este genocidio oculto continúa a través de la industria del aborto y las tecnologías fetales y el impulso de gobiernos y organismos internacionales para promover tales vacunas como uno de sus objetivos. Los católicos no pueden ceder ahora; hacerlo sería tremendamente irresponsable. La aceptación de estas vacunas por parte de los católicos, sobre la base de que solo implican una “cooperación remota, pasiva y material” con el mal, le haría el juego a sus enemigos y debilitaría el último baluarte contra el aborto.

¿Qué otra cosa puede ser el uso de líneas celulares fetales de niños abortados que la violación del orden de la creación dado por Dios, ya que se basa en la violación grave de este orden al matar a un niño por nacer? Si a este niño no se le hubiera negado el derecho a la vida, si sus células (que desde entonces se han cultivado varias veces en el tubo de ensayo) no estuvieran disponibles para la producción de una vacuna, no podrían comercializarse. Por lo tanto, hay una doble violación del orden sagrado de Dios: por un lado a través del aborto mismo y, por otro lado, a través del atroz negocio de comercializar el tejido de los niños abortados. Sin embargo, este doble desprecio del orden de la creación nunca puede justificarse, por supuesto tampoco a través de la intención de preservar la salud de una persona a través de una vacuna basada en este desprecio del orden de la creación dado por Dios. Nuestra sociedad ha creado una religión sustituta: la salud se ha convertido en el mayor bien, un dios sustituto al que se deben hacer sacrificios. En este caso con una vacuna basada en la muerte de otra vida humana.

Al examinar las cuestiones éticas que rodean a las vacunas, tenemos que preguntarnos: ¿por qué fue posible todo esto?, ¿por qué surgió en la medicina, cuyo propósito es traer vida y salud, la tecnología basada en el asesinato? La investigación biomédica que explota a los inocentes no nacidos y utiliza sus cuerpos como “materia prima” para el propósito de las vacunas parece más similar al canibalismo. También debemos considerar que, en el análisis final, para algunos en la industria biomédica, las líneas celulares de los niños no nacidos son un “producto”, el abortista y el fabricante de la vacuna son el “proveedor” y los

receptores de la vacuna son consumidores. La tecnología basada en el asesinato tiene sus raíces en la desesperanza y termina en la desesperación. Debemos resistir el mito de que “no hay alternativa”. Al contrario, debemos proceder con la esperanza y la convicción de que existen alternativas y que el ingenio humano, con la ayuda de Dios, puede descubrirlas. Este es el único camino de la oscuridad a la luz y de la muerte a la vida.

El Señor dijo que en el fin de los tiempos incluso los elegidos serán seducidos (cf. Mc 13:22). Hoy, toda la Iglesia y todos los fieles católicos deben buscar urgentemente fortalecerse en la doctrina y la práctica de la fe. Al enfrentar el mal del aborto, más que nunca los católicos deben “abstenerse de toda apariencia de mal” (1 Tes. 5:22). La salud corporal no es un valor absoluto. La obediencia a la ley de Dios y la salvación eterna de las almas deben tener primacía. Las vacunas derivadas de las células de los niños no nacidos cruelmente asesinados son claramente de carácter apocalíptico y posiblemente presagien la marca de la bestia (cf. Apoc 13:16).

Algunos eclesiásticos de nuestros días tranquilizan a los fieles afirmando que una vacunación con una vacuna Covid-19, preparada con líneas celulares de un niño abortado es moralmente lícita, si no se dispone de alternativas, justificándola con una llamada “cooperación material y remota” con el mal. Tales afirmaciones de los eclesiásticos son altamente antipastorales y contraproducentes, considerando la creciente industria del aborto y las tecnologías fetales inhumanas, en un escenario casi apocalíptico. Es precisamente en este contexto actual, que probablemente aún podría agravarse, que los católicos categóricamente no pueden alentar y promover el pecado del aborto ni siquiera de una manera muy remota y leve aceptando la mencionada vacuna. Por eso, como sucesores de los Apóstoles y Pastores, responsables de la eterna salvación de las almas, consideramos imposible callar y adoptar una actitud ambigua respecto a nuestro deber de resistir con “la máxima determinación” (san Juan Pablo II) contra el “crimen indecible” del aborto (Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 51).

Esta nuestra declaración fue redactada con el asesoramiento de médicos y científicos de diferentes países. Una contribución sustancial vino también de los laicos, de las abuelas, abuelos, padres y madres de familia, de los jóvenes. Todos los consultados independientemente de su edad, nacionalidad y profesión rechazaron unánime y casi instintivamente una vacuna elaborada a partir de líneas celulares embrionarias de niños abortados, al mismo tiempo que consideraron la justificación del uso de esa vacuna sobre la base de una “cooperación material a distancia” y de algunas analogías, como inadecuadas para una aplicación en este caso. Eso es reconfortante y al mismo tiempo muy revelador, pues su respuesta unánime es una demostración más de la fuerza de la razón y del *sensus fidei*.

Más que nunca necesitamos el espíritu de los confesores y mártires que evitaron la menor sospecha de colaboración con el mal de su época. La Palabra de Dios dice: “Sed simples como hijos de Dios sin reproche en medio de una generación depravada y perversa, en la cual debéis brillar como luces en el mundo” (Fil. 2, 15).

12 de diciembre de 2020, Memoria de la Santísima Virgen María de Guadalupe

Cardenal Janis Pujats, arzobispo emérito metropolitano de Riga (Letonia)  
+ Tomash Peta, arzobispo metropolitano de la archidiócesis de María Santísima en Astana (Kazajstán)

+ Jan Pawel Lenga, arzobispo-obispo emérito de Karaganda (Kazajstán)  
+ Joseph E. Strickland, obispo de Tyler (EE. UU.)  
+ Athanasius Schneider, obispo auxiliar de la archidiócesis de María Santísima en Astana (Kazajstán)

## EL VATICANO RECHAZA LA INCLUSIÓN DEL TÉRMINO “DERECHOS REPRODUCTIVOS” EN RESOLUCIÓN DE LA ONU SOBRE LA PANDEMIA

El Vaticano lamentó la inclusión del término “derechos reproductivos” en una resolución de las Naciones Unidas (ONU) sobre la pandemia por Covid-19, algo que consideró “profundamente preocupante y divisorio”.

17/09/20 10:04 AM

(CNA/*Ací Prensa*) El Arzobispo Gabriele Giordano Caccia, Observador Permanente de la Santa Sede ante la ONU en Nueva York, hizo esta afirmación en su intervención el 11 de septiembre tras la resolución de la ONU titulada “Respuesta integral y coordinada a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”.

La resolución pide a los estados “tomen todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de las mujeres y las niñas a disfrutar del más alto nivel posible de salud, incluida la salud sexual y reproductiva, y de los derechos reproductivos”.

El Prelado dijo que “la Santa Sede considera muy desafortunado que la resolución adoptada incluya la profundamente preocupante y divisoria referencia a la ‘salud sexual y reproductiva, y los derechos reproductivos’”.

“En línea con sus reservas expresadas en conferencias internacionales realizadas en Beijing y El Cairo, la Santa Sede reitera que considera la frase ‘salud reproductiva’ y los términos relacionados como aplicados a un concepto holístico de salud, que abraza a la persona en su integridad y personalidad, mente y cuerpo”, continuó.

De manera particular, resaltó el Nuncio, “*la Santa Sede rechaza la interpretación que considera el aborto o el acceso al aborto, el aborto selectivo, el aborto de fetos diagnosticados con problemas de salud, la maternidad subrogada y la esterilización, como dimensiones de la ‘salud reproductiva’ o como parte de la cobertura universal de salud*”.

Las críticas del Arzobispo también fueron expresadas por la representación de Estados Unidos, país que votó contra la resolución, que finalmente se adoptó por 169 votos a favor, dos en contra (Israel y EE.UU.) y dos abstenciones (Hungría y Ucrania).

“No aceptamos las referencias a la ‘salud sexual y reproductiva’ ni a los ‘derechos reproductivos’ u otro lenguaje que sugiera o explícitamente se refiera al acceso al aborto como necesariamente incluido en los términos más generales ‘servicios de salud’ o ‘servicios del cuidado de la salud’, en particular en contextos referidos a las mujeres”, destacó la representación estadounidense.

“*Estados Unidos cree en la protección legal para el no nacido*”, resaltó.

El país norteamericano también votó contra la resolución ya que esta resalta el “papel de liderazgo” de la Organización Mundial de la Salud (OMS) contra el coronavirus.

Mons. Caccia también criticó que la resolución se haya adoptado “careciendo de consenso” y renovó el pedido del Vaticano para que la vacuna contra el coronavirus “esté libre de preocupaciones éticas” y esté disponible para todos.

El Prelado lamentó “la exclusión de organizaciones religiosas de la lista de aquellos que juegan un importante rol en la respuesta a la pandemia” y comentó que las referencias a los ancianos en el texto son inadecuadas.

El Nuncio también alentó a usar un “lenguaje más enérgico” en relación a la reforma del sistema financiero internacional, subrayando la necesidad de “reducir, sino cancelar, la deuda que oprime a las naciones más pobres”.\*

---

\*Publicado en Infocat el 17.9.2020.

## VACUNAS CON FETOS ABORTADOS. ¿ES LÍCITO USARLAS?

Hace tiempo que, a raíz del tema del Covid 19, se ha reinstalado en algunos sitios el tema de la licitud o no de la utilización de vacunas provenientes de líneas celulares a partir de fetos abortados.

Sin querer entrar aquí –adrede– sobre el tema del Covid, intentaremos dar nuestro aporte sencillo a lo que de algunos respetables autores se ha publicado en diversos sitios (vgr., el art del P. por Joe Grabowski; el de cinco obispos, entre los que se encuentra el Cardenal Janis Pujats; o el del P. Arnaud Sélégny, de la FSSPX).

Entendemos que, desde el 2005/2008 (años en los que Roma se ha pronunciado al respecto y no de modo definitivo), ha pasado mucha agua bajo el puente y, por ende, en breve, deberá pronunciarse nuevamente al respecto).

Por último: para la moralidad del tema planteado (el uso de material genético humano a partir de un aborto), entendemos que la lejanía o cercanía en el tiempo ante la posible cooperación o escándalo, resultan irrelevantes al momento de la calificación moral.

Dejamos entonces: un video breve, de divulgación, y el texto más abajo para, que no te la cuenten...

P. Javier Olivera Ravasi, SE

PS: Para el presente texto hemos consultado a varios científicos y bioeticistas, entre ellos, a la Dra. Pilar Calva (médico cirujano con especialidad en Genética Humana y una subespecialidad en Citogenética y ex Miembro de la Academia Pontificia para la Vida).

Antes de tocar el tema, es preciso hacer una clarificación que, todo moralista serio, debería conocer; y nos referimos al tema de la cooperación al pecado de otro, un tema siempre complejo de explicar.

Intentando ser lo más didácticos posibles, hay que decir que, la cooperación se define como el *concurso físico o moral* a la obra de otro, a diferencia del escándalo, que consiste en un acto que da *ocasión* al acto malo del prójimo.

1. *Cooperación formal*: se da cuando alguien coopera con la acción inmoral de otro, *compartiendo su intención* y, por ende, pecando. Ejemplo: *dos personas roban juntos* un banco, tan ladrón es el que apunta con la pistola al cajero como quien está vigilando que no llegue la policía. Algunos llaman a esto la *cooperación formal subjetiva*. Es siempre ilícita.

2. *La cooperación material* inmediata o directa (o cooperación formal objetiva): Consiste en concurrir al acto pecaminoso de otro, *sin compartir su intención*

*pecaminosa*, pero con un acto que no solo ayuda al pecado sino que no podría darse en un contexto bueno o indiferente. *Ejemplo*: el vendedor de revistas que, sin estar de acuerdo con que alguien consuma pornografía, las vende, o la mujer que, sin estar de acuerdo con que su marido use un preservativo, coopera con ese acto, viciado desde el inicio. *Es siempre ilícita*.

3. *La cooperación material mediata o indirecta* (o cooperación material): consiste en concurrir a la obra mala de otro, sin compartir su intención, y con un acto que de suyo podría encontrarse en un contexto bueno o indiferente. Aquí la clave está en que, el agente principal, *abusa de la acción* de quien coopera. *Ejemplo*: el caso de un vendedor que vende vino que sirve para que otro se emborrache, sin saberlo; o el que presta un cuchillo a un amigo sin saber que, con él, matará a su mujer.

Sobre la calificación moral de esta cooperación, la clave se encuentra en el abuso que hace el agente principal, de una acción buena o indiferente del cooperador.

Para que sea lícita es necesario:

- a) Que la acción del cooperante sea en sí misma buena o indiferente.
- b) Que *el que obra debe tener un fin honesto*, es decir, querer únicamente el efecto bueno que se sigue de su acción y rechazar el malo.
- c) *Que el efecto bueno que pretende quien la realiza no sea consecuencia del malo* (no se puede hacer o permitir un mal para que venga un bien). Muchas veces, la conexión entre la cooperación material y el efecto malo es tan próxima, necesaria y condicionante del acto pecaminoso, que se hace imposible escindirla del mismo, siendo, por tanto, siempre pecado. *Ejemplo*, no es lícito a *una enfermera instrumentista*, por motivos graves (por ejemplo, para conservar el empleo), prestar sus servicios en un aborto, porque, aunque sus actos fuesen los mismos que prestaría en una intervención quirúrgica lícita, en este caso están tan íntimamente conectados con el asesinato de un niño que son pecaminosos. Pero sí sería lícita la empleada que barre el piso de un hospital abortista.
- d) Debe existir una *causa proporcionalmente grave* al daño que se seguirá de la cooperación material al mal, sin embargo, nunca existen causas proporcionadas a *ciertos daños o al escándalo teológico* que pueden acarrear ciertas cooperaciones, por más materiales que sean.

Un *ejemplo de cooperación material lícita*, en este sentido, se da también, cuando aun sabiendo que parte de nuestros impuestos, servirán presumiblemente para financiar campañas inmorales, los pagamos sin tener la certeza absoluta de ello; o cuando, compramos ropa hecha en China, sabiendo que allí, probablemente, exista explotación laboral infantil; porque estas acciones no solo son pasivas, sino que la conexión con el pecado es *muy remota y difícilmente corroborable*.

Ahora, respecto al tema de *las vacunas surgidas a partir de fetos abortados adrede*. ¿Qué pensar? ¿Pecan quienes las reciben consciente y voluntariamente, sabiendo que son el fruto de fetos abortados a tal fin? (y esto, independientemente de si los mismos han sido asesinados hace cuarenta años o 4 días). A nuestro humilde entender, en este caso, no solo habría una *cooperación material ilícita* sino un *grave escándalo teológico*.

Es verdad, se nos dirá, que hace ya quince años, la *Pontificia Academia para la Vida* (año 2005), escribió una carta firmada por el entonces Mons. Elio Sgreccia, en un documento titulado: “Reflexiones morales acerca de las vacunas preparadas a partir de células provenientes de fetos humanos abortados”, *sin carácter magisterial*, por cierto, donde se decía:

Respecto a quien tiene la necesidad de utilizar tales vacunas (se refería a ciertas vacunas contra la rubeola, hepatitis) por razones de salud, se precisa que... los médicos o los padres que recurren al uso de tales vacunas para sus hijos, a pesar de conocer el origen (el aborto voluntario), realizan una forma de cooperación material mediata muy remota (y en consecuencia muy débil)... y, por ende, “*moralmente justificada como extrema ratio* en razón del deber de proveer al bien de los propios hijos.

Sin embargo, agregaba:

Tal cooperación acontece en un contexto de constricción moral de la conciencia de los progenitores, que están sometidos a la alternativa de *obrar contra la conciencia* o de poner en peligro la salud de los propios hijos y de la población en general. Se trata de una alternativa injusta *que debe ser eliminada cuanto antes*.

Más tarde, en el año 2008, la *Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe*, con menos detalle, expresó en la Instrucción titulada “*Dignitas personae. Sobre algunas cuestiones de bioética*”, al hablar de las vacunas realizadas a partir de fetos abortados, lo siguiente:

35: Razones de particular gravedad podrían ser moralmente proporcionadas como para justificar el uso de ese “material biológico”. Así, por ejemplo, *el peligro para la salud de los niños* podría autorizar a sus padres a utilizar una vacuna elaborada con líneas celulares de origen ilícito, quedando en pie el deber de expresar su desacuerdo al respecto y de pedir que los sistemas sanitarios pongan a disposición otros tipos de vacunas.

Pues bien, han pasado ya años de estas declaraciones y no solo no se volvió hacia atrás sino que, al contrario, todo ha ido hacia adelante.

Sin duda que, la Santa Madre Iglesia, ante el avance de la industria del aborto, aclarará pronto que, tanto sea por tratarse de una cooperación material (mediata, remota y pasiva), como por un motivo de grave escándalo teológico a evitar (cfr. *Dignitas personae*, n. 35), existiría una incongruencia al utilizar dichas vacunas procedentes de fetos abortados con ese fin, frente a la actual defensa de la vida del no nacido, propugnada, con justicia, como *un principio no negociable*; de lo contrario, a muchos les parecerá ilógico asistir, por un lado, a las marchas contra el aborto, para, luego, sin problema de conciencia, usar sus productos sin que se diga nada ante experimentos dignos del Dr. Mengele.

Salvo –claro está– que digamos como el cómico inglés Groucho Marx: “yo no soy vegetariano, pero como animales que sí lo son...”.

Que no te la cuenten...

P. JAVIER OLIVERA RAVASI, SE  
Abogado, Dr. en filosofía, Dr. en historia  
Prof. universitario en derecho  
11/12/2020

Vísperas de Santa María de Virgen de Guadalupe\*

## ¿DERECHO A LA BLASFEMIA? NECESITAMOS CRITERIOS SÓLIDOS

Las declaraciones del presidente francés, *Emmanuel Macron*, defendiendo el *derecho a la blasfemia como elemento constitutivo del derecho a la libertad de expresión* ha provocado intensos debates. Lógico. No se entiende por qué si la libertad de expresión puede limitarse para impedir la calumnia, la injuria o para defender el derecho al honor, no pueda contemplarse también la restricción en materia de blasfemia.

Es lo que expresaba el obispo de Aviñón, *Monseñor Cattenoz*, al escribir lo siguiente:

“Una pregunta me ronda desde hace semanas: *¿es la blasfemia verdaderamente un derecho en democracia?* ¿Son las caricaturas blasfemas un derecho en una democracia? A pesar de las afirmaciones del Presidente de la República, *respondo no a esta pregunta* y me gustaría argumentar mi respuesta.

En tierra del Islam radical, la blasfemia contra el profeta o el Corán se castiga con la muerte y en algunos casos con la decapitación. En la Iglesia Católica, cuando se profana un sagrario que contiene la presencia real del Señor, los cristianos celebran misas de reparación y piden perdón por tales actos de profanación.

Después de los atentados de “Charlie Hebdo”, ¡todo el mundo era “Charlie”! Personalmente, siempre he afirmado: “Yo no soy Charlie”, al tiempo que condenaba firmemente a los autores de ese atentado bárbaro y odioso. *Era fundamental condenar el atentado, pero era también fundamental disociarse de una publicación que muestra en su portada caricaturas blasfemas.*

Cuando “Charlie” pudo reaparecer meses después, la portada seguía siendo escandalosa y me dolió profundamente. ¡Representaba al Papa Benedicto XVI siendo sodomizado por el Profeta! La prensa se mostró encantada de ver esa “revista” resurgir de sus cenizas. Algún tiempo después, tuve la oportunidad, durante una comida en la Prefectura de Aviñón con el Ministro del Interior de entonces,

---

\* Publicado en *Infocat* 13.12.2020.

y los representantes de los cultos, de hacerle la siguiente pregunta al ministro: la blasfemia parece formar parte de los genes de “Charlie Hebdo”, pero *¿no cree que la libertad de publicar blasfemias y caricaturas acaba allí donde causo un daño grave a mis hermanos?* Añadí lo profundamente conmocionado que estaba de ver al Papa Benedicto despreciado de esa manera e incluso de ver también al Profeta despreciado en esa caricatura. Me respondió que en aquellos momentos había habido en el gobierno un debate, porque algunos ministros condenaban aquella caricatura en nombre de un límite a la libertad en un mundo donde se nos invita a vivir como hermanos.

Debo confesar que lloré ante aquella caricatura que hería mi sensibilidad cristiana. ¿Cómo pueden los periodistas actuar así en nombre de un pseudoderecho a la libertad total e ilimitada de caricaturizar hasta el extremo y de glorificarse a sí mismos? La democracia o el laicismo no tienen nada que ver aquí.

Creía –quizás ingenuamente– que el hombre estaba hecho para vivir en sociedad y que la República había considerado oportuno tomar prestado de los cristianos el símbolo de la “Fraternidad” como emblema de la República. Si somos llamados a vivir juntos como hermanos, *la libertad de cada uno se detiene allí donde hiero a mi hermano*. Puedo ciertamente entrar en diálogo con un hermano que no comparte mi punto de vista, y usar todo mi poder de persuasión, pero declarar como principio que la blasfemia, sea cual sea, es un derecho en democracia... eso no es justo, no es verdad.

Por otra parte, esto no justifica de ninguna manera la decapitación de un profesor de historia que quería reflexionar con sus alumnos sobre el significado de tales caricaturas y sobre el gusto actual de la prensa sensacionalista por la blasfemia.

Debo confesar que me quedé sin palabras ante las declaraciones del Presidente de la República, además desde el Líbano, como reacción ante aquel acto. Justificó, en nombre de la democracia, la libertad de decir y publicar cualquier cosa, la libertad de blasfemar en todas sus formas. ¡Pensé que estaba soñando!

Entiendo que hoy está de moda burlarse de las religiones y arrastrarlas por el fango, pero ¿se dan cuenta los autores de tal comportamiento de que están pisoteando la libertad en su verdadero, profundo y genuino sentido?

En nombre de la fraternidad, base de toda la vida en sociedad, solo puedo repetir: ¡la libertad de cada uno acaba donde yo hiero gravemente a mi hermano! Esta verdad o es el fundamento mismo de toda vida en sociedad o si no, nos dirigimos hacia una disimulada deriva totalitaria. Al mismo tiempo, debemos condenar enérgicamente los actos de violencia y barbarie que pretenden responder a esta concepción errónea de la libertad”.

No, no existe un derecho a la blasfemia como no existe un derecho a la calumnia o al insulto gratuito. Monseñor Cattenoz acierta al mostrar no solo su rechazo, sino el dolor que la blasfemia provoca en tantas personas.

Pero cuidado, porque Monseñor Cattenoz introduce un criterio peligroso: *si no puedo realizar una afirmación porque hiero a mi prójimo, la limitación a lo que puedo decir fácilmente invadirá aquello sobre lo que sí es legítimo pronunciarse*. Bastarán unos pocos ejemplos para comprender el peligro que se encierra en ese criterio. Mahoma se casó con una niña, Aisha, que se convirtió en su tercera esposa y que es llamada en muchas ocasiones “Madre de los Creyentes”. Mahoma ordenó asesinar a sus aliados judíos tras conseguir la victoria en la guerra por

el control de Medina. Estas dos afirmaciones pueden herir, y de hecho hieren, a muchos musulmanes que las consideran blasfemas.

*¿Podemos afirmar que la pretensión de Mahoma de recibir sus revelaciones del arcángel Gabriel es falsa? Todos los cristianos lo creemos así, y sin embargo es obvio que hiera a muchos musulmanes. Por no alargarme, ¿podemos afirmar en público que Dios es Uno y Trino y que Jesús es Dios encarnado? Una blasfemia horrible para el Islam que, de buen seguro, hiera a muchos musulmanes.*

Insisto, no existe un derecho a la blasfemia, pero *hay que definir bien qué es blasfemia*. Fundar nuestro rechazo a la blasfemia en un enfoque subjetivista, tan del gusto de los actuales “ofendidos” que se sienten heridos por una lista interminable de supuestos agravios, supone guiarse por criterios meramente subjetivos (y en consecuencia variables, pues el punto en que alguien es herido por una afirmación puede variar según el momento y circunstancias) en cuestión de tanto calado y dejar de lado los derechos de la Verdad.

JORGE SOLEY\*

---

\*Publicado en *Infocat* el 18.11.2020.



# ACTUALIDADES



I. EUTANASIA

## 1. UN PROYECTO QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD ESENCIAL DE LA PERSONA

Declaración del Comité Permanente de la CEC  
Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile

1. La aprobación en general en la Sala de la Cámara de Diputados y Diputadas de un proyecto de ley que permite la eutanasia en ciertos casos, es un paso de máxima gravedad política y moral, porque implica una concepción –a nuestro entender– errada de la persona humana, de su dignidad y de sus derechos esenciales. Respetando todas las diferentes visiones, ofrecemos esta palabra con humildad. Solo nos anima poner a disposición la mirada antropológica que brota del Evangelio, pero cuya raíz compartimos con muchas cosmovisiones y credos, y a la que adhieren numerosos habitantes de nuestro país.
2. La eutanasia es la acción u omisión que por su naturaleza o en la intención causa la muerte de una persona, con el fin de eliminar cualquier dolor. La causa de la muerte no es la enfermedad del paciente, sino la acción deliberada de quien practica la eutanasia. Es muy importante distinguir la eutanasia de la renuncia a medios desproporcionados de tratamiento (u obstinación terapéutica), acto por el cual se interrumpe el uso de vías que prolongan artificialmente la vida e incluso en ocasiones impiden dar un cuidado adecuado al enfermo. En el caso de los medios considerados básicos –como la alimentación y la hidratación– estos solo pueden ser interrumpidos luego de verificar que el paciente no se encuentra en condiciones de asimilarlos.
3. La legalización de la eutanasia –como se pretende en nuestro país– es un acto siempre ilícito desde el punto de vista moral, porque constituye “un crimen contra la vida humana”, como lo ha reiterado recientemente la enseñanza de la Iglesia en la carta “El Buen Samaritano”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobada por el Papa Francisco. Es desde la sabiduría extraída de la Sagrada Escritura y la Tradición Apostólica que la Iglesia afirma con certeza que la vida es un don y la eutanasia es *un acto intrínsecamente malo, en toda ocasión y circunstancia* (Cfr. “El buen samaritano”, cap. V). No hay razón alguna que legitime moralmente un hecho tan grave como quitar voluntariamente la vida humana a ninguna persona ni bajo ninguna circunstancia, incluso en el caso de que ella misma haya dado su consentimiento.
4. Sin perjuicio de las razones de índole religiosa, la práctica de la eutanasia atenta siempre contra los derechos inherentes y connaturales a todo ser humano. Es una forma moderna de violación de los derechos fundamentales. No se puede argumentar, como de hecho se hace, que para quienes tienen concepciones éticas que la prohíben, la eutanasia no se puede imponer, pero respecto de quienes no las tengan, cabe admitir su licitud.

5. Con la eutanasia se oscurece el significado profundo de la dignidad humana, haciéndola aparecer como si condujese al bienestar subjetivo. De esa forma, la dignidad humana es reducida a un simple bien disponible como otros. Esta comprensión de la vida humana, además de atentar contra toda lógica jurídica (la vida es el primer bien a proteger), alimenta lo que el Papa Francisco ha llamado *la cultura del descarte*, que considera la vida humana como susceptible de ser desechada y a los excluidos como “desechos, sobrantes” (Cfr. *Evangelii gaudium* N° 53). Quienes pagan los costos de esta lógica son justamente las personas más frágiles y muchas veces más pobres, respecto de las cuales tenemos como sociedad mayor obligación.
6. La Iglesia ha estado y seguirá estando, Dios mediante, siempre cerca espiritualmente del sufrimiento que viven, tanto la persona que padece una enfermedad incurable como sus familiares, acompañándoles en este doloroso proceso. Es necesario promover todas las instancias posibles de alivio, especialmente los cuidados paliativos, y trabajar para que estos servicios lleguen a la mayor cantidad de personas posibles, especialmente los más pobres.
7. Finalmente, la medicina también se ve degradada por la eutanasia, pues la aleja de su misión primordial: sanar al enfermo o disminuir el sufrimiento. A ese respecto es muy decidor que múltiples sociedades médicas alrededor del mundo se oponen directa o indirectamente a la eutanasia. Desde este punto de vista, es legítimo invocar el derecho a la objeción de conciencia.
8. Solicitamos a las respectivas autoridades e instancias legislativas que, con prudencia y sabiduría, ponderen las graves consecuencias que puede tener la aprobación de una ley de este tipo. Llamamos a los laicos y laicas que creen en la vida, a hacer oír su voz, desde la academia y el mundo profesional, desde las organizaciones sociales y comunitarias, respecto de qué consideramos “digno” para el ocaso de nuestras vidas. Si queremos que la dignidad se haga costumbre, dialoguemos este delicado tema con profundo respeto, sin descalificaciones, procurando siempre buscar aquello bueno y verdadero que existe en quien piensa distinto. Nos hace bien que todos puedan expresar sus diversas y legítimas visiones, y que se manifiesten como se hace en una sociedad democrática: con respeto, de cara a la gente, con la recta intención de cuidar el bien común.

Pedimos a Dios que ilumine la mente y mueva los corazones de quienes están llamados a decidir en tan delicadas materias, sabiendo que un paso mal dado en estos ámbitos tiene siempre graves consecuencias en el futuro, como lo prueba la historia.

#### *EL COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE*

† Santiago Silva Retamales, Obispo electo de Valdivia, Presidente. † René Rebolledo Salinas, Arzobispo de La Serena, Vicepresidente. † Celestino Card. Aós Braco, OFM Cap., Arzobispo de Santiago. † Juan Ignacio González Errázuriz, Obispo de San Bernardo y Administrador Apostólico de Rancagua. † Fernando Ramos Pérez, Arzobispo de Puerto Montt, Secretario General.

Santiago de Chile, 23 de diciembre de 2020.

## 2. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA Y LEY DE EUTANASIA: “EN NOMBRE DE UNA PRESUNTA MUERTE DIGNA, NIEGA EN SU RAÍZ LA DIGNIDAD DE TODA VIDA HUMANA”

La Comisión Ejecutiva de la CEE ha publicado una nota en relación al avance del proyecto de ley sobre la eutanasia en las Cortes españolas. Los obispos aseguran que se ven obligados a oponernos “a esta esta ley que, en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana”.

Los obispos recuerdan que ya se han pronunciado en repetidas ocasiones sobre esta materia, advierten que hablar de derecho a la eutanasia es fruto de una libertad desvinculada de responsabilidad y lleva a una incoherencia antropológica.

Los prelados constatan que el fin de la medicina es curar y paliar el sufrimiento en la fase final de la vida, no quitar la vida a los enfermos.

Nota de la Comisión Ejecutiva de la Conferencia Episcopal Española sobre la ley de eutanasia

*No hay enfermos incurables, aunque sean incurables.*

### REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY SOBRE LA EUTANASIA

El Congreso de los diputados ha decidido seguir adelante con la tramitación de la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*. Es una mala noticia, pues la vida humana no es un bien a disposición de nadie.

La Conferencia Episcopal Española ha reflexionado repetidas veces sobre este grave asunto que pone en cuestión la dignidad de la vida humana. El último texto fue publicado el pasado 1 de noviembre de 2019 bajo el título *Sembradores de esperanza. Acoger, proteger y acompañar en la etapa final de la vida humana* y en él se examinan los argumentos de quienes desean favorecer la eutanasia y el suicidio asistido, poniendo en evidencia su inconsistencia al partir de premisas ideológicas más que de la realidad de los enfermos en situación terminal. Invitamos encarecidamente a la comunidad cristiana a su lectura y al resto de nuestros conciudadanos a acoger sin prejuicios las reflexiones que en este texto se proponen.

Insistir en “el derecho a la eutanasia” es propio de una visión individualista y reduccionista del ser humano y de una libertad desvinculada de la responsabilidad. Se afirma una radical autonomía individual y, al mismo tiempo, se reclama una intervención “compasiva” de la sociedad a través de la medicina, originándose una incoherencia antropológica. Por un lado, se niega la dimensión social del ser humano, “diciendo mi vida es mía y solo mía y me la puedo quitar” y, por otro lado, se pide que sea otro –la sociedad organizada– quien legitime la decisión o la sustituya y elimine el sufrimiento o el sinsentido, eliminando la vida.

La epidemia que seguimos padeciendo nos ha hecho caer en la cuenta de que somos responsables unos de otros y ha relativizado las propuestas de autonomía individualista. La muerte en soledad de tantos enfermos y la situación de las personas mayores nos interpelan. Todos hemos elogiado a la profesión médica

que, desde el juramento hipocrático hasta hoy, se compromete en el cuidado y defensa de la vida humana. La sociedad española ha aplaudido su dedicación y ha pedido un apoyo mayor a nuestro sistema de salud para intensificar los cuidados y “no dejar a nadie atrás”.

El suicidio, creciente entre nosotros, también reclama una reflexión y prácticas sociales y sanitarias de prevención y cuidado oportuno. La legalización de formas de suicidio asistido no ayudará a la hora de insistir a quienes están tentados por el suicidio que la muerte no es la salida adecuada. La ley, que tiene una función de propuesta general de criterios éticos, no puede proponer la muerte como solución a los problemas.

Lo propio de la medicina es curar, pero también cuidar, aliviar y consolar sobre todo al final de esta vida. La medicina paliativa se propone humanizar el proceso de la muerte y acompañar hasta el final. No hay enfermos “incuidables”, aunque sean incurables. Abogamos, pues, por una adecuada legislación de los cuidados paliativos que responda a las necesidades actuales que no están plenamente atendidas. La fragilidad que estamos experimentando durante este tiempo constituye una oportunidad para reflexionar sobre el significado de la vida, el cuidado fraterno y el sentido del sufrimiento y de la muerte.

Una sociedad no puede pensar en la eliminación total del sufrimiento y, cuando no lo consigue, proponer salir del escenario de la vida; por el contrario, ha de acompañar, paliar y ayudar a vivir ese sufrimiento. No se entiende la propuesta de una ley para poner en manos de otros, especialmente de los médicos, el poder quitar la vida de los enfermos.

El sí a la dignidad de la persona, más aún en sus momentos de mayor indefensión y fragilidad, nos obliga a oponernos a esta esta ley que, en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana.

Madrid, 14 de septiembre 2020, Exaltación de la Santa Cruz.

COMISIÓN EJECUTIVA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA\*

### 3. CUATRO PANDEMIAS PARA UNA EUTANASIA

No que se obligue a “ofertar” la muerte eutanásica como suicidio asistido y subvencionado en todos los centros de salud; no que se puentee al médico o enfermera que por motivos de conciencia no acepte ser cómplice de lo que más contradice su profesión, mandando en ese caso, desde un macabro banquillo, a un matarife suplente.

Son cuatro las pandemias que porfían por doquier. Cuatro por lo menos. Pero el cómputo no es fácil de hacer con precisión, de tantas otras que surgen concatenadas como consecuencia de una u otra de entre las primeras señaladas. No será fácil ir adquiriendo las cuatro vacunas correspondientes para estas cuatro pandemias.

---

\*Publicado en Revista *Ecclesia* / en *Infocat*, 15.9.2020.

Está la *pandemia sanitaria* de un virus real que extrañamente se ha expandido por todo el mundo sin respetar fronteras ni controles de aduanas, sin reparo de lenguas ni culturas, pero incidiendo como siempre en los más pobres sin que nadie esté seguro ante su despiadado mordiente que contagia y que mata a mansalva. Habrá que observar y hacer observar las medidas razonables que nos permitan cuidarnos y protegernos ante algo que es objetivo y grave.

Está luego la *pandemia política*, cuando hay *mandatarios que tienen en un puño a su país*, con algunas medidas dudosas e intermitentes, que *no responden tantas veces a su eficacia sanitaria sino al cálculo oportunista de los controles demagógicos* que se alían con mentiras repetidas, con tramposos paternalismos que cercenan la libertad, censuran la protesta legítima impidiéndola, mientras se ensaya un confinamiento de diseño para ir introduciendo leyes liberticidas que manipulan ideológicamente la educación, e imponen cauces matachines para una eutanasia sin debate y sin escucha de la sociedad civil a la que se niega la palabra. Es una pandemia esta que tiene su hoja de ruta, y que se acelera con su prisa propia para ganar terreno antes de que por algún motivo *puedan perder las siguientes elecciones quienes esto cocinan con su alquimia venenosa que reescribe la historia, divide y enfrenta a los pueblos* para imponer su fracasada dictadura destructiva.

Viene después la *pandemia laboral*, en la que *sectores de la población activa quedan al páiro del más devastador desamparo* destruyendo puestos de trabajo, la viabilidad de empresas y de pequeños negocios. Esto origina no solo la vulnerabilidad social de un pueblo confinado ideológicamente, sino la tristeza desesperada de tantas familias que ven caer lo que con tanto esfuerzo y generosidad habían ido construyendo a través del tiempo. *Una sociedad empobrecida y sin trabajo es una sociedad manipulable desde un subsidio que la hace dependiente*, convirtiendo en rehenes al dictado a quienes han vapuleado hasta noquearlos en el más desarmado desarme sin que puedan rechistar bajo las amenazas penalizadoras.

Y está la *pandemia personal*, que con todas las anteriores en curso, suscita miedo, tristeza y desesperanza en tanta gente. He visto ese rictus en rostros cercanos, en personas inocentes que sufren en su propia piel lo que no pueden ocultar en la mirada de sus ojos cuando se asoman a este horizonte devastador.

Y en este horizonte se cuele de modo expreso también la *ley de eutanasia*, sin una demanda social real, que evita tener que afrontar el compromiso por *lo que realmente pide la gente: ser sostenida en su debilidad terminal con los cuidados paliativos que no le imponga la muerte*. Este es el camino justo y humano, el que respeta la dignidad y acompaña debidamente a quien desea vivir hasta el final, sin encarnizamiento terapéutico, pero aliviado en sus dolores con ese cuidado que palía el sufrimiento y la angustia. Los médicos y enfermeras así lo están diciendo en su inmensa mayoría, así lo reclaman las familias y hasta los mismos ancianos o enfermos graves. No que se obligue a “ofertar” la muerte eutanásica como suicidio asistido y subvencionado en todos los centros de salud; no que se *puntee al médico o enfermera que por motivos de conciencia no acepte ser cómplice* de lo que más contradice su profesión, *mandando en ese caso, desde un macabro banquillo, a un matarife suplente*. Es jugar a ser dios, controlando la vida antes de nacer, al término de su periplo, y cuando, vulnerada, sobrevive entre acosos y derribos. Es poner a disposición del egoísmo la voracidad ante una herencia que se anticipa impunemente.

Como decía el Papa Francisco: *La eutanasia y el suicidio asistido son una derrota para todos. La respuesta a la que estamos llamados es no abandonar nunca a los que sufren, no rendirse nunca, sino cuidar y amar para dar esperanza.* Los obispos hemos invitado a responder con la oración y el testimonio público que favorezcan un compromiso personal e institucional a favor de la vida, verdadero don de Dios, los cuidados y una genuina buena muerte en compañía y esperanza hasta la eternidad.

† FR. JESÚS SANZ MONTES, OFM\*  
Arzobispo de Oviedo

#### 4. SE USA LA BELLA NOCIÓN DE DIGNIDAD PARA MATAR

Cuando no somos nada, el mundo piensa que ya no somos dignos de existir. Cuando no somos nada, Dios nos da la dignidad de hablar con Él.

Resulta conmovedor el grito de dolor de Job: “La vida del hombre en la tierra es un sufrimiento”. Ni de noche ni de día encuentra la paz. ¿Tiene algún consuelo este pobre Job? Su esposa lo desprecia, porque lo ha perdido todo y está plagado de enfermedades. A sus amigos les gustaría consolarlo, pero no lo entienden. Incluso llega a desear la muerte: “¡Preferiría la muerte a mis sufrimientos!”. ¡Es terrible!

¿Qué le queda? ¿El suicidio asistido? ¿Una solicitud de eutanasia por haber perdido su dignidad?

No, él le está hablando a Dios. ¡Esto es lo extraordinario! Si Job se dirige a Dios, es porque sabe que no ha perdido su dignidad, que todavía es digno de dirigirse a Dios. Sus compañeros lo juzgan indigno, pero él conoce la mayor dignidad del hombre que, más allá de las apariencias, le permite hablar con Dios.

Cuando no somos nada, el mundo piensa que ya no somos dignos de existir.

Cuando no somos nada, Dios nos da la dignidad de hablar con Él.

Cuando el mundo aboga por la muerte como solución a los problemas (por ejemplo, para el niño no deseado, el discapacitado o el viejo achacoso), Dios aboga por el amor.

Ante los grandes sufrimientos, la única respuesta digna es un gran amor.

Esa es la respuesta de Jesús. La suegra de Simón Pedro está enferma y Él la cura en lugar de abandonarla en su cama. Después, se entrega sin medida por aquellas pobres personas abrumadas por el sufrimiento, librándolas de sus males. Nunca olvida, sin embargo, la fuente del amor, que es su Padre, con quien se une por la noche en oración. Esta es la verdadera dignidad.

Hoy se nos habla de una muerte digna para justificar la eutanasia. Se usa la bella noción de dignidad para matar.

---

\*Publicado en *Infocat*, 16.12.2020.

Mi padre, hasta sus 98 años, fue independiente, tenía muy bien la cabeza y estábamos muy orgullosos de él. En ese momento, sufrió una meningitis fulgurante que no lo mató, pero le produjo secuelas cognitivas. Aunque sus palabras ya no eran coherentes, nos reconocía y estaba feliz de vernos. Sus hijos nos turnábamos, para estar con él casi todos los días. Un año después, murió tranquilo, sonriendo, e incluso pudimos celebrar con alegría su cumpleaños unos días antes de su muerte.

La única dignidad humana está en ser amado hasta el final.

La única libertad del hombre está en amar hasta el final.

Este es el mensaje de Cristo, transmitido por su Palabra y por toda su vida. Por esto también exclamó San Pablo: "¡Ay de mí si no evangelizara!".

Como cristianos, seamos mensajeros del evangelio del amor, no solo con nuestras palabras, sino ante todo con nuestra forma de vivir.

† MICHEL AUPETIT\*  
Arzobispo de París  
París, 24.1.2020

## 5. ILICITUD DE LA EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

En tramitación el proyecto de ley sobre eutanasia, nos parece urgente formular ciertas reflexiones sobre el tema.

La ley en proyecto autoriza a dar muerte a una persona que lo pida, por padecer de una enfermedad incurable que le cause grandes dolores; y también autoriza la asistencia médica para el suicidio a personas que por tener un sufrimiento físico o mental constante e insoportable, manifiesten su voluntad en tal sentido hallándose libres de cualquier presión externa. Contra esto obran los siguientes argumentos:

- I. El hombre no puede disponer de su vida. Ello es así porque él no es su autor, y solo el que es causa de una realidad puede disponer de ella. Solo Dios puede disponer de la vida. La misma declaración sobre derechos humanos de las Naciones Unidas señala que ellos son inalienables, y lo que es inalienable es también irrenunciable.
- II. La invocación de la libertad no es valedera. No lo es porque la libertad, en definitiva, es tendencia al bien presentado por el entendimiento, y es obrar a partir de uno mismo, es decir, de la propia naturaleza; y la ley natural es la inclinación al bien de la naturaleza inscrita en ella, de modo que la verdadera libertad de la creatura racional se identifica con la ley natural que la rige. Ahora bien, un primer precepto de la ley natural es conservar la vida, conservar el ser, por lo que quien quiere el suicidio, apartándose así de su naturaleza, no obra con auténtica libertad.

---

\*Publicado en *Infocat*, 25.1.2020.

Además, ¿qué seguridad de libertad puede haber si la persona está condicionada por grandes dolores físicos o psíquicos? ¿Con qué lógica puede fundarse la autorización de la eutanasia o el suicidio asistido en la libertad?

¿Cómo podría el Estado proclamar un derecho al suicidio si anula por falta de libertad los contratos de trabajo por un salario inferior al mínimo, y obliga a los trabajadores a hacer imposiciones previsionales, etcétera?

¿Cabría censurar, entonces, por atentar contra la libertad, a los que tratan de salvar al que ha incurrido en conducta suicida, y aún no ha muerto, auxilio que todos prestan instintivamente, si les es posible, y que siempre se ha visto como algo laudable y meritorio?

- III. Matar al demente que quiere vivir, pero que cuando estaba cuerdo manifestó que en tal condición preferiría la muerte. En este caso se pone el famoso profesor norteamericano Ronald Dworkin, y sostiene que lo correcto es dar muerte a ese demente que ahora está contento con la vida (*El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, 295-299). Esta opinión, a más de resultar inhumana y contraria al más elemental sentido común, es insostenible, aun prescindiendo de la ley natural, desde que para querer un bien tan fundamental como la vida, intuitivamente deseable, no se necesita razonamiento alguno.
- IV. Se quebranta gravísimamente la ley natural. Todo lo que cambia, comienza a ser o es limitado tiene que tener en definitiva una causa primera, que no sea dependiente de otra: esa es Dios, quien imprime en la naturaleza de cada creatura una ordenación al bien que la planifica: tal es la ley natural, de la cual, como dice Cicerón, no puede desligarnos ni el pueblo ni el senado (*República*, III, 17). Es precepto primario de esa ley el de conservar la vida. El desconocimiento del carácter creatural del hombre con la consiguiente negación de la ley natural lleva a un precipicio. Fue así como Kelsen, insigne teórico de la autonomía de la ley positiva, judío de raza, que hubo de huir a Estados Unidos por la persecución nazi, llegó a sostener que las leyes de los Estados totalitarios que ordenaban la reclusión en campos de concentración y la matanza de personas de ideas, raza o religión consideradas socialmente indeseables eran jurídicamente válidas, por haberse generado en la forma prevista por el respectivo ordenamiento constitucional (*Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1991, 54-55).

Resulta así muy alto el precio intelectual y moral que se paga por liberarse de Dios, de la realidad de la verdad y del bien, y en definitiva del sentido común.

Para terminar, hay que dejar en claro que la omisión de medios extraordinarios, por ser muy dolorosos, o muy ruinosos económicamente, o de muy difícil uso por alguna otra razón, no es eutanasia, ni siquiera pasiva, pues esta consiste en prescindir de medios usuales u ordinarios porque se quiere morir.

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY\*

---

\*Profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, miembro de Número de la Academia Chilena de Ciencias Sociales Políticas y Morales, Instituto de Chile.

## 6. EUTANASIA: CATÁLOGO DE MITOS

Los debates sobre la eutanasia suelen basarse en casos extremos, manipulación de sentimientos como la compasión, o el miedo al sufrimiento, y acusaciones infundadas a la Iglesia. Todo ello disfraza la verdadera naturaleza y las implicaciones de los argumentos proeutanasia.

*Hay situaciones muy duras en las que una persona puede decidir que la vida así no es digna.*

¿Quiere esto decir que la vida de todos los enfermos terminales es indigna y debe ser eliminada? Sería una afirmación muy cruda. Pero si la dignidad depende de la percepción del enfermo, entonces es subjetiva. Cualquiera podría decidir cuándo y en qué condiciones su vida es indigna. Por lo tanto, la sociedad debería dejar de intentar prevenir los suicidios y de luchar, por ejemplo, contra la anorexia, pues una persona podría decidir que su vida con cinco kilos de más es indigna, y suicidarse lentamente.

*Si alguien ha perdido la conciencia o la capacidad de deliberación, no hay vida específicamente humana.*

¿Por qué una pérdida que se supone permanente de la conciencia hace que una vida deje de ser humana, y una pérdida temporal (durante el sueño, o tras un golpe), no? Mientras un ser humano vive, conserva la dignidad de todo ser humano. En una sociedad que presume de defender la dignidad humana y a los débiles, es una gran hipocresía defender que algunas vidas son más dignas que otras. Aquí ya no se habla de libertad del individuo, sino de poder de otros para eliminarlo.

*Legalizar la eutanasia no es aplicarla a todos, sino a quienes la elijan libremente.*

Uno de los principales defensores de la eutanasia en España, el doctor Luis Montes, llegó a declarar ante el juez que no había consultado a algunos de sus pacientes sobre la sedación terminal para no hacerlos sufrir. Difícil creer que con la eutanasia vaya a ser distinto. Un estudio de 1995, en Holanda, encontró que 900 eutanasias, de 4.500, se habían hecho sin consentimiento del paciente. En 1990, el informe R Emmelink detectó 8.100 actuaciones destinadas a acelerar la muerte, el 61% de ellas sin consentimiento del paciente. En Oregon, único estado estadounidense (hasta ahora) donde estaba legalizado el suicidio asistido, la ley exige que, ante la sospecha de que quien lo solicita sufra de algún trastorno psíquico, como la depresión (frecuente en enfermos terminales), se le remita a un especialista que evalúe si tiene capacidad de decidir libremente. Pero este mandato es ignorado, pues ninguna de las 46 personas que se suicidaron en 2007 fue evaluada, aunque una cuarta parte de ellos presentaba síntomas claros de depresión. Un estudio similar en Holanda descubrió que, al menos, el 50% de enfermos que habían solicitado la eutanasia estaban deprimidos. Claro que no todos verán en esto un argumento en contra de la eutanasia, porque si la depresión empeora la calidad de vida de los enfermos terminales –y no solo de

ellos-, siguiendo los argumentos proeutanasia, esa misma depresión justificaría la eutanasia.

*No se puede comparar la eutanasia con las prácticas nazis, porque aquellas eran impuestas y la eutanasia es elegida libremente.*

Dejando aparte las dudas sobre la *libertad* al pedir la eutanasia, la comparación no se basa en que la eutanasia fuera voluntaria o no, sino en que cualquier eutanasia supone acabar con una vida porque se considera indigna. Si se admite que alguien pueda decidir eso sobre su propia vida, pronto pasarán a poder decidirlo los familiares, o los médicos. O los gestores del Gobierno, que quieren recortar gastos. Entonces morir se puede convertir en un deber, como pide la baronesa Warnock, bioeticista inglesa, para ancianos con demencia, que *malgastan la vida de la gente y los recursos* del sistema sanitario. El actor y activista de izquierdas Martin Sheen (protagonista de *El ala oeste*), ante el referéndum que ha legalizado el suicidio asistido en el estado de Washington, advirtió en un anuncio de radio de que perjudicaría a las personas con 2 pocos ingresos, a los que, en vez de financiarles los tratamientos, *se animaría a elegir el suicidio asistido*. Los enfermos con cáncer de Oregon están descubriendo que el sistema sanitario no cubre sus tratamientos, pero sí el suicidio asistido.

*Si la autonomía del paciente está regulada, es una contradicción que no se le permita ser autónomo hasta el final.*

Los derechos individuales no prevalecen siempre. Por ejemplo, el derecho a la propiedad cede ante un embargo e incluso ante una expropiación para realizar obras públicas. Cuánto más la autonomía del paciente, al entrar en conflicto con la propia vida, requisito previo de todos los demás bienes y derechos.

*Aunque algunos no la compartan, diversas organizaciones defensoras de la vida han defendido la legitimidad de la decisión de Hanna Jones, la menor que ha rechazado un trasplante de corazón. ¿Qué diferencia hay entre eso y la eutanasia, por ejemplo, retirando un ventilador o la alimentación?*

No aplicar un tratamiento y aceptar la muerte es distinto a intervenir directamente para provocarla, ya sea con una inyección letal (eutanasia activa) o retirando la alimentación, hidratación, ventilación o higiene, que no son tratamientos médicos, sino cuidados básicos debidos a la dignidad humana (eutanasia pasiva).

*Aun en el caso de legalizarse, la eutanasia solo se aplicaría en casos muy concretos y limitados.*

Una vez se abre la puerta a la eutanasia o al suicidio asistido, se entra en una pendiente deslizante, pues la sociedad se acostumbra a esta práctica y se reduce el umbral de tolerancia al sufrimiento. Cada vez se está aplicando más a enfermos no terminales, y se llega a casos extremos como el de la alemana Bettina Schardt, a quien un activista proeutanasia ayudó a morir porque le costaba cuidar de sí misma y no quería acabar en un asilo. En una carta al director en el diario *El País*,

un lector justificaba la eutanasia como solución a la situación de tantos mayores desatendidos y solos como hay hoy, que *verían el cielo abierto*.

*La eutanasia y el suicidio asistido son una respuesta al sufrimiento.*

El doctor Montes instauró en el servicio de Urgencias que dirigía la frase: *Hay que sedar [sedaciones terminales] por ética y por estética*. La estética se refería a los pacientes en coma que, sin estar sufriendo, resultan desagradables de ver cuando tienen crisis epilépticas, se mueven o emiten sonidos. También son, claro, candidatos a la eutanasia.

*El sufrimiento es siempre un mal y todo está justificado, con tal de evitarlo.*

El sufrimiento es parte de la vida y, aunque se debe luchar por acabar con él, el fin no justifica los medios. *Me preocupa que, al defender el derecho a la sedación final definitiva, lo hagamos de tal forma que contribuya a fortalecer el miedo al sufrimiento y, como derivada, la intolerancia de cualquier situación que nos pueda parecer dolorosa. Porque entonces podemos legitimar socialmente actuaciones que obedezcan más a una cultura de anestesia que a una cultura de dignidad en el vivir*. Lo afirmaba Milagros Pérez Oliva, especialista en temas de Sanidad de *El País*, en un seminario, aunque años después ha contribuido a lo que entonces criticaba.

*Es admirable que algunas personas muy enfermas o con graves discapacidades saquen su vida adelante, pero no se le puede exigir eso a todas.*

La sociedad tiene el deber de proteger a los grupos más vulnerables, como los discapacitados. Y estos colectivos han declarado en varias ocasiones el daño que les hace cada vez que se habla de eutanasia, cómo el mensaje que se transmite sobre la discapacidad es cada vez más negativo, e incoherente con la lucha por su integración.

*Se debe legalizar la eutanasia para evitar el encarnizamiento terapéutico.*

La misma deontología médica que se opone a un exceso, se opone al otro. Hay que investigar esos casos y sancionarlos, en el caso de que realmente se den. De existir de verdad, seguramente los medios proeutanasia les darían publicidad, cosa que no ha ocurrido.

*La eutanasia es compatible y el complemento perfecto a los cuidados paliativos.*

En el hospital Severo Ochoa, de Leganés, a pesar de que, en el 2003, se creó una Unidad de Cuidados Paliativos, se siguieron practicando las *sedaciones terminales* indebidas en Urgencias, lo que demuestra el divorcio que, en la realidad, existe entre los cuidados paliativos y otras prácticas que se intentan asimilar con ellos. El doctor Montes llegó a afirmar, en el periódico *Diagonal*, que “no hace falta que el enfermo haya pasado por una unidad de cuidados paliativos” antes de ser sedado terminalmente.

*Hay un clima de opinión que pide que se legalice la eutanasia.*

No es cierto. Ciertos sectores de la sociedad, con películas como *Mar adentro* (de argumento similar a una película de propaganda nazi), la manipulación política del caso *Montes* (que no consiguió impedir que el PP mejorara sus resultados electorales en Leganés y la Comunidad de Madrid en 2007) y las declaraciones periódicas del ministro Bernat Soria, pretenden que la eutanasia tenga una mayor presencia en los medios de la que realmente tiene en la calle o entre los profesionales sanitarios. Hasta la exministra de Sanidad socialista, Elena Salgado, declaró al poco de estrenarse *Mar adentro* que no existe *una demanda de este tipo, ni tan siquiera ese debate*.

*Es mejor que la eutanasia se aplique en el ámbito sanitario, en vez de que la gente busque formas de suicidarse por su cuenta.*

Siempre habrá casos que no cumplan los requisitos, y los activistas son los primeros en aconsejar los métodos clandestinos. El activista Philip Nitschke, que explica su método de suicidio en conferencias y a través de Internet, recomendó a quienes crean que tienen Alzheimer que busquen ayuda para suicidarse lo antes posible y no acudan al médico. La organización *Dignitas* enseñó a cuatro de sus clientes a suicidarse con helio para evitar los trámites legales.

MARÍA MARTÍNEZ LÓPEZ\*

## 7. LAS CIFRAS DE LA EUTANASIA EN SUIZA SON “ATERRADORAS”

El número de suicidios asistidos con 1.176 casos en Suiza, se triplicó en 2018 en comparación con 2010. Esto se basa en los datos actuales de la Oficina Federal de Estadística de Suiza (comunicado de prensa, 14 de diciembre de 2020). En comparación con el año anterior, el aumento fue del 17%. Las cifras solo se aplican a las personas que viven en Suiza. Así, el “suicidio con ayuda de terceros” como causa de muerte en 2018 ya representa el 1,8% de todas las muertes en Suiza. Esto aún no incluye el número de extranjeros que viajan a Suiza como parte del llamado “turismo de eutanasia” para quitarse la vida a través de asociaciones de ayuda al suicidio.

“Las cifras de Suiza son aterradoras: vemos que en solo ocho años el número de suicidios en cooperación con organizaciones de ayuda al suicidio casi se ha

---

\*Publicado originalmente por *Alfa y Omega* (alfayomega.es), también en *VivaChile.org*, el 15.12..2008.

triplicado”, dice la especialista en ética Susanne Kummer. Si bien el número de suicidios se ha mantenido en gran parte constante en alrededor de 1.000 casos desde 2010, hay otros 1.000 casos de suicidio asistido. “Desafortunadamente, se confirma que donde se permite el suicidio asistido, hay una multiplicación. El suicidio es ‘contagioso’, solo en Suiza vemos una duplicación de los casos de suicidio”.

En vista de la abolición de la prohibición anterior de “ayudar al suicidio” en Austria por parte del Tribunal Constitucional, estos hechos representan un desafío especial para el legislativo. Inducir a otra persona a suicidarse sigue siendo un delito (primer delito del artículo 78 de la StGB). Las condiciones bajo las cuales se permitirá el suicidio asistido en Austria en el futuro siguen abiertas. Las regulaciones correspondientes y las medidas de protección contra el abuso deben emitirse dentro de un año. El levantamiento del suicidio asistido entrará en vigor el 1 de enero de 2022.

Un estudio estadounidense ya había demostrado en 2015 que la legalización del suicidio asistido aumenta la tasa general de suicidios. Las mujeres tienen más riesgo que los hombres, las personas con cáncer o multimorbididades de 65 años o más tienen más riesgo que las personas más jóvenes. En Suiza, las personas con demencia y depresión también son víctimas de suicidio. Se sabe que el aislamiento social y la soledad son factores de riesgo de suicidio.

“En Suiza existe una presión creciente sobre las residencias de ancianos y los hospitales para que abran sus puertas a los llamados ayudantes de suicidio”, dice Kummer. En cualquier caso, los límites entre el derecho a la libre autodeterminación, la presión externa y la seducción son angostos. En 2016, el Parlamento en el cantón de Ticino hizo una declaración clara: No hay derecho a asistir al suicidio en los centros de salud, decidió la mayoría de los diputados.

La asociación más grande y conocida de Suiza dedicada al suicidio asistido es la asociación Exit, fundada en 1982 con más de 100.000 miembros. La salida solo está dirigida a personas que residan en Suiza. La segunda organización más importante es Dignitas, que también tiene miembros extranjeros. Inmediatamente después de que se levantara la prohibición de la ayuda comercial al suicidio, Dignitas anunció que ahora también ofrecería sus servicios a los miembros que pagan en Alemania\*.

---

\*Publicado en *Infocat*, 20.12.2020.

## 8. GRUPOS DE DISCAPACITADOS PROTESTAN CONTRA LA EUTANASIA Lucha por la vida en Canadá

Los grupos que defienden los derechos de los discapacitados han expresado su desacuerdo con el proyecto C7 que extiende los alcances de la ley para permitir que sea solicitada aunque la muerte no sea previsible.

En Canadá, varias asociaciones de personas discapacitadas han protestado en contra del proyecto de ley sobre la eutanasia.

Actualmente la legislación no permite a las personas con enfermedades crónicas solicitar “ayuda médica para morir”, si su muerte no es “razonablemente previsible”.

Con el nuevo proyecto de ley C-7, se pretende eliminar esta condición para solicitar una eutanasia.

Los grupos que defienden los derechos de los discapacitados han expresado su desacuerdo con este proyecto.

Krista Carr, de Inclusión Canadá, ha dicho ante el comité de justicia de la Cámara de los Comunes: “Nuestro mayor temor siempre ha sido que tener una discapacidad se convierta en una razón aceptable para el suicidio asistido por el Estado.

Todas las organizaciones nacionales de discapacidad que se oponen al proyecto de ley C-7, están siendo silenciadas por personas que no experimentan la marginación sistémica, la pobreza y la falta de apoyos y circunstancias de vida que experimentan las personas con discapacidad y que los llevan a situaciones en las que la ‘ayuda médica para morir’ les es presentada o sienten que es su única opción”.

Catherine Frazee, de la Escuela de Estudios sobre la Discapacidad de la Universidad de Ryerson dijo: “¿Por qué solo nosotros? ¿Por qué solo las personas cuyos cuerpos están alterados o provocan dolor o están en decadencia? ¿Por qué no todos los que viven fuera del margen?”.

A Roger Foley, de 45 años de edad, quien padece de una enfermedad neurodegenerativa que lo mantiene hospitalizado, incapaz de moverse o cuidarse a sí mismo, dio su testimonio de cómo se le ha negado la atención domiciliaria y cómo ha sido presionado por el personal del hospital para buscar una muerte asistida. “Mi vida se ha devaluado. He sido coaccionado para que opte por una muerte asistida a través de abusos, descuidos, falta de cuidados y amenazas”.

El señor Foley ha presentado una demanda defendiendo su derecho a una vida asistida\*.

---

\*Publicado en *Forum Libertas*, también en *Infocat*. 21.11.2020.

## 9. PRESIDENTE DONALD TRUMP DECLARA EL 22 DE ENERO COMO EL DÍA NACIONAL DE LA SANTIDAD DE LA VIDA HUMANA

Tal y como hizo en el 2018 y el 2019, el todavía Presidente de Estados Unidos, Donald Trump, ha declarado el 22 de enero de este año como el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana. Se da la circunstancia de que ese día ya no será el Presidente, pues el abortista Joe Biden habrá tomado posesión del cargo.

La Casa Blanca ha publicado el siguiente mensaje del presidente Trump, que viene a ser como una especie de testamento político sobre su acción política provida:

### PROCLAMACIÓN SOBRE EL DÍA NACIONAL DE LA SANTIDAD DE LA VIDA HUMANA, 2021

Cada vida humana es un regalo para el mundo. Ya sea nacido o no, joven o viejo, sano o enfermo, cada persona está hecha a la santa imagen de Dios. El Creador Todopoderoso da talentos únicos, sueños hermosos y un gran propósito a cada persona. En el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana, celebramos la maravilla de la existencia humana y renovamos nuestra resolución de construir una cultura de la vida en la que cada persona de toda la edad sea protegida, valorada y apreciada.

En este mes se cumplen casi 50 años desde la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Roe v. Wade*. Esta decisión constitucionalmente defectuosa anuló las leyes estatales que prohibían el aborto, y ha resultado en la pérdida de más de 50 millones de vidas inocentes. Pero las madres con coraje, los estudiantes valientes y los increíbles miembros de la comunidad y las personas de fe están liderando un poderoso movimiento para despertar la conciencia de los Estados Unidos y restaurar la creencia de que cada vida es digna de respeto, protección y cuidado. Debido a la devoción de innumerables pioneros pro-vida, el llamado para que cada persona reconozca la santidad de la vida está resonando más fuerte en América que nunca antes. En la última década, la tasa de abortos ha disminuido constantemente, y hoy en día, más de tres de cada cuatro estadounidenses apoyan las restricciones al aborto.

Desde mi primer día en el cargo, he tomado medidas históricas para proteger vidas inocentes en casa y en el extranjero. *Reinstituí y reforcé la Política de la Ciudad de México del presidente Ronald Reagan*, promulgué una norma histórica en favor de la vida para regir el uso de los fondos del Título Diez para los contribuyentes y tomé medidas para *proteger los derechos de conciencia de los médicos, las enfermeras y las organizaciones como las Hermanitas de los Pobres*. Mi administración ha protegido el papel vital de la adopción religiosa. *En las Naciones Unidas, dejé claro que los burócratas mundiales no tienen por qué atacar la soberanía de las naciones que protegen la vida inocente*. Hace apenas unos meses, *nuestra Nación también se unió a otros 32 países para firmar la Declaración del Consenso de Ginebra*, que refuerza los esfuerzos mundiales para

proporcionar una mejor atención sanitaria a las mujeres, proteger toda la vida humana y fortalecer las familias.

Como Nación, restaurar una cultura de respeto por el carácter sagrado de la vida es fundamental para resolver los problemas más apremiantes de nuestro país. Cuando cada persona sea tratada como un hijo amado de Dios, los individuos podrán alcanzar su máximo potencial, las comunidades florecerán y América será un lugar de mayor esperanza y libertad. Por eso fue mi profundo privilegio *ser el primer Presidente de la historia en asistir a la Marcha por la Vida*, y es lo que motivó mis acciones para mejorar el sistema de adopción y de acogida de nuestra nación, asegurar más fondos para la investigación del síndrome de Down y ampliar los servicios de salud para las madres solteras. *En los últimos 4 años, he nombrado a más de 200 jueces federales que aplican la Constitución tal como está escrita*, incluyendo tres jueces de la Corte Suprema: Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett. También aumenté el crédito fiscal para niños, para que las madres reciban apoyo financiero mientras asumen la noble tarea de criar niños fuertes y saludables. Y, recientemente, *firmé una Orden Ejecutiva sobre la Protección de Recién Nacidos y Niños Vulnerables*, que defiende la verdad de que cada recién nacido tiene los mismos derechos que todos los demás individuos a recibir cuidados que le salven la vida.

Los Estados Unidos son un ejemplo brillante de los derechos humanos para el mundo. Sin embargo, algunos en Washington luchan por mantener a Estados Unidos entre un pequeño puñado de naciones -incluyendo Corea del Norte y China- que permiten los abortos libres después de las 20 semanas. Me uno a innumerables personas que creen que esto es moral y fundamentalmente erróneo, y hoy renuevo mi llamamiento al Congreso para que apruebe una legislación que prohíba el aborto tardío.

Desde el principio, mi administración se ha dedicado a mejorar a todos los estadounidenses, y eso comienza con la protección de los derechos de los más vulnerables de nuestra sociedad: los no nacidos. En el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana, prometemos continuar hablando por aquellos que no tienen voz. Prometemos celebrar y apoyar a cada madre heroica que elija la vida. Y resolvemos defender las vidas de cada niño inocente y no nacido, cada uno de los cuales puede traer un increíble amor, alegría, belleza y gracia a nuestra nación y al mundo entero.

Ahora, por lo tanto, yo, Donald J. Trump, Presidente de los Estados Unidos de América, en virtud de la autoridad que me confiere la Constitución y las leyes de los Estados Unidos, *por la presente proclamo el 22 de enero de 2021, como Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana*. Hoy, hago un llamamiento al Congreso para que se una a mí en la protección y defensa de la dignidad de toda vida humana, incluyendo las que aún no han nacido. Hago un llamamiento al pueblo estadounidense para que siga atendiendo a las mujeres con embarazos inesperados y para que apoye la adopción y la colocación en hogares de guarda de una manera más significativa, para que cada niño pueda tener un hogar cariñoso. Y finalmente, *pido a cada ciudadano de esta gran nación que escuche el sonido del silencio causado por una generación perdida para nosotros*, y que luego levante sus voces por todos los afectados por el aborto, tanto los que se ven como los que no se ven.

En testimonio de lo cual, suscribo la presente este diecisiete de enero del año de Nuestro Señor dos mil veintiuno, y de la independencia de los Estados Unidos de América el doscientos cuarenta y cinco.

DONALD J. TRUMP\*

---

\*Publicado en *Infocat*, 18.1.2021.



# JURISPRUDENCIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Sentencia Rol 8798-2020  
(8 de septiembre de 2020)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal (Celeste Durán Torres / Derecho de querellante a impetrar la protección de la justicia y a una tutela judicial efectiva: art. 19 N° 3 Constitución)

En proceso penal RUC N° 19710041158-K, RIT N° 2854-2017 del Juzgado de Garantía de Los Andes, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de apelación, bajo el rol N° 1121-2020 (Reforma Procesal Penal)

VISTOS:

Con fecha 8 de junio de 2020, Celeste Durán Torres ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 19710041158-K, RIT N° 2854-2017 del Juzgado de Garantía de Los Andes, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 1121-2020 (reforma procesal penal).

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

*“Código Procesal Penal*

*(...)*

*“Artículo 248.– Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:*

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;*
- b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.*

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.  
(...)

Artículo 259.– Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;

b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;

c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;

d) La participación que se atribuyere al acusado;

e) La expresión de los preceptos legales aplicables;

f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;

g) La pena cuya aplicación se solicitare, y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.”.

(...)

*Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal*

La requirente refiere haber presentado querrela, con fecha 8 de mayo de 2017, en contra de Raúl Juan Ignacio Casarino Pouchocq, por la comisión de delitos de abusos sexuales en contra de sus dos hijos en común, menores de edad.

Explica que la investigación fue llevada a cabo durante más de dos años por el Ministerio Público, concentrándose esencialmente en la posibilidad de acreditar la existencia de un ilícito de abuso sexual impropio, descrito y sancionado en el artículo 366 quáter, incisos primero y segundo, del Código Penal, incurriendo, sin embargo en un descuido negligente en la investigación de los abusos sexuales propios, sin ejecutar las diligencias mínimas necesarias para la averiguación de los hechos punibles descritos en la querrela.

Señala que, conforme a las disposiciones administrativas vigentes para la investigación de delitos sexuales por parte de los Fiscales del Ministerio Público, se establecen una serie de normas mínimas reglamentarias, necesarias para acreditar

o descartar la presencia de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, existiendo un protocolo creado por el persecutor al efecto, a fin de velar por el cumplimiento de estas diligencias mínimas, las cuales no han sido cumplidas por el fiscal investigador de la causa.

Así, por ejemplo, el Modelo de Intervención Especializada en niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en contexto de violencia intrafamiliar, de diciembre del año 2013, establece que los Fiscales del Ministerio Público, una vez que han conocido de la denuncia de un delito de abuso sexual cometido en contra de menores deberán adoptar, una vez medido el riesgo inicial o grado de vulneración en que se encuentran los menores, medidas de protección urgentes, con la finalidad de recopilar la mayor cantidad de antecedentes y evitar la destrucción de las pruebas, junto con evitar la revictimización, disponiendo dispositivos de protección entre los que se encuentra la derivación de los menores y de las personas que se encuentran a su cargo a terapias reparadoras.

Dicho texto del Modelo de Intervención igualmente establece que el Fiscal debe ordenar dentro de 3 días hábiles después de presentada la denuncia, la realización de diligencias de investigación tendientes a completar la pauta de Recopilación de Antecedentes, disponiendo la entrevista ante el Fiscal de la persona a cuyo cargo estén los menores.

Señala que ninguna de estas actividades iniciales fueron ordenadas en tiempo y forma por el Fiscal a cargo de la investigación. La derivación a terapia de intervención, estima, era esencial porque es dicha unidad especializada, denominada URAVIT, la que profundiza en la evaluación de riesgo en el que se encuentran los niños víctimas de delitos sexuales y la determinación del daño sufrido por estos a propósito de los hechos denunciados, y al mismo tiempo, debe coordinar con el Fiscal a cargo de la investigación la realización de determinadas diligencias, entre las que se encuentra la ejecución de peritajes de veracidad del relato por parte de funcionarios especializados de la Fiscalía y de la Policía de Investigaciones, con el objetivo de acreditar la existencia del delito mediante la presencia de un estrés postraumático derivado de la exposición de los menores de esta causa a actos de significación sexual y de relevancia constitutivos de abuso.

Comenta que no consta en la carpeta de investigación la realización de peritajes de veracidad a ninguno de los menores, como tampoco aparece la ejecución de las actividades obligatorias que, desde un punto de vista administrativo, debía ejecutar el Fiscal a cargo, con miras no solo a esclarecer el hecho punible, sino que con el objeto de adoptar las medidas que permitiesen reparar el daño sufrido por los menores y acompañarlos durante la etapa de investigación reduciendo al mínimo la victimización secundaria que se produce como consecuencia de su exposición al proceso penal.

Ninguna de dichas diligencias contenidas, entre otros documentos, en la denominada Guía de Evaluación de Daño en Víctimas de Delitos Sexuales, elaborada por el Ministerio Público en los años 2010 y 2015, fueron ejecutadas en más de dos años y medio de investigación.

No obstante lo anterior, por resolución dictada con fecha 15 de mayo de 2020 por el Juzgado de Garantía de Los Andes se negó la reapertura de la investigación y se tuvo por comunicada la decisión de no perseverar del Ministerio Público, de conformidad a lo previsto en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal,

negando lugar a la acusación particular solicitada por la querellante, conforme a lo dispuesto en el artículo 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal.

Frente a dicha resolución, y en virtud de lo establecido en el artículo 370 del Código Procesal Penal, interpuso recurso de apelación, pendiente de resolución ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Asevera que en autos se vulnera el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 19 N° 3, incisos 1o y 2o, de la Constitución Política de la República, que se traduce esencialmente en el derecho a acudir a los tribunales de justicia para reclamar la protección de los derechos afectados, pues la aplicación de las normas legales cuestionadas importan, concretamente, que la víctima del delito u ofendido por él vea vulnerado su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del ejercicio de la acción penal que la Constitución le reconoce en su artículo 83, inciso segundo.

La aplicación concreta de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal y del inciso final del artículo 259 del mismo código, implica violentar abiertamente lo establecido en artículo 83, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, que reconoce al ofendido el derecho a ejercer la acción penal, derecho que deviene en ilusorio si, negándose el Ministerio Público a formalizar, se le niega luego al querellante la posibilidad de forzar la acusación debido a la imposibilidad de cumplir con el principio de congruencia. El resultado práctico de esto es que una decisión exclusiva y excluyente del Ministerio Público, de carácter administrativa, como es la actitud meramente pasiva de no formalizar y la más concreta de comunicar la decisión de no perseverar, determinarían que el ofendido por un delito no puede, en rigor, ejercer el derecho de accionar penalmente y requerir de los tribunales de justicia la tutela efectiva de sus derechos.

El derecho a forzar la acusación, establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, es la manifestación concreta del derecho constitucional a solicitar la tutela judicial efectiva de los propios derechos y al ejercicio de la acción penal. De aplicarse, en este caso concreto las disposiciones impugnadas, teniéndose por comunicada una decisión de no perseverar en una investigación desformalizada, y negándose, al mismo tiempo, el señalado derecho a forzar la acusación, tales derechos constitucionales resultarían desconocidos y reducidos a la inexistencia.

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 16 de junio de 2020, a fojas 49. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 30 de junio de 2020, a fojas 171, confiriéndose traslados de estilo.

A fojas 180 evacuó traslado el *Ministerio Público* abogando por el rechazo del libelo. Para ello aduce, en síntesis, las siguientes razones:

Sostiene que la decisión de no perseverar fue ya comunicada en una audiencia convocada al efecto que tuvo lugar el 15 de mayo de 2020.

Afirma que la gestión pendiente invocada en este caso consiste en un recurso de apelación elevado al conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, recurso que está agregado a estos antecedentes, cuyo petitorio en realidad somete a la resolución de la Corte de Apelaciones la reapertura de la investigación que efectivamente había solicitado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal.

Dicha materia no dice relación con la regla del artículo 248 letra c) y tampoco con aquella del artículo 259, ambas del Código Procedimental, y si bien es evidente que de reabrirse la investigación la decisión de no perseverar pierde sus efectos, el recurso apunta a la reapertura, la que se resuelve en un examen de las diligencias que concretamente se encuentren cubiertas por el mencionado artículo 257 del Código Procesal Penal, y no en otras consideraciones, como aquellas que se hacen valer en estos antecedentes.

Afirma igualmente que la autonomía concedida al Ministerio Público por la Constitución le faculta a sopesar la seriedad de los antecedentes de una imputación, debiendo ejercer la acción penal en su caso, y no en todo caso, existiendo jurisprudencia de rechazo en tal materia.

En lo que respecta al art. 259 del Código Procesal Penal cuestionado, aboga por rechazo por equivalentes razones.

A fojas 199 evacuó traslado la parte *querrellada* abogando por el rechazo del libelo, en virtud de las consideraciones siguientes:

Sostiene que ambas normas cuestionadas son conformes a la Constitución. El Ministerio Público es un órgano autónomo y jerarquizado al que le corresponde la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y en su caso, el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

En segundo lugar, respecto a la vulneración del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental que menciona la parte requirente, el artículo 248 ya referido tampoco transgrede dicha garantía constitucional, ni el debido proceso, por cuanto el ejercicio de la facultad de no perseverar, si bien es discrecional, no es arbitraria, pues el ministerio público investigó durante casi tres años y ha llegado a la convicción de que no hay delito ni antecedentes que acrediten la participación punible.

Afirma igualmente que el recurso de apelación que constituye la gestión pendiente somete a resolución únicamente la negación a la reapertura solicitada en la misma audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal, cuestión desvinculada de las normas impugnadas.

En igual sentido, afirma que las normas cuya inaplicabilidad se pretende ya fueron aplicadas en la audiencia celebrada el 15 de mayo de 2020 resultando improcedente por esta vía impugnar resoluciones judiciales, no existiendo actualmente gestión judicial pendiente.

#### VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO

En Sesión de Pleno de 20 de agosto de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos por la requirente, del abogado Bernardo Rosenberg Pérez; por el Ministerio Público, del abogado Hernán Ferrera Leiva; y por la parte de Raúl Casarino Pouchucq, del abogado Rodrigo Molina Honorato.

Se adoptó acuerdo con fecha 20 de agosto de 2020, conforme fue certificado por el relator de la causa.

#### Y CONSIDERANDO:

## I. PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

PRIMERO: En estos autos constitucionales, se ha ejercido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esgrimiendo la pretensión de que se declare la inaplicabilidad, por tal motivo, de dos preceptos del Código Procesal Penal.

Se trata, en primer lugar, del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Disposición que, a la letra, reza lo que sigue:

*“Artículo 248. Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:*

*c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.”.*

En segundo lugar, se impugna el inciso final del artículo 259 del Código Procesal, Penal.

Aquella disposición prescribe lo siguiente: *“Artículo 259.- Contenido de la acusación (...)La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”.*

## II. LA GESTIÓN PENDIENTE DE AUTOS. SUS HECHOS FUNDAMENTALES (A) Y EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO (B)

### A. HECHOS FUNDAMENTALES DE LA CAUSA SUBLITE

SEGUNDO: Para brindar claridad a la presente sentencia, se pasa a exponer, ordenadamente, los hechos que resultan relevantes en la causa *sublite*. Dada la naturaleza de los hechos por los cuales la requirente pretende obtener una condena para el imputado, en el proceso penal *sublite*, en la exposición que se realizará a continuación omitiremos referirnos a los hechos concretos materia del proceso penal, y nos centraremos, básicamente, en los escritos y resoluciones vinculados a la comunicación de la decisión de no perseverar en la investigación y las solicitudes formuladas por la requirente, en razón de aquella.

1. El Ministerio Público presentó un escrito del siguiente tenor: “De conformidad con el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal comunico a US. que esta Fiscalía, con fecha 28.04.2020, ha decidido no perseverar en este procedimiento, por cuanto durante la investigación realizada no se han reunido antecedentes suficientes para fundar la acusación”.
2. Mediante resolución de 08.05.2020, se fija audiencia de comunicación de no perseverar en el procedimiento, para el día 15.05.2020.
3. La actual requirente solicita la reapertura de la investigación, en tanto estima que se han omitido diligencias relevantes para el esclarecimiento de los hechos.
4. Con fecha 14.05.2020, el tribunal provee el escrito de la querellante: “A lo solicitado por la parte querellante, dese cuenta en audiencia programada para el día 15 de mayo de 2020”.

5. Con fecha 15.05.2020, se lleva a efecto la audiencia. En relación a la decisión de no perseverar, el Tribunal resuelve: “Habiendo oído a los intervinientes (...) el Tribunal entiende que se dan todos y cada uno de los supuestos para tener por comunicada la decisión del Ministerio Público, de no perseverar en el procedimiento y las razones por las cuales no ha llevado a efecto las diligencias señaladas por la parte querellante. Que el abogado querellante, a este punto, tiene una serie de mecanismos con el objeto de velar por sus derechos que no los ha ejercido en esta etapa procesal. Señor abogado, son otras las etapas que usted debe seguir a este respecto. El Tribunal en este momento ha tenido por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento”.  
En relación a la posibilidad de acusar particularmente por el querellante, el Tribunal, por los argumentos señalados, resuelve: “(...) teniendo presente lo obrado en la presente causa, no da lugar a la solicitud del abogado querellante en orden a autorizar acusación particular”.
6. Respecto de lo resuelto con fecha 15.05.2020, y en virtud de lo establecido en el artículo 370 del Código Procesal Penal, la querellante interpuso recurso de apelación, el que se encuentra pendiente en su tramitación, bajo el Ingreso Rol N° 1121-2020, ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Lo hace sobre la base de entender que no se realizaron todas las diligencias necesarias y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

TERCERO: De modo que, entonces, la gestión pendiente consiste en un proceso penal en que el requirente detenta la calidad de querellante.

El Ministerio Público no formalizó la investigación –siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá– y comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, posibilidad que le es reconocida por el artículo 248, letra c), al persecutor estatal. Se tuvo por comunicada tal decisión, y se negó a la requirente la posibilidad de acusar particularmente, mediante resolución judicial, la que fue apelada, recurso cuya resolución se encuentra pendiente.

#### B. CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

CUARTO: En síntesis, la requirente sostiene que la aplicación de los preceptos impugnados, ambos de la codificación procesal penal, vulneraría –en el contexto de la gestión pendiente descrita en la consideración precedente– el artículo 76 inciso 1°; el artículo 19 número 3 inciso 1° y 2° y el artículo 83 inciso 1° y 2, todos de la Constitución Política.

### III. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE ESTA MAGISTRATURA

QUINTO: Cabe señalar que la impugnación ahora planteada, no es novedosa para esta Magistratura, pues ya ha conocido previamente requerimientos semejantes al presente.

En efecto, a propósito del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, se han dictado, entre otras, las siguientes sentencias, en las que se conocieron impugnaciones fundadas en las normas constitucionales que se indican en cada caso y con el resultado expresado en la siguiente tabla:

Rol	Normas constitucionales que fundan la impugnación	Resultado
1341-09 (09.09.2010)	Artículos 19 - números 3 y 26 - y 83 de la Constitución.	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por 7 votos contra 2.
1404-09 (18.05.2010)	Artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19 –números 3 y 26– y 83 de la Constitución.	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por 6 votos contra 3.
1394-09 (13.07.2010)	Artículo 19, N° 3, inciso 5°, en relación con los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19, N° 26, y 83 de la Constitución.	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por 7 votos contra 3.
2561-13 (30.12.2014)	Artículo 19 –número 3– y 83 de la Constitución	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por haberse producido empate de votos (5 contra 5)
2680-14 (29.01.2015)	Artículos 7°, 76 y 83 de la Constitución.	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por 5 votos contra 3.
2858-15 (14.06.2016)	Artículos 7°, 76 y 83 de la Constitución.	Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad, por haberse producido empate de votos (5 contra 5) Se impugnó también los artículos 259, inciso final y 261, letra a), del Código Procesal Penal, la que se rechazó con la votación indicada supra.
5653-18 (29.10.2019)	Artículos 7°, 76 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (5 contra 3)
6718-19 (28.11.2019)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 3)
7237-19 (03.03.2020)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 3)
8060-19 (05.05.2020)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 4)
8060-19 (05.05.2020)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 4)
8161-20 (14.05.2020)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 4)
8142-20 (14.05.2020)	Artículos 19 N° 3 y 83 de la Constitución.	Se acoge la pretensión de inaplicabilidad (6 contra 4). Incluye la inaplicabilidad del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal.

#### IV. INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 248, LETRA C), Y 259, INCISO FINAL, AMBOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

SEXTO: Que, en esta oportunidad, luego de realizada la vista de la causa y habiéndose oído al efecto los alegatos de las partes, este Tribunal ha resuelto acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Lo anterior, pues la aplicación de los preceptos reprochados viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 Constitucional, N° 3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho a *“ejercer igualmente la acción penal”*.

En las consideraciones siguientes se hará referencia, en primer lugar, al derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, a sus fuentes constitucionales y algunas precisiones sobre su alcance (A).

Luego, se demostrará que el ejercicio de la facultad de no perseverar tiene una repercusión negativa en el anterior derecho del querellante (B), no existiendo resguardos –en el orden legal– que resulten suficientes y compatibles con el ejercicio del mismo (C). Dicha norma representa un obstáculo al ejercicio del mentado derecho. Finalmente, se expondrá una breve conclusión (D);

##### A. EL OFENDIDO POR EL DELITO Y LA TITULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL. FUENTES CONSTITUCIONALES DE ESTE DERECHO Y ALGUNAS PRECISIONES SOBRE SU ALCANCE

SÉPTIMO: Respecto de la titularidad del ofendido por el delito – víctima – respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto *“el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”* (énfasis agregado).

En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución –modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011– establece que *“las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.”* (Énfasis agregado). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que *“la ubicación de esta propuesta en el capítulo III dispararía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”* (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

La jurisprudencia, por su parte, ha destacado que a la víctima se le reconoce *“la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516.”* (Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014);

OCTAVO: De la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo;

NOVENO: Por supuesto, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta –más bien inexistente– facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación al legislador, con el fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal;

DÉCIMO: Igualmente, cabe precisar que reconocimiento del antedicho derecho no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del supuesto culpable.

El derecho del querellante –ofendido por el delito– es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva –por la vía de la acusación adhesiva o autónoma– con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia;

DÉCIMO PRIMERO: Además, menester es señalar que es evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal –Ministerio Público– en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer igualmente la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público.

Si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio “igualmente” que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma –o también adhesiva– no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal –autónoma o adhesiva– lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima, tanto individual como social en tanto miembro de una comunidad, en que se haga justicia;

DÉCIMO SEGUNDO: Además, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer –igualmente– la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.

Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia –aun parcial– de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;

DÉCIMO TERCERO: En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.

Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;

DÉCIMO CUARTO: Asimismo, este tribunal considera que el ofendido por el delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce. Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior;

DÉCIMO QUINTO: En vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la Constitución al ofendido por el delito, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial –artículo 248, inciso primero, letra a– para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento –artículo 248, inciso primero, letra c– no se necesita de la homologación jurisdiccional;

DÉCIMO SEXTO: Además, resulta indiscutible que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo.

La víctima sí puede representar el interés público, conclusión ésta que deriva lógicamente de la titularidad de la acción penal que por mandato de la Constitución tiene el ofendido.

La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce. En efecto, se afirma que *“El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.”* (Énfasis agregado). (Horvitz, M. I., y López, J., 2002, “Derecho Procesal Penal Chileno”, T. 1, p. 296).

Luego, a propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación –artículo 258 del Código Procesal Penal– que como se ha dicho ya en esta sentencia es manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal que tiene el ofendido ex artículo 83, inciso 2°, de la Constitución, la doctrina se ha pregunta si:

*“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito? Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2o CPE, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura “un horizonte normativo enteramente nuevo”. Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo*

*esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público” (Horvitz y López (2002), T.1, pp. 296-297)*

**B. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR Y SU REPERCUSIÓN NEGATIVA EN EL DERECHO DEL QUERELLANTE A LA ACCIÓN PENAL. LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS CONSTITUYEN UN ÓBICE AL EJERCICIO DE DICHO DERECHO**

DÉCIMO SÉPTIMO: En general, la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.

Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará a continuación, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución;

DÉCIMO OCTAVO: Es preciso advertir que la decisión que adopta el Ministerio Público no es inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal.

Desde luego, pues aquella *hace cesar la posibilidad de accionar penalmente*, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

En relación a lo anterior, ha de remarcarse que dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “*decisión*” del Ministerio Público que se “*comunica*” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “no sólo la persecutoria del Ministerio Público” culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

Igualmente, cabe agregar que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso.

Finalmente, la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa –solicitado por la defensa del imputado– respecto del delito en cuestión;

DÉCIMO NOVENO: De las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede –sin mediar control judicial de fondo– decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;

VIGÉSIMO: En cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), constituye un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo es el artículo 259, inciso final;

VIGÉSIMO PRIMERO: En efecto, aquella establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

La aplicación de la exigencia dispuesta en este precepto, indudablemente, impide la eficacia de la acción penal del querellante.

Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, la situación que produce la aplicación del precepto vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83, sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia;

### C. NO HAY RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN POR PARTE DEL QUERELLANTE

VIGÉSIMO SEGUNDO: Según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público se encuentra exenta de un control judicial efectivo.

Con ello se vulnera el derecho que al ofendido por el delito confiere el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, constatación que conlleva necesariamente la declaración del de inaplicabilidad de aquel, por ser la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto;

VIGÉSIMO TERCERO: No obstante lo clara que resulta la conclusión anterior, es menester referirse a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, para evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique. En dicho sentido, se estimó en una de aquellas ocasiones, que “Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal” (STC Rol N° 2561, c. 55°).

Habiéndose acudido a aquellos como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC roles N° 1341 (considerando 63°) y 2680 (considerandos 47° a 55°) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos –en caso de empate– en las STC Roles N° 2561 (motivos 53 y siguientes del voto por rechazar) y 2858 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar), resulta necesario demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional –ya explicado– que produce la aplicación del precepto reprochado en el caso de autos;

VIGÉSIMO CUARTO: En las sentencias señaladas en el considerando precedente, sealude en los términos señalados, a los siguientes “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del Ministerio Público:

- (1) El artículo 5° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que “el Estado será responsable por las conductas injustificadas”

- mente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público" (Sentencia rol N° 1341, considerando 79o; sentencia rol N° 2680, considerando 13°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);
- (2) El artículo 7° de la misma ley establece que *"las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia"*. Dicho control se extiende *"tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones."*(Sentencia rol N° 1341, considerando 79o; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);
  - (3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que *"corresponderá al Fiscal Regional: (...)b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo."* (Sentencia rol N° 1341, considerando 80o; motivo 54 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);
  - (4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal) (Sentencia rol N° 1341, considerando 81o; motivo 55 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);
  - (5) La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 82o; motivo 56 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); y
  - (6) El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 84o; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

VIGÉSIMO QUINTO: Como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia los considerandos vigésimo y vigésimo primero, resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción penal;

(1) *El artículo 5° de la Ley N° 19.640*

VIGÉSIMO SEXTO: Dicha norma apunta a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Aquella no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado.

Entonces, si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. En aquel supuesto nacería una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

(2) *El artículo 7° de la Ley N° 19.640*

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Respecto de esta norma, cabe advertir que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo.

Nuevamente, resulta patente la imposibilidad de asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Lo anterior, pues la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito y las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. De allí que este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerarlo como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial;

(3) *El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640*

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre esta norma, cabe consignar que aquella establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo.

Sin embargo, el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre "*Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal*", obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden a no perseverar en la investigación, ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación.

De lo anterior se sigue que la disposición en examen no constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

(4) *La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal)*

VIGÉSIMO NOVENO: Por su parte, cabe señalar que esta disposición permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado.

Como es obvio, la facultad mencionada no constituye mecanismo de resguardo alguno, debido a que, dado los antecedentes de la gestión judicial pendiente, no ha habido controversia respecto de la necesidad o no de nuevas diligencias;

(5) *El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal)*

TRIGÉSIMO: En el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación.

Lo anterior, al no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] *considerare oportuno*” (artículo 230 del Código Procesal Penal);

TRIGÉSIMO PRIMERO: El problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución:

*“Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N° 358, Sesión N° 111, p. 23).*

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación” (p. 78).

Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor;

*(6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal)*

TRIGÉSIMO TERCERO: Respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar.

A lo que ha de agregarse que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia han restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que: *“El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que –objetivamente– pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante, por lo que, en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante; (énfasis agregado).* (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, considerando segundo).

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que: *“ el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal a favor del imputado y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo*

*hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.”*• (énfasis agregado). (Considerando quinto, sentencia rol N° 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago).

En la misma línea de la conclusión anterior, cabe consignar que el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que “*se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que “la persona afectada por una investigación” se refiere exclusivamente al posible imputado*”. Citando a la profesora Marta Herrera, el ex Fiscal Nacional señala: “*Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma.*” En conclusión, y sin lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal “*imputado*” y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional”. (Piedrabuena, G., “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 23, junio de 2010, p. 19);

TRIGÉSIMO CUARTO: Además de la interpretación del artículo 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N° 060, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 2014, en la que se recalca que el artículo 186 “*tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público*” (p. 27). Asimismo, se afirma que “*la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación no implica una carga procesal para el organismo. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar*” “[y] no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.” (p. 28, el destacado es del texto original);

#### D. CONCLUSIÓN

TRIGÉSIMO QUINTO: De todo lo expuesto, a efectos de resolver el caso de autos, ha de expresarse que cabe constatar al sistema procesal penal no desde el complejo normativo de rango legal, sino a partir de las normas constitucionales y los que efectos que ellas producen en las normas inferiores. Estas normas constitucionales son artículos 19 N° 3, 76 y 83.

De tal forma que, existe para todos los intervinientes, en todos los casos, el derecho a acceder a la justicia y a que se tutelen sus derechos fundamentales. Ello es garantizado con la posibilidad de acceder a los tribunales mediante acciones, pero no debe olvidarse que también existe un derecho a que el querellante pueda

poner en conocimiento y provoque el juzgamiento de sus pretensiones. De lo anterior se deriva que existe un derecho que conlleva la obligación correlativa de los tribunales de ejercer la jurisdicción.

Por ello, es posible concluir que la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunique al Tribunal su voluntad de no perseverar, no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en razón de lo argumentado a lo largo de la presente sentencia, la aplicación de los *artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal*, impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justoseguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, motivo por el cual habrán de ser inaplicados y así se declarará;

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 acoge el requerimiento deducido a lo principal de fojas 1, por lo que se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 19710041158-K, RIT N° 2854-2017 del Juzgado de Garantía de Los Andes en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de apelación, bajo el rol N° 1121-2020 (Reforma Procesal Penal). Oficiése.*

*II. Álcese la suspensión del procedimiento decretada en autos. Oficiése.*

DISIDENCIA

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Gonzalo García Pino, de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, y del Ministro señor Rodrigo Picaflares.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta) y la disidencia el Ministro señor Rodrigo Picaflares.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

*Rol N° 8798-20-INA*

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier

Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Píasilva Gallinato, y señores Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Picaflores.

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\*.

---

\*Dada la extensión de la disidencia, se omite. Con posterioridad, en igual sentido Rol 8887, de 12.11.2020 (Inaplicabilidad deducida por Pablo A. Huerta Fernández); también roles 8907-20 y 8995-20 que acogen inaplicabilidad de normas del Código del Trabajo que prohíben solicitar abandono del procedimiento en juicio ejecutivo laboral (arts. 429 inc. 1º y 162).

CORTE SUPREMA  
(26.11.2020)  
Guarda con Servicio de Salud de Antofagasta  
(Responsabilidad por grave negligencia médica  
en atención dental a niño)

Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil veinte.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

En estos autos Rol N° 59.715-2020, iniciados ante el Segundo Juzgado Civil de Antofagasta, caratulados “Guarda con Servicio de Salud de Antofagasta”, el demandado dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta el trece de abril de dos mil veinte, que revocó y confirmó la sentencia de primer grado que acogió parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio.

En la especie, doña Sandra Maritza del Carmen Guarda Sarmiento, por sí y en representación de su hija Nataly Nicole Guarda Guarda y su hijo menor de edad G.J.C.G., dedujo la acción antes indicada en contra del Servicio de Salud de Antofagasta, explicando que el 5 de junio de 2014 el niño G.J.C.G., de 5 años de edad a ese entonces, ingresó al Hospital Carlos Cisternas de Calama con una dolencia dental y aumento de volumen facial. En dicho recinto se le diagnosticó un absceso dental con obstrucción parotídea, efectuándosele un TAC maxilofacial y de cuello, que evidenció aumento de partes blandas peri mandibulares derechas y adenopatías cervicales. Ante tal diagnóstico, se dispuso su hospitalización, iniciándose un tratamiento antibiótico preparatorio de una cirugía.

Agrega que, el 9 de junio del mismo año se llevó a cabo el tratamiento quirúrgico maxilofacial, bajo anestesia general, a cargo del anestesista Mauricio Castillo Videla. Practicada sin inconvenientes la cirugía, al momento de la extubación el niño presentó un cuadro de bradicardia mantenida, de hasta 30 latidos por minuto. Producida tal contingencia, fueron practicadas maniobras de ventilación y estimulación farmacológica, sin resultado, debiendo ser trasladado el paciente al Hospital del Cobre de Calama, semi consciente, pero sin respuesta a estímulos. Luego, el 10 de junio de 2014 fue trasladado al Servicio de Pediatría del Hospital de Calama y, al día siguiente, a la UCI pediátrica del Hospital Regional de Antofagasta.

Precisa que el diagnóstico final consistió en una encefalopatía hipóxico-isquémica, siendo el niño dado de alta el 26 de agosto de 2014 con un 100% de discapacidad física e intelectual, realidad que se traduce en que debe alimentarse con ayuda de terceros, se desplaza en una silla de ruedas a la que debe ser fijado por medio de un arnés ortopédico, emite sonidos pero no es capaz de hablar, necesita una férula para ponerse calzado, no controla esfínter, y asiste periódicamente a la Fundación Teletón logrando pequeños avances.

Denuncia la concurrencia de falta de servicio en los hechos descritos, al haberse otorgado a su hijo G.J.C.G. una prestación médica deficiente, puesto que el médico anestesista no leyó la ficha clínica del niño, ni tampoco tomó en consideración la información aportada por la madre. De haberlo hecho, habría

atendido a que el niño nació prematuro extremo con 27 semanas de gestación y, por ello, a pesar de ser un niño normal debió asistir entre 2011 y 2013 a la Fundación Teletón por un retraso psicomotor que mayormente logró superar. En función de dichos antecedentes, el anestesista debió haber dispuesto la práctica de ciertos exámenes específicos, en especial una prueba rápida preanestésica antes de aplicar la anestesia general, refiriendo que, por aquella omisión, el profesional antes mencionado fue sancionado administrativamente con una censura, una vez concluido el sumario de rigor.

Invoca el estatuto especial de responsabilidad del Estado por falta de servicio, contenido en el artículo 38 de la Constitución Política de la Republica, artículos 38 y 41 de la Ley N° 19.966, y artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575. Ahora bien, en el primer otrosí de su libelo dedujo demanda subsidiaria, sustentada en los mismos hechos, pero acudiendo al estatuto común de responsabilidad civil extracontractual, conforme a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Afirma que cada actor sufrió daño moral con motivo de las consecuencias sufridas por el niño G.J.C.G., merma que tasa en \$ 1.500.000.000 respecto de la víctima directa, \$ 500.000.000 respecto de la madre demandante, y \$ 250.000.000 respecto de su hija Nataly Guarda Guarda. También solicita la reparación del daño emergente padecido, consistente en los gastos en que ha debido incurrir y que no han sido cubiertos por su sistema de salud, desembolsos que avalúa en \$ 12.000.000.

Termina requiriendo que se haga lugar a las indemnizaciones mencionadas, con reajustes, intereses y costas. Complementando la demanda, en su presentación folio N° 17 solicita, además, se condene al demandado *“a pagar la mantención obligatoria y perpetua de las condiciones actuales de atención y cuidado del menor, así como la implementación de aquellas que sean necesarias para el debido y adecuado tratamiento de sus padecimientos actuales y futuros y que tengan como causa los hechos por los cuales se ha demandado”*.

Al contestar, el demandado solicitó el rechazo de la demanda o, en subsidio, se circunscriba la indemnización a lo que resulte efectivamente acreditado, en virtud de los siguientes argumentos: (i) La exposición imprudente al daño, determinada porque el menor adquirió la condición con la que llegó al hospital por presentar numerosas piezas dentales con caries muy profundas, denotando un nulo aseo dental, sin que exista registro de atenciones previas en el consultorio; (ii) La inexistencia de falta de servicio, reconociendo, en general, la efectividad de los hechos propuestos en la demanda, en especial que el anestesista no tuvo a la vista la ficha clínica del niño antes de la aplicación de anestesia, precisando que, incluso de haber advertido su condición de prematuro, el único cambio habría sido su evaluación como “ASA II”, exigiéndose una mejor coordinación con la UTI, circunstancia que no guarda relación con el hecho dañoso, haciendo hincapié, acto seguido, en que la determinación de la responsabilidad funcionaria en el sumario administrativo no trae aparejada, necesariamente, la responsabilidad civil del órgano, máxime cuando la obligación médica es de medios y no de resultado, y se brindó en todo momento las atenciones que necesitaba el paciente; y, (iii) En cuanto a las indemnizaciones pretendidas, acusa que los montos superan largamente lo que comúnmente se demanda y concede, incluso en caso de fallecimiento, ejemplificando que la reparación que se pretende obtener asciende a un total de \$ 2.200.000.000, en circunstancias que la construcción de un CESFAM trae

aparejado un costo fiscal aproximado de \$ 2.500.000.000, agregando que no es viable acceder a la petición complementaria debido a lo genérico e indeterminable de la obligación que se pretende declarar.

La sentencia de primera instancia acogió sin costas la demanda principal, omitiendo pronunciamiento sobre la acción subsidiaria. Ello, en virtud de los siguientes razonamientos: (i) Dio por acreditados los hechos de la forma propuesta en el libelo pretensor, que resultaron ratificados por el tenor de la ficha clínica y la investigación sumaria, instrumentos, ambos, acompañados al expediente digital; (ii) Concluyó que se configura la falta de servicio que se denuncia en la demanda, en atención a que el médico anestesista *“no siguió los protocolos médicos, en particular no leyó ni revisó la ficha clínica, documentos que consignaban, como se ha indicado, que el niño presentaba antecedentes mórbidos o anteriores, quien había nacido en forma prematura de 27 semanas y con complicaciones, lo que hubiese llevado al médico a prever las complicaciones al momento de anestesiarse al paciente”*, agregando que, de haberlo hecho, *“habría disminuido el riesgo de aparición de eventos adversos a causa de la administración de agentes anestésicos mientras se realizaba la intervención quirúrgica, es decir, el médico no evitó estos eventos”*, afirmando, finalmente, que *“el servicio otorgado y entregado fue de baja calidad e imperfecto, con consecuencias irremediabiles en la vida del niño y su familia”*; (iii) Determinó la existencia y reguló la entidad del daño, evaluando el daño material en \$ 1.796.941, y el daño moral en \$ 400.000.000 respecto del niño G.J.C.G., \$ 250.000.000 respecto de su madre Sandra Maritza del Carmen Guarda Sarmiento, y \$ 50.000.000 respecto de su hermana Nataly Nicole Guarda Guarda, descartando, por último, la procedencia de ordenar la mantención obligatoria y perpetua de la víctima directa, al no tratarse de un perjuicio cierto y actual que pueda ser indemnizado; y, (iv) Rechazó la excepción de exposición imprudente al riesgo, debido a que el niño concurrió, precisamente, ante un órgano del Estado para ser atendido por molestias dentales, no pudiendo entenderse que un hecho sea, al mismo tiempo, causa y consecuencia de sí mismo.

La sentencia de segunda instancia revocó el fallo apelado por ambas partes, sólo en cuanto impuso al demandado el pago de las costas de la causa, confirmando en todo lo demás, al compartir los argumentos vertidos por la jueza a quo, agregando que en el sumario realizado en contra del anestesista se concluyó que *“los pacientes pediátricos con trastornos neurológicos presentan un riesgo mayor de presentar depresión respiratoria tras la administración de agentes anestésicos... El riesgo de la aparición de elementos adversos con la administración de agentes anestésicos mientras se realiza el procedimiento puede minimizarse de forma considerable con la adecuada preparación previa a la realización del mismo”*, expresiones que llevan al tribunal de alzada a afirmar que el profesional actuó de modo manifiestamente negligente, pues la lectura de la ficha clínica es una obligación básica de todos quienes intervienen en una cirugía, calificando la culpa del servicio como *“irrefragable”*, sin que el demandado acreditase que, de haber actuado diligentemente, el daño se hubiera producido de todos modos. Por último, expresa, en cuanto a la excepción de exposición imprudente al riesgo, que no puede confundirse una condición del resultado con la causa del mismo, disquisición que se traduce, en el caso concreto, en que la eventual existencia de negligencia médica requiere, como condición previa, que el paciente se enferme, siendo jurídicamente irrelevante el origen de tal enfermedad.

Respecto de esta decisión el demandado dedujo recurso de casación en el fondo.  
Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en el recurso, de manera general se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República, artículos 1, 38, 41 y 42 de la Ley N° 19.966, en relación con los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, todo en relación con normas reguladoras de la prueba contenidas en el Código de Procedimiento Civil, tales como sus artículos 342 y 346, y en el Código Civil, especialmente sus artículos 17, 44, 1699, 1700 y 1701.

Manifestado lo anterior, el recurrente divide aquel conjunto de normas infringidas en los siguientes tres apartados.

SEGUNDO: Que, en el primer capítulo, se acusa que el fallo ha desconocido el valor probatorio asignado por la ley a las Resoluciones Exentas N° 172 de 11 de mayo de 2015, N° 630 de 29 de marzo de 2017, N° 926 de 04 de mayo de 2017 y, en especial, la N° 2.235 de 18 de mayo de 2017, todas dictadas en el contexto del sumario sanitario seguido en contra del anestesista, pues, contrario a lo establecido en la sentencia, en los instrumentos antes indicados se concluye que, si bien existe responsabilidad administrativa atribuible al médico por no haber leído la ficha clínica del paciente, la reacción del niño pudo ser imprevisible, por lo que el cumplimiento de la obligación antedicha sólo hubiere disminuido el riesgo de aparición de eventos adversos, sin suprimir la posibilidad de ocurrencia de tal externalidad.

De esta forma, tratándose de instrumentos públicos que se han mandado a tener por reconocidos, hacen plena prueba respecto a que, de haber leído el anestesista la ficha clínica, el resultado dañoso igualmente se pudo haber producido. Así, el tribunal erróneamente ha otorgado certeza a la mera probabilidad de que el daño hubiese desaparecido de no mediar la omisión reprochada. En conclusión, a entender del recurrente en la sentencia se tuvo por acreditada incorrectamente la relación causal entre la omisión y el resultado.

TERCERO: Que, en un segundo capítulo, el demandado denuncia que el fallo impugnado quebranta el valor probatorio asignado por la ley a la ficha clínica N° 191823, instrumento donde se expresa que el niño presentaba, al momento de su ingreso al hospital, un cuadro infeccioso peri mandibular con "*piezas dentales deciduales cariadas, pésima higiene bucal*". Tratándose de un instrumento público que ha sido mandado a tener por reconocido, hace plena prueba respecto de que el procedimiento quirúrgico fue motivado por el pésimo aseo dental del niño, tratándose de una intervención absolutamente excepcional. Así, la falta de aseo es un factor incidente en los hechos posteriores, constituyendo culpa o negligencia grave por parte de su madre y cuidadores que, incluso, pudo haber ameritado la adopción de medidas de protección en favor del niño por el Tribunal de Familia competente. En definitiva, propone el recurrente que se está en presencia de una concausa que ameritaba acoger la excepción de exposición imprudente al riesgo y rebajar las indemnizaciones concedidas.

CUARTO: Que, en un tercer capítulo, se identifica como infracción la errada aplicación del artículo 41 de la Ley N° 19.966, a la hora de determinar la cuantía de las indemnizaciones por daño moral. Ello, por cuanto los montos concedidos no son condignos al hecho, sus circunstancias y sus efectos, invocando, a modo de comparación, la causa de esta Corte Suprema Rol N° 134-2019, donde se concedió una indemnización de \$ 45.000.000 para cada padre, y \$ 10.000.000 para una hermana de un niño fallecido. Concluye que, de este modo, lo aquí otorgado es desproporcionado debido a que no se atendió a parámetros jurisprudenciales ni al baremo confeccionado para este fin, reconociendo que este estudio no resultaba vinculante para los jueces del grado.

QUINTO: Que, al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo, el recurrente afirma que, de no haberse incurrido en ellos, la demanda debió ser rechazada o la indemnización reducida.

SEXTO: Que, al comenzar el examen del primer capítulo del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene precisar que el reproche concreto que se formula consiste en haberse elevado a nivel de certeza el vínculo causal entre la ausencia de lectura de la ficha clínica del paciente por el anestesista y el resultado dañoso, traducido en el 100% de discapacidad que padece el niño G.J.C.G., en circunstancias que ciertos instrumentos allegados al proceso, a los que debió otorgarse valor de plena prueba, indicaban que se estaba en presencia sólo de una probabilidad.

Cabe destacar, en principio, que es incorrecto afirmar que, en materia civil, el estándar exigible para la acreditación de una determinada circunstancia de hecho sea la certeza. A tal conclusión se ha de arribar si se considera que todo ejercicio probatorio, cualquiera sea la materia jurídica de que se trate, se dirige a la reproducción de un hecho pasado, extinto, que no puede ser percibido directamente por el juez, por lo que siempre se está frente a un juicio de hecho probabilístico, que excluye la convicción absoluta o certeza (Vid. Jorge Larroucau Torres, *"Hacia un estándar de prueba civil"*. Revista Chilena de Derecho, volumen 39, N° 3, Santiago de Chile, 2012. Disponible en Scielo: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>).

Piénsese, por ejemplo, que en el orden criminal el estándar de convicción se encuentra expresamente regulado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, norma que ordena condenar incluso existiendo duda, con tal que ella no sea razonable. Si bien en materia civil no existe una norma semejante, es pacífico en doctrina que, atendidas las consecuencias de la decisión, aquí el umbral o estándar resulta menos intenso, postulándose que el adjudicador debe estarse a la hipótesis cuya probabilidad de ocurrencia prevalezca al supuesto contrario.

Ahora bien, en nada obsta a lo que se viene diciendo el que nos encontremos inmersos en un sistema de prueba legal o tasada, que asigna de antemano el valor probatorio que debe atribuirse a cada medio de convicción, pues de lo que se trata, en el caso concreto, es de analizar la suficiencia de una hipótesis para satisfacer un requisito de operatividad de una institución jurídica, y no de determinar si un hecho preciso y determinado ha ocurrido.

Así, en la controversia de autos la pregunta que subyace al cuestionamiento formulado en el recurso consiste en si la probabilidad de ocurrencia de la ence-

falopatía hipóxico-isquémica sufrida por el menor G.J.C.G., incluso para el caso de haberse cumplido por el médico anestesista su obligación de lectura previa de la ficha del paciente, impide dar por concurrente la relación causal entre aquella omisión y las consecuencias del cuadro diagnóstico antes referido.

De lo que se viene diciendo se desprende que la respuesta a aquella interrogante es negativa, al existir antecedentes que permiten concluir que tal probabilidad no prevalece sobre el supuesto contrario, consistente en la aptitud de la debida diligencia para suprimir el daño. En efecto, en el mismo acto administrativo invocado por el recurrente, esto es la Resolución Exenta del Servicio de Salud de Antofagasta N° 2.235 de 18 de mayo de 2017, que en copia digital obra adjunta a la presentación folio N° 1 del expediente electrónico de primera instancia, se lee que *“los medicamentos utilizados en anestesia son, en general seguros”*, pero que, a pesar de ello, *“siempre existe la posibilidad de potenciales efectos adversos”*, presentado, los pacientes pediátricos con trastornos neurológicos, *“un riesgo mayor de presentar depresión respiratoria tras la administración de estos agentes anestésicos”*, riesgo que *“puede minimizarse de forma considerable con una adecuada preparación previa a la realización del mismo”*, agregando que *“la mayoría de los efectos adversos son evitables”*. Más adelante, se afirma categóricamente que *“todos los efectos adversos pueden evitarse o minimizarse en la medida que se cumplan a cabalidad los procedimientos y protocolos médicos establecidos”*.

Corolario de lo indicado, la hipótesis de supresión del resultado dañoso mediando la debida diligencia resulta evidentemente prevaleciente al riesgo, siempre existente pero mínimo, de haberse producido iguales consecuencias a todo evento, constatación que es suficiente para dar por concurrente el nexo causal, como correctamente fue concluido en la sentencia recurrida.

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta al segundo capítulo del recurso de nulidad, sustentado en la incorrecta valoración de la ficha clínica a la hora de desechar la excepción de exposición imprudente al riesgo, por cuanto aquel instrumento daba cuenta del pésimo aseo dental del paciente, debe concluirse que esta alegación no resulta jurídicamente atingente. Ello, por cuanto cualquiera sea la conducta del sujeto que requiere asistencia médica en un establecimiento de salud –o de la persona a su cargo–, no se ve alterado el deber de diligencia exigible al funcionario encargado de brindar las prestaciones necesarias para la satisfacción de tal necesidad, quien debe obrar con igual esmero sea que la patología haya surgido con motivo de un hecho propio del enfermo o por alguna razón externa a él.

Por lo demás, en el caso específico de que se trata, el resultado dañoso no constituye una consecuencia directa de la patología de base que, a juicio del recurrente, habría surgido por la negligencia del paciente o su familia. En efecto, la encefalopatía hipóxico-isquémica padecida por el niño G.J.C.G. no encuentra origen en los problemas dentales y maxilofaciales que lo llevaron a requerir asistencia médica, sino en la aplicación de agentes anestésicos sin consideración a sus circunstancias particulares, no pudiendo sostenerse que exista una relación necesaria ente la patología y la omisión objeto del reproche.

Finalmente, es necesario resaltar que la infracción de ley que aquí se analiza resulta contradictoria con el primer aparatado del recurso de casación, pues aquí se plantea que deben atenuarse las consecuencias de la responsabilidad concurrente, en tanto que, al comienzo del arbitrio, se alega que no concurren los requisitos

para la declaración de la misma responsabilidad. A este respecto cabe recordar que, tal como se ha dicho con anterioridad por esta Corte Suprema, este medio de impugnación no admite formulas genéricas de denuncia de transgresión de disposiciones legales, ni errores de derecho alternativos o subsidiarios, ni tampoco peticiones del mismo tipo, sino que éstas deben ser claras y categóricas (V.g. SCS Rol N° 59.703-2020).

OCTAVO: Que, finalmente, en lo relativo al tercer capítulo en que se sustenta este arbitrio, elaborado sobre la base de la desproporción entre el daño causado y el monto concedido a título de reparación, resulta aplicable la misma consideración desarrollada en el párrafo final del motivo precedente, pues la morigeración de la indemnización aparece como contradictoria con la ausencia de responsabilidad propuesta por el Servicio de Salud al comienzo de su recurso, circunstancia que obsta al éxito del reproche que aquí se analiza.

A mayor abundamiento, la comparación efectuada por el recurrente resulta inoficiosa, pues el caso referencial no es asimilable a las circunstancias concretas establecidas en esta causa, donde, a causa del hecho constitutivo de falta de servicio, un niño de 5 años resultó con un 100% de discapacidad física y cognitiva, consecuencia permanente, irreversible, y especialmente intensa que justifica el trato diferenciado que se denuncia.

NOVENO: Que, por todo lo antes expresado, habiéndose descartado la concurrencia de las infracciones esgrimidas por el recurrente, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

En conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación folio N° 16763-2020, en contra de la sentencia de trece de abril de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Se previene que el Ministro Jorge Zepeda Arancibia (S) estuvo por rechazar el recurso teniendo presente las consideraciones del fallo, con excepción de las de los acápites primero a cuarto del razonamiento Sexto.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Pierry.  
Rol N° 59.715-2020.

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. Jorge Zepeda A., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Pedro Pierry A.

## CORTE SUPREMA

(15.4.2020)

### Herman Pacheco, Patricio, c/Municipalidad de Recoleta (Nulidad de derecho público/autoridad demandada no puede allanarse a la demanda)

Santiago, quince de abril de dos mil veinte.

Al escrito folio N° 75.816 2019: a sus antecedentes. Vistos:

En estos autos rol N° 29002 2019 caratulados “Herman con Municipalidad de Recoleta”, juicio ordinario seguido ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de esta ciudad que confirmó la sentencia de primer grado que rechazó la demanda de nulidad de derecho público.

Se trajeron los autos en relación.

#### I. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

PRIMERO: Que, en un primer acápite, se acusa que la sentencia impugnada incurrió en la causal de casación prevista en el N° 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que cuestionó la legitimación activa y pasiva de la presente demanda, aun cuando dicha materia no fue sometida a su conocimiento. Refiere que la nulidad de derecho público de los actos administrativos impugnados en autos, es de interés de la Fundación presidida por Patricio Herman, cuyo objetivo es “transparentar las decisiones de inversión pública y privada que afectan a la ciudad, defender el patrimonio histórico de identidad urbana”. Además, refiere, el Sr. Herman es un consultor urbanístico y, por lo tanto, es evidente que éste tiene a lo menos un interés legítimo en velar por el patrimonio arquitectónico y urbanístico de la ciudad de Santiago y, en especial, de un barrio icónico como lo es el barrio de Bellavista. Añade que, en virtud de lo anterior, por medio del allanamiento, su parte aceptó expresamente las pretensiones del demandante y, por lo mismo, no interpuso excepciones que cuestionasen la calidad de legítimo contradictor el demandante.

Por otro lado, refiere que la sentencia recurrida se pronunció sobre la supuesta legitimación pasiva del demandado, aun cuando dicha materia tampoco fue sometida a su decisión, señalando que sería la sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista (DIB) en su posición de propietaria del Conjunto Armónico Bellavista (CAB) la que detentaría la calidad de legítima contradictora del actor. Lo anterior no es efectivo, toda vez que la acción de nulidad de derecho público cuestiona un acto que emana de la Administración del Estado, razón por la cual el sujeto activo en contra del cual se debe dirigir es alguno de los órganos públicos que lo dictó. Por otro lado, sostiene, la sentencia recurrida cuestionó el allanamiento de su representada aun cuando dicha materia no fue sometida a su conocimiento, por lo que se excedió en los límites de lo sometido a su conocimiento y competencia,

correspondiéndole al efecto otorgar el valor procedimental que legalmente se prevé frente a la actitud del demandado y resolver lo que en Derecho corresponde.

SEGUNDO: Que, en el siguiente acápite se acusa que la sentencia recurrida no cumplió con el requisito establecido en el N° 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, incurriendo en la causal de casación consagrada en el artículo 768 N° 5 del mismo cuerpo normativo, toda vez que lo resuelto no se funda en una valoración y consideración de los documentos acompañados al proceso. En este aspecto, sostiene que si la sentencia hubiera realizado un correcto análisis de los antecedentes que constaban en el expediente: i) No habría cuestionado ni la legitimación activa del demandante ni la legitimación pasiva; ii) No habría cuestionado la decisión de la Municipalidad de allanarse a la demanda; y, iii) Habría declarado la nulidad de derecho público de los permisos de edificación impugnados.

Respecto del punto i) antes reseñado, refiere que un correcto análisis de los antecedentes le permitiría al sentenciador advertir que el demandante es Presidente de una Fundación que se dedica a velar por el patrimonio urbanístico y arquitectónico de la ciudad y que, una construcción ilegal como el Conjunto Armónico Bellavista, afecta a toda la ciudadanía. Asimismo, habría advertido que el actor es consultor urbanístico y, en tal calidad, tiene a lo menos un legítimo interés en el patrimonio urbanístico de la ciudad y de un barrio histórico como el Barrio Bellavista.

Por otro lado, en relación a la revisión de la legitimación pasiva de la demandada, no consideró ni valoró que mediante resolución de 1° de abril de 2019, la empresa titular de los permisos de edificación fue admitida como tercero excluyente en autos y, en tal calidad, pudo ejercer sus respectivas defensas, por lo que ejerció sus derechos de defensa en el presente juicio y, en dicho sentido, no existen problemas con la legitimación pasiva de la demanda.

Respecto del punto ii), sostiene que la fundamentación de la sentencia recurrida no consideró que la actitud procesal de su representada obedeció al fallo dictado por la Corte Suprema, en la causa Rol N° 25.478 2016, en el que se señaló que antes de decretar la demolición del Conjunto Armónico Bellavista, era necesario invalidar sus permisos de edificación, ya sea en sede administrativa o judicial.

Por lo demás, su parte acompañó en la causa distintos antecedentes que acreditan que su representada, de manera constante y uniforme, ha sostenido que los permisos de edificación que amparan el Conjunto Armónico Bellavista son ilegales y, por lo tanto, la actuación verdaderamente inconsistente habría sido defender la legalidad de los actos en la presente sede.

Finalmente, respecto del punto iii), refiere que la sentencia recurrida carece de fundamentación, puesto que no se refirió a los abundantes antecedentes que constaban en el proceso, los que acreditan que los permisos de edificación impugnados infringen la normativa urbanística y, por lo tanto, debían ser declarados nulos de derecho público.

TERCERO: Que, en el siguiente acápite, se acusa que el fallo impugnado incurrió en la causal de casación prevista en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación al N° 6 del artículo 170 del mismo cuerpo normativo, pues no decidió el asunto controvertido, vinculado a la determinación respecto de si los permisos de edificación del Conjunto Armónico Bellavista son ilegales por infringir

la normativa urbanística que regula las alturas máximas permitidas por el Plano Regulador de Recoleta.

CUARTO: Que, haciéndose cargo esta Corte del vicio de casación previsto en el cuarto numeral del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, se dirá que dicha norma estatuye la ultra petita como uno de los vicios formales que pueden afectar a una sentencia, trayendo aparejada la nulidad de ella. El citado defecto contempla dos formas de materialización, la primera de las cuales consiste en otorgar más de lo pedido, que es propiamente la ultra petita, mientras que la segunda se produce al extenderse el fallo a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, hipótesis que se ha denominado extra petita. Asimismo, según ha determinado uniformemente esta Corte Suprema, el fallo incurre en ultra petita cuando, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas, cambiando su objeto o modificando su causa de pedir. La regla anterior debe necesariamente relacionarse con lo prescrito en el artículo 160 del Código antes citado, de acuerdo al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio. Por consiguiente, el vicio formal en mención se verifica cuando la sentencia otorga más de lo que las partes han solicitado en sus escritos de fondo demanda, contestación, réplica y dúplica por medio de los cuales se fija la competencia del Tribunal, o cuando se emite pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo, vulnerando de ese modo el principio de congruencia, rector de la actividad procesal.

QUINTO: Que la doctrina comparada ve en la denominada ultra petita en el doble cariz antes descrito un vicio que conculca un principio rector de la actividad procesal, cual es como ya se dijo el de la congruencia y que ese ataque se produce, precisamente, con la “incongruencia” que pueda presentar una decisión con respecto al asunto que ha sido planteado por los que litigan. El principio de congruencia se basa en diversos fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. Primeramente, busca vincular a las partes y al juez al debate y, por tanto, conspira en su contra la falta del necesario encadenamiento de los actos que lo conforman, a los que pretende dotar de eficacia. Así, se trata de un principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, al mismo tiempo que cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso.

SEXTO: Que, en nuestro ordenamiento, no existe un conjunto de disposiciones que regulen en forma orgánica la institución en referencia, la estructuren en sus presupuestos y efectos, pero no por ello es desconocida, por cuanto distintas normas se refieren a ella sea directa o indirectamente, tal como es el caso del precepto contenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que regula el contenido de las sentencias.

SÉPTIMO: Que, respecto a los efectos que genera la transgresión de la congruencia, aquéllos se sitúan en la teoría de la nulidad procesal, que permite invalidar

los actos que la contravienen. Según lo reflexionado en los motivos precedentes, una sentencia deviene en incongruente en caso que su parte resolutive otorgue más de lo pedido por el demandante o no otorgue lo solicitado, excediendo la oposición del demandado o, lo que es lo mismo, se produce el señalado defecto si el fallo no resuelve los puntos objeto de la litis o se extiende a puntos que no fueron sometidos a la decisión del tribunal. De modo que, en lo dispositivo de la sentencia, el tribunal ha de decidir las acciones y excepciones, conforme a las argumentaciones que las respaldan, también teniendo presente la forma en que se ha ejercido la defensa respecto de unas y otras, la que, junto a las alegaciones y defensas, constituye la controversia que endereza el curso del procedimiento; parámetro que se mantiene luego al argumentarse el agravio al interponer los recursos judiciales que sean procedentes.

OCTAVO: Que, en síntesis, a través de la causal en estudio se sanciona la transgresión de la congruencia por cuanto constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo, la congruencia, es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley. Estos derechos y garantías fundamentales no solo se vinculan con la pretensión y oposición, sino que con la prueba y los recursos, en fin se conectan con el principio dispositivo que funda el proceso civil.

NOVENO: Que, comenzando el análisis concreto del arbitrio, corresponde determinar si el tribunal incurrió en la causal alegada, al establecer la falta de legitimación activa y pasiva en los presentes autos. Se debe precisar que el fundamento último de la alegación radica en la circunstancia de no haber opuesto las referidas excepciones ni alegado tal circunstancia la Municipalidad de Recoleta, en atención a que se allanó a la demanda. Al respecto, se debe señalar que, como se analizará con posterioridad, el allanamiento presentado en autos, no produjo los efectos alegados por la demandada, toda vez que recae en una materia en la que no es procedente. Ahora bien, lo relevante, en el punto en análisis, es que desde la perspectiva del vicio de nulidad invocado, esto es, ultra petita, solo cabe descartar el arbitrio, toda vez que, como lo ha resuelto esta Corte, la legitimación activa y pasiva constituye un presupuesto de la acción que el tribunal debe examinar. En efecto, la legitimación procesal es la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada, en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso. La sola capacidad procesal no basta para formular una pretensión y para oponerse a ella en un proceso, sino que es necesaria una condición más precisa y específica referida al litigio mismo. Se ha señalado: “Esta condición de la sentencia favorable se puede designar con el nombre de cualidad para obrar (...) preferimos nuestra vieja denominación de legitimatio ad causam (o legitimidad para obrar). Con ella se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de

Legitimatio ad processum se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros". (Giuseppe Chiovenda, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Volumen I, *Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones*, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, 1989).

Puede ocurrir que exista falta de legitimación o una legitimación incompleta, como cuando al existir más de un sujeto a quien afecta la pretensión, la ausencia de llamamiento de alguno de ellos a juicio deriva en la exclusión del debate jurídico del omitido y la subsecuente imposibilidad de imponer los efectos derivados de cualquier pronunciamiento al que no ha sido emplazado. Entonces, es menester llamar a juicio a todos los titulares pasivos de la relación, quienes puedan verse alcanzados por los efectos de la cosa juzgada, cuyo carácter es eminentemente relativo e incumbe exclusivamente a las partes, y no daña ni aprovecha a terceros (*res inter alios iudicatus aliis no praeiudicare*).

Tratándose de una acción de nulidad de derecho público, cuyo objeto es la anulación de un acto administrativo que constituyó derechos a favor de terceros, resulta claro que la demanda debe ser dirigida tanto contra la autoridad que emitió el acto como contra las personas cuyos derechos o intereses pudieran quedar afectados por la pretensiones del demandante. Si falta alguno de ellos, la relación procesal será defectuosa y el juez no podrá entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Interesa destacar que la legitimación no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia, cuestión que debe ser establecida por el juez aún cuando las partes del pleito no hayan enarbolado entre sus defensas la falta de legitimación activa o pasiva o lo hicieren extemporáneamente. En efecto, si de la prueba rendida no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, toda vez que, en estas condiciones, la acción no corresponde al actor o contra el demandado o la relación procesal ha sido defectuosa porque no han concurrido al pleito todos aquellos que tienen derechos involucrados directamente con la cuestión controvertida, razón por la que no es posible establecer que el fallo impugnado haya incurrido en la causal de casación que se le imputa, toda vez que la legitimación procesal íntegra es una materia que los sentenciadores deben analizar aún de oficio.

DÉCIMO: Que, por otro lado, la base central sobre la que se construye la ultra petita acusada radica en la circunstancia de haberse allanado el órgano público a la demanda incoada, cuestionando indebidamente la sentencia impugnada tal circunstancia, incurriendo en el vicio denunciado. Para resolver el punto planteado por el recurrente, se debe tener presente que el allanamiento "es el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones del actor". (Rodríguez Papic, Ignacio. *Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Editorial Jurídica de Chile, octava edición, Santiago, 2017, pp. 85. Al respecto, es indispensable señalar que no basta la simple presentación de un escrito de esta naturaleza, toda vez que es el tribunal el que debe revisar su procedencia, examen que se vincula con aspectos sustanciales de aquello que se debate en un juicio concreto, pues no puede olvidarse que el allanamiento no puede recaer respecto de derechos indisponibles, irrenunciables o materias vinculadas al orden público. En efecto, en cuanto al objeto de allanamiento, "solo puede referirse a los derechos privados, renunciables y, por

consiguiente, no será admisible él si se está renunciando a otra clase de derecho (art. 12 del CC). Tampoco puede el demandado allanarse a demandas que digan relación con el estado civil de las personas; ni si la demanda se refiere a derechos ajenos o derechos que no existen". En el mismo sentido, al fijar los límites, se ha dicho: "es improcedente en procesos no regidos por el principio dispositivo como acontece en los relativos al estado civil de las personas; en procesos en los cuales existen derechos irrenunciables, como el fuero maternal; en los que se puede afectar el orden público o cuando se utiliza para perjudicar a terceros, que son las situaciones de fraude procesal". (ob. cit., pág. 86).

En términos similares, se ha referido que hay casos en que la aceptación de la demanda por parte del demandado ni siquiera produce los efectos señalados en el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil: "En otros términos, a pesar de que el demandado acepte la demanda contraria, el juez tendrá la obligación de recibir la causa a prueba; y ello acontecerá cuando en el juicio esté comprometido el orden público o el interés general de la sociedad" (Casarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, tomo III, p. 66). Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que, en estos autos, se ejerce la acción de nulidad de derecho público solicitando decretar la ilegalidad de una serie de actos administrativos vinculados al Permiso de Edificación N° 252 del proyecto Conjunto Armónico Bellavista. Pues bien, la acción se dirigió exclusivamente en contra de la Municipalidad de Recoleta y, efectivamente, el ente edilicio al contestar la demanda se allanó a la misma. El tribunal tuvo por contestada la demanda y dio traslado para la réplica. Luego citó a las partes a oír sentencia. Así, resulta evidente que, atendido el devenir procesal de la causa, correspondía que en el pronunciamiento de la sentencia el Juez a quo realizara el control del allanamiento presentado, para efectos de establecer su procedencia en relación a las limitaciones que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, determinando los efectos del mismo.

UNDÉCIMO: Que, en este orden de consideraciones, resulta relevante señalar que la acción de nulidad de derecho público es aquella que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado, por faltar algunos de los requisitos que el ordenamiento establece para su existencia y validez.

Este enunciado evidencia con nitidez el rol que dentro de nuestro ordenamiento jurídico le corresponde a la nulidad de derecho público, como una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella.

Ahora bien, se debe señalar que, como lo ha señalado esta Corte, la materia de estos autos vinculada a la validez de un Permiso de Edificación se relaciona directamente con la aplicación de las normas que forman parte del derecho urbanístico que es definido como el conjunto de disposiciones que busca obtener un orden racional del espacio y la ciudad. Así, se ha referido que la rama en estudio "constituye como un sistema cuyo objeto son aquellos principios y normas que regulan la actividad de la autoridad pública y de los particulares en la búsqueda de un orden racional en los usos y actividades que se desarrollan en el suelo urbano y rural" ("*Naturaleza, Contenido y Principios del Derecho Urbanístico Chileno*",

Eduardo Cordero Quinzacara, RDUCN, vol. 22 N° 2 Coquimbo, 2015). Tal rama del derecho pertenece al Derecho Público Administrativo, sin embargo, tiene una serie de características propias que permiten determinar una fisonomía particular. Se ha dicho: “su contenido no solo es una proyección de los conceptos y categorías dogmáticas que emanan de dicha disciplina, sino que se integran en una trama que permite vislumbrar un sistema que se construye sobre la base de principios que son propios y que la dan una identidad singular: regulación administrativizada a través de instrumentos de planificación territorial que son vinculantes; la potestad de establecer distintos regímenes o estatutos del suelo mediante su clasificación en área urbana o rural; intensa intervención administrativa en la ejecución de las obras de urbanización y de edificación; fiscalización en el cumplimiento de la normativa urbanística; facultades para restablecer la legalidad y la existencia de infracciones y sanciones de naturaleza administrativa” (ob. cit. vid).

Así, tal como lo reconocen el actor y el recurrente, existe un interés público comprometido base central de sus alegaciones por lo que es incuestionable que, al tratarse de materias vinculadas al orden público urbanístico, las cuestiones vinculadas a la ilegalidad de sus permisos no pueden ser objeto de allanamiento, pues no se trata de derechos disponibles para las partes, menos aún en el caso de autos en que el titular del proyecto inmobiliario amparado en el Permiso de Edificación antes referido ni siquiera fue emplazado, sin que se admitiera su comparecencia en primera instancia, razón por la que se vio impedido de realizar las observaciones vinculadas a la legalidad del acto administrativo que estimara pertinente antes del pronunciamiento del fallo de primer grado.

En los términos expuestos, es clara la improcedencia del pretendido allanamiento, no solo por la naturaleza de la materia discutida en autos, sino que además, a través de él, se afectan derechos de terceros que, tal como lo establece el fallo impugnado, no comparecieron en juicio. En este aspecto, se debe ser enfático en señalar que los jueces del grado no solo se encontraban facultados para controlar el allanamiento presentado y determinar su eficacia, sino que aquello era una labor que debía realizar perentoriamente, aún cuando ninguna de las partes del proceso lo hubiera cuestionado.

DUODÉCIMO: Que, respecto del segundo capítulo del recurso de nulidad formal, esto es, la falta de consideraciones de hecho y de derecho, se debe consignar que él solo concurre cuando la sentencia carece de fundamentos fácticos o jurídicos que le sirvan de sustento, es decir, cuando no se desarrollan los razonamientos que determinan el fallo y el mismo carece de normas legales que lo expliquen. Requisitos que son exigidos a las sentencias por la claridad, congruencia, armonía y lógica que deben observar en sus razonamientos.

DECIMOCUARTO (sic): Que la sola exposición del arbitrio deja al descubierto que no se alega la falta absoluta de consideraciones, sino que aquello que se esgrime es que el análisis realizado por los jueces del grado, en relación a la determinación de la falta de legitimación activa y pasiva, es errado, porque según la ponderación específica que hace el recurrente, es factible determinar que el actor tiene legitimación activa y que la sola comparecencia de la titular del Permiso de Edificación en segunda instancia es suficiente para descartar su indefensión, señalando que el legitimado pasivo, en una causa de esta naturaleza siempre

es el órgano público de quien emana el acto. Tales razonamientos, sin duda, se condicen con un descontento en relación a la valoración de los antecedentes y/o con los argumentos entregados por los jueces del grado, empero, en caso alguno configuran la causal de casación esgrimida. En efecto, en este punto es importante recalcar que el vicio invocado está constituido por la ausencia total de consideraciones y no porque las que contenga el fallo no sean del agrado del recurrente o éste no las comparta. Similares argumentos son aplicables en relación a la falta de ponderación de los antecedentes vinculados a la determinación de ilegalidad del acto administrativo, debiendo señalar que, en este último aspecto, además, el arbitrio carece de influencia en lo dispositivo del fallo. En efecto, conforme lo dispone el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el vicio de forma que puede causar la anulación de una sentencia debe ser corregido cuando el afectado haya sufrido un perjuicio solo reparable con la invalidación del fallo o cuando ha influido en lo dispositivo del mismo. Así, al estar rechazada la demanda por falta de legitimación activa y pasiva, resultaba del todo innecesario pronunciarse respecto de la legalidad de los actos administrativos impugnados en autos, razón por la que el vicio invocado, relacionado a la ponderación de los antecedentes que, en concepto de la recurrente, permitían establecer la nulidad de los actos administrativos impugnados, carece de influencia en lo dispositivo del fallo.

DECIMOQUINTO: Que, en cuanto al último capítulo de casación en que se acusa que el fallo incurrió en la causal de casación prevista en el 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 170 N° 6 del mismo código, se debe precisar que dicho vicio formal concurre en el caso que la sentencia impugnada carezca de decisión del asunto controvertido, debiendo el pronunciamiento comprender todas y cada una de las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, salvo aquellas que sean incompatibles con las aceptadas. De manera que no puede configurarse en el evento que esta determinación exista.

La sola lectura de la sentencia impugnada permite establecer que ésta satisface el requisito, toda vez que confirma el fallo de primer grado que tiene un pronunciamiento expreso, en lo resolutivo, respecto del rechazo de la demanda. Al vincular aquello con la parte considerativa fluye que el rechazo se fundó en la falta de legitimación activa, falta de legitimación pasiva derivada de la circunstancia de no haber emplazado al titular del Permiso de Edificación cuestionado y beneficiario de los actos administrativos cuya nulidad se requiere, señalando, a mayor abundamiento, que el actor no acreditó la efectividad de sus asertos en relación a la infracción de la normativa urbanística, dejando expresa constancia que este último razonamiento era innecesario por cuanto es incompatible con lo resuelto en relación a la falta de legitimación constatada. Como se observa, existe un pronunciamiento expreso de rechazar la demanda, por razones que impiden un pronunciamiento de fondo de la acción ejercida, empero, incluso en este último escenario, se rechaza la acción por falta de prueba, refiriendo que el solo allanamiento a la demanda de la autoridad de quien emana el acto administrativo es insuficiente para tal efecto.

DECIMOSEXTO: Que por lo expuesto, el recurso de casación en la forma, no podrá prosperar.

## II. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

DECIMOSÉPTIMO: Que, en el primer acápite, se acusa que el fallo impugnado infringió los artículos 6 y 7, 19 N° 3 y N° 14 y 38 de la Constitución Política de la República, artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880 y el artículo 2 de la Ley N° 18.575 al establecer que el actor carece de legitimación activa.

Explica que se encuentra legitimada para demandar la nulidad de derecho público toda persona que tenga un interés legítimo en el resultado del juicio. En este aspecto, sostiene, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en señalar que se encuentra legitimado para accionar la nulidad constitucional, cualquier persona que tenga interés en juicio, sin exigir que aquel interés sea pecuniario o patrimonial o que exista un derecho subjetivo lesionado. Para determinar la existencia de un interés legítimo se debe acudir a la teoría del “círculo de intereses suficientes”. Puntualiza que el interés legítimo no solo se refiere a un interés individual, sino que también incluye a los intereses colectivos.

Así, para determinar el “círculo de intereses suficientes” para demandar la nulidad de derecho público de actos administrativos que infringen la legalidad urbanística, se debe establecer a quiénes puede afectar la construcción de un proyecto inmobiliario, atendida sus características que es específica.

En el caso concreto, sostiene, el demandante cuenta con un interés legítimo para demandar, puesto que están legitimadas, a lo menos, las organizaciones sin fines de lucro, urbanísticas y los profesionales en la materia, más aún si consideramos que el Conjunto Armónico Bellavista se encuentra emplazado en el histórico barrio de Bellavista. Así, en la especie, el demandante cumple con este presupuesto. Enfatiza que al actor le asiste la pretensión en su calidad de Presidente de la Fundación Defendamos la Ciudad, corporación sin fines de lucro, que tiene por objeto defender el patrimonio arquitectónico, urbanístico, cultural y medio ambiental de la ciudad. Asimismo, el demandante es un consultor urbanístico que se dedica a la protección del patrimonio urbanístico de la ciudad de Santiago. En consecuencia, la sentencia recurrida yerra al concluir que al demandante no le asiste la calidad de legitimado activo.

DECIMOCTAVO: Que el fallo recurrido infringió los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República al cuestionar la circunstancia vinculada a la falta de emplazamiento de Desarrollo Inmobiliario Bellavista, puesto que la doctrina y la jurisprudencia han sido claras en manifestar que la acción de nulidad de derecho público tiene como finalidad el reconocimiento y declaración judicial del vicio que invalida a un acto administrativo, el que emana de la Administración del Estado, que es el sujeto activo (*sic*) en contra del cual se debe dirigir la acción en cuestión. La conclusión anterior no obsta a que, en el transcurso del juicio, el tercero que se ha visto beneficiado de los actos administrativos impugnados pueda comparecer en juicio a defender el acto, como un tercero coadyundante o excluyente según sean las circunstancias de cada caso, tal como aconteció en autos. En consecuencia, sostiene, la sentencia recurrida ha infringido las leyes que regulan la legitimidad pasiva en la nulidad de derecho público.

DECIMONOVENO: Que, en el tercer capítulo del arbitrio, se acusa que el fallo conculcó el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 63, letra a)

de la Ley N° 18.695, al cuestionar el allanamiento presentado en autos, soslayando que la última norma otorga al Alcalde la facultad de decidir la estrategia judicial de defensa de la Municipalidad en los juicios en que ésta ha sido demandada. Así, el allanamiento es una actitud que legítimamente puede adoptar la parte demandada frente a la pretensión deducida. En este aspecto, sostiene que la sentencia recurrida impuso cargas o requisitos adicionales para el allanamiento y desconoció la facultad del Alcalde para representar judicialmente a la Municipalidad.

VIGÉSIMO: Que, en el siguiente apartado, se acusa que el fallo infringió los artículos 19 N° 3, N° 14 y 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, al no pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido, vulnerando el principio de inexcusabilidad que es la garantía de igual protección de los derechos y defensa jurídica del ciudadano. El asunto que fue sometido al conocimiento y resolución del Tribunal fue la determinación de la existencia de vicios en los Permisos de Edificación impugnados, cuestión que no fue resuelta, sustentándose la decisión en aspectos no planteados ni controvertidos por las partes. En este sentido, la sentencia recurrida no zanjó la controversia jurídica del caso de autos, esto es, si los Permisos de Edificación que ampararon la construcción del Conjunto Armónico Bellavista se sujetaron o no a la normativa urbanística y al Plano Regulador de Recoleta.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en el siguiente capítulo de casación, se acusa que la sentencia infringió el artículo 342 N° 3 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1700 del Código Civil al no declarar la nulidad de derecho público de los Permisos de Edificación, aun cuando de los antecedentes consta que éstos son ilegales, desatendiendo las pruebas aportadas al juicio. Adicionalmente, sostiene, al no pronunciarse sobre el fondo del asunto, la sentencia recurrida no consideró ni valoró la prueba que constaba en el expediente de la causa, la cual, acreditaba que los permisos impugnados efectivamente son ilegales. A continuación, refiere cada uno de los documentos que, según se expone, acreditarían sus asertos. Refiere que estos documentos emanan de un órgano de la Administración del Estado, fueron acompañados a juicio y no fueron objetados como inexactos por la parte contraria dentro de tercer día, por lo tanto, debían ser considerados como instrumentos públicos.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en el último acápite del arbitrio, se acusa que el fallo impugnado vulnera el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y los artículos 2.1.21 y 2.6.15 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, toda vez que los antecedentes probatorios que constaban en el expediente acreditan que los Permisos de Edificación impugnados contenían graves vicios, por lo que al no declarar la nulidad de derecho público de tales actos administrativos, se infringen las normas de derecho urbanístico que regulan la construcción de una obra como el Conjunto Armónico Bellavista, puesto que los referidos permisos se otorgaron como si el proyecto se encontrara emplazado únicamente en una zona del Plano Regulador de Recoleta el más permisivo transigiendo con la norma citada, toda vez que estaba inserto en dos zonas distintas, una que determina restricciones a la altura de las construcciones y densidad habitacional.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, para resolver el arbitrio en estudio, es relevante exponer, en lo que importa al recurso, los razonamientos de los jueces del grado para rechazar la acción:

- a) El actor no acompañó prueba alguna destinada a acreditar, tanto la calidad de Presidente de la Fundación que aduce en el texto de su demanda; como tampoco los actos administrativos cuya nulidad reclama.
- b) No obstante el allanamiento del actor, corresponde, conforme al principio “Iura Novit Curia”, decidir acerca de lo pedido en la demanda. De acuerdo a dicho principio, a las partes les cabe proporcionar los fundamentos fácticos de sus pretensiones, alegaciones y/o defensas, como asimismo indicar el derecho en que ellas se sustentan; en tanto que es el Juez quien debe resolver la controversia, pronunciándose tanto sobre los requisitos de la acción, como determinando el derecho aplicable en la especie.
- c) Que es requisito de admisibilidad de toda acción que quien la ejerza sea el legitimado activo para demandar, esto es, que tenga un interés jurídico comprometido en el acto o contrato que es materia de controversia. En esta materia, sostiene, que del escrito de demanda fluye que quien comparece, lo hace a título personal, esto es, Patricio Edgardo Herman Pacheco, señalando como su domicilio en la comuna de Las Condes, de lo que se infiere que no es vecino ni residente, y por ende, no es afectado directo y personal de las torres construidas en la Comuna de Recoleta, paño acogido a la condición de “Conjunto Armónico”, todo lo cual conlleva a establecer la falta de titularidad de quien comparece en la demanda.  
En nada obsta a lo anterior, la circunstancia que el actor haya expresado en el cuerpo de su libelo que le asiste su pretensión dada su calidad de Presidente de la Fundación Defendamos La Ciudad, toda vez que, además de no haber acreditado legalmente en el proceso la existencia de dicha Fundación, tampoco acreditó su calidad de Presidente.
- d) Las obras amparadas por el Permiso de Edificación fueron construidas por quien sería al parecer, el propietario del terreno, a saber, “Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.”, sociedad que, sin embargo, no ha sido parte en este juicio, no obstante que debió ser demandado y emplazado en este pleito, atendido los efectos que pudiera importar un eventual acogimiento de la demanda, pues ésta sería la perjudicada, por lo que detenta la calidad de legítimo contradictor del actor, en el supuesto de que éste tuviere la de legitimado activo.
- e) Sin perjuicio de lo anterior, no obstante que conforme lo preceptuado en el N° 6° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, no corresponde pronunciarse acerca de lo pedido en la demanda, por cuanto ello es incompatible con lo antes resuelto, cabe señalar que el actor, a quien incumbía el peso de la prueba en orden a acreditar la efectividad de los fundamentos fácticos de su pretensión, no aparejó al proceso ninguna prueba para justificar su dichos, omisión que obstaría al acogimiento de la demanda, pese al allanamiento de la demandada, pues no encontrándose acreditado legalmente la existencia de los actos que se pretenden nulos, no puede existir pronunciamiento acerca de su nulidad de derecho público.
- f) En cuanto al allanamiento de la demandada, quien reconoce que tales actos administrativos fueron dictados de manera irregular, cabe señalar que si bien no

existe restricción a su respecto, lo cierto es que tal actuar pugna con la conducta que deben tener y asumir los órganos que forman parte de la Administración del Estado, cual es, actuar dentro de su competencia respetando los principios de juridicidad y legalidad que establecen la carta fundamental en sus artículos 6 y 7, correspondiéndole, en virtud de ello, defender a ultranza la legitimidad de sus actos.) Desde el punto de vista de las partes, el allanamiento de la demandada a la pretensión de la actora, implicaba necesariamente que la sentenciadora acogiera la demanda sin mayores cuestionamientos, de manera casi automática, postura jurídica que no puede compartirse, pues importaría dejar la decisión del juicio a la sola voluntad de los litigantes, quienes de esta manera podrían lograr una sentencia de acuerdo a sus intereses, lo que es de suyo relevante si se consideran los atributos y efectos de una sentencia ejecutoriada.

VIGÉSIMO CUARTO: Que este Tribunal considera relevante señalar que, en la especie, la Municipalidad de Recoleta carece de agravio que le permita sostener el recurso en estudio. En efecto, los razonamientos expuestos en los fundamentos décimo y undécimo, dejan de manifiesto que en la materia discutida en autos, vinculada a una regulación de orden urbanístico, no cabe el allanamiento del órgano público como base suficiente para decretar la nulidad de derecho público, pues se está en presencia de derechos que no son disponibles únicamente para la autoridad estatal, en la medida que han generado derechos para terceros que no han sido emplazados en juicio. La trascendencia de aquello radica en que la Municipalidad, más allá de su fallido allanamiento, no ha mutado su carácter de demandado cuestión que es desconocida en su recurso. Así, lo relevante es que en estos autos el actor no dedujo recurso de casación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, es decir, se conformó. En consecuencia, no resulta admisible que el demandado, ante una sentencia que rechaza la acción en todas sus partes, pretenda impugnarla sustituyendo la actividad de la parte demandante y, esgrimiendo vicios que, en última instancia solo pueden afectar a aquél, cuestión que por sí sola permite desechar el arbitrio en estudio, toda vez que, como se sabe, el agravio es un requisito esencial para sostener cualquier tipo de recurso procesal.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Corte considera relevante realizar el análisis del primer capítulo de casación que denuncia que el fallo recurrido incurrió en un error de derecho al establecer la falta de legitimación activa del actor.

En esta materia, se ha señalado que, para determinar la legitimación activa en la acción de nulidad de derecho público, es imprescindible realizar una distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular, las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, “erga omnes” y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 151 de la Ley N° 18.695, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas presentan las características de ser declarativas de

derechos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante, estas últimas, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad. (CS Roles N° 12032006, N° 3237 2007, 2858 2008 y 2698 2008, entre otros).

VIGÉSIMO SEXTO: Que estas acciones, en el derecho comparado, particularmente en el derecho francés, de donde proviene la distinción, reciben el nombre de “recurso por exceso de poder” y “recurso de plena jurisdicción”. Esta última, que corresponde a la acción declarativa de derechos, se denomina de “plena jurisdicción” por cuanto el tribunal puede hacer todo lo que corresponda, para declarar un derecho a favor de un particular, incluso pronunciar la nulidad de un acto, pero, solo con el propósito de declarar un derecho, teniendo por lo tanto la nulidad, efectos relativos al juicio en que se pronuncia. El “recurso por exceso de poder”, o acción de nulidad, en cambio, tiende a obtener la anulación de un acto administrativo, con efectos generales, “erga omnes”, no requiere de un derecho subjetivo lesionado, bastando para tener legitimación, poseer un interés legítimo en la anulación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en la especie, la acción de nulidad de derecho público ha sido ejercida como una especie de “recurso por exceso de poder” de la doctrina del derecho administrativo, y no un recurso de plena jurisdicción, toda vez que en definitiva a través de la acción incoada solo se busca la declaración de nulidad de los actos administrativos impugnados, sin que se busque una declaración de derechos en favor del actor, lo que determina que para tener legitimación activa no sea necesario invocar un derecho subjetivo lesionado. Ahora bien, también se ha señalado por esta Corte que las acciones contempladas en nuestra legislación como símil de los recursos de exceso de poder, se distinguen por estar sometidas a plazos breves de interposición, bastando para incoarlas la existencia de un interés legítimo. Pues bien, en el presente caso, se utiliza la acción de nulidad de derecho público como una acción de exceso de poder, por lo que cabe precisar qué categoría de interés le es exigible. En esta labor, ha resuelto esta Corte, en juicios de igual naturaleza, que debe existir más que un simple interés legítimo, pues es necesaria una afectación más intensa y directa que para aquellos casos en que se ejerce una acción que se ajusta plenamente a lo que la doctrina denomina recurso por exceso de poder. Sin embargo, lo reseñado, no implica exigir la existencia de un derecho subjetivo lesionado, sino que más bien se trata de una situación intermedia, en que el acto que se trata de impugnar afecte directamente al sujeto que acciona, en razón de las ilegalidades que se atribuyen, afectando de esta manera su situación jurídica, descartando que se trate de una acción popular.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, una vez asentado lo anterior, se debe tener presente, además, que es evidente que debe existir una vinculación mínima entre quién acciona y el objeto del juicio, que es lo que determina la existencia del interés legítimo que cumpla con el estándar descrito en el considerando precedente. Es decir, debe existir un grado de conexión entre el interés que aduce el actor y las ilegalidades que se reclaman.

VIGÉSIMO NOVENO: Que lo expuesto precedentemente reviste la máxima relevancia. En efecto, tal como lo señalan los jueces del grado, el actor Patricio Herman Pacheco comparece a título personal, sin que tenga domicilio en la comuna de Recoleta en la que se emplaza el proyecto Conjunto Armónico Bellavista, pues fijó su domicilio en la comuna de Las Condes. En este escenario, es evidente que carece de legitimación activa, toda vez que ésta no puede construirse a partir de la supuesta calidad de consultor urbanístico, pues, más allá que tal circunstancia fáctica no ha sido acreditada en juicio, la profesión o actividad económica a la que se dedica una persona natural no puede determinar el interés legítimo que es imprescindible para ejercer una acción de nulidad de derecho público. Admitir aquello, implicaría reconocer que todas las personas que tienen la calidad de arquitectos, constructores civiles o profesiones afines tienen legitimación activa para cuestionar todos los actos de naturaleza urbanística, lo que determinaría, en definitiva, establecer la naturaleza de acción popular, que esta Corte ha descartado reiteradamente en relación a la nulidad de derecho público.

Lo anterior es sin perjuicio que, además, se insiste, esta parte del recurso se construye sobre la base de hechos no establecidos, pretendiendo que sea esta Corte la que establezca hechos diversos, no solo en relación a la actividad del actor, sino que también respecto del carácter de Presidente de la Fundación Defendamos la Ciudad y del objeto de esta última, órgano intermedio que, se recalca, no tiene la calidad de demandante y respecto del cual el actor ni siquiera acompañó antecedentes que acrediten su existencia legal. Dicha finalidad, por cierto, es ajena a un arbitrio 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 realizando un escrutinio respecto de la correcta aplicación de la ley a los hechos soberanamente asentados por los magistrados a cargo de la instancia; supuestos fácticos que no puede modificar esta Corte o asentar, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor de la prueba, cuestión que en este aspecto específico falta de legitimación activa no fue denunciada en el caso de autos.

TRIGÉSIMO: Que, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, las sentencias se construyen fijando hechos sobre la base de la prueba rendida; prueba que debe ser analizada por el tribunal de la instancia de acuerdo a normas que le indican los parámetros de valoración. A los hechos así establecidos se les debe aplicar la ley para solucionar el conflicto, y es justamente esta labor de aplicación de ley la que puede ser revisada por un tribunal de casación.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que lo expuesto determina que sea innecesario realizar un análisis de fondo del resto de los errores de derecho denunciados, vinculados a la legitimación pasiva, la procedencia del allanamiento a la demanda y la ilegalidad de los actos administrativos, toda vez que al quedar asentada la falta de legitimación activa, aquellos carecerían de influencia en lo dispositivo del fallo. En efecto, el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil dispone: “El recurso de casación en el fondo procede contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones (...) siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido subs-

tancialmente en lo dispositivo de la sentencia". Así, al estar establecida la falta de legitimación activa, cualquier error de derecho denunciado carece de influencia en lo dispositivo del fallo, pues la decisión de rechazar la demanda, atendido que falta uno de los presupuestos que determinan su procedencia, quedaría invariable.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte considera que es relevante señalar, solo a mayor abundamiento, que en la especie el allanamiento a la demanda, en los términos planteados en la causa, no es procedente, según se explicó en los fundamentos décimo y undécimo del fallo de casación que antecede, por lo que no se puede establecer que los jueces del grado hayan incurrido en un yerro jurídico al cuestionar los efectos del mismo y proceder a hacer un análisis respecto de los hechos probados en la causa y la aplicación del derecho en relación a los presupuestos de la acción de nulidad de derecho público. Además, en este orden de consideraciones, se debe consignar que, además, efectivamente la determinación de la falta de legitimación activa y pasiva impide el pronunciamiento de fondo en relación a la legalidad de los actos administrativos cuya nulidad se requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, por lo expuesto en los motivos precedentes, el recurso de casación en el fondo ha de ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la Municipalidad de Recoleta en contra de la sentencia de dieciocho de mayo de dos mil dieciocho. Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval.  
Rol N° 29.002-2019.

Pronunciada por las Ministras señoras María Eugencia Sandoval Gouet, Anglea Vivanco Martínez y María Angélica Repetto García y abogados interantes señores Diego Munita Luco y Alvaro Quintanilla Pérez.

## CORTE SUPREMA

(26.11.2020)

### Paredes Alvarez c/Establecimiento de Larga Estadía para el Adulto Mayor de El Bosque

(Recurso de protección acogido/impedimento de visitar  
a cónyuge discapacitado/afectación a la integridad  
psíquica/artículo 19 N° 1 de la Constitución)

Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil veinte.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos quinto y sexto, que se eliminan.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que don Juan Carlos Paredes Álvarez dedujo recurso de protección en contra del Establecimiento de Larga Estadía para el Adulto Mayor de El Bosque (en adelante “ELEAM El Bosque”), calificando como ilegal y arbitraria la prohibición que se le ha impuesto para comunicarse con su cónyuge Verónica del Pilar Zárate Rodríguez, interna en dicho establecimiento.

Explica el actor que su cónyuge padece de un 98% de discapacidad tanto física como cognitiva y, por esa razón, fue ingresada al ELEAM El Bosque en marzo de 2019.

Precisa que, en tales condiciones, desde abril de 2019 no ha podido tener contacto alguno con ella, tanto presencial como telefónicamente, por impedírselo el personal del establecimiento, sin que exista justificación para ello.

SEGUNDO: Que, ordenado al recurrido informar al tenor del recurso, el ELEAM El Bosque no cumplió con dicha instrucción a pesar de haberse pedido cuenta en reiteradas oportunidades. Sin embargo, mediante la presentación folio N° 21, Carabineros de Chile expresó que en causa RIT F-2396-2019, de ingreso ante el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, se dispuso la prohibición de acercamiento de don Juan Carlos Paredes a doña Verónica Zárate Rodríguez, resolución que habría perdido vigencia ante el rechazo de la denuncia por actos de violencia intrafamiliar.

TERCERO: Que la adecuada resolución de la controversia exige recordar que el artículo 131 del Código Civil establece una serie de derechos y deberes entre los cónyuges, dentro de los que se destaca el deber de socorro recíproco, el deber de ayuda mutua y el deber de respeto y protección recíproca, exigencias cuyo ejercicio, por más que se circunscriba a la relación matrimonial, debe ser respetado por la sociedad en su conjunto, en aplicación de lo previsto en el artículo 1o, inciso 2o, de la Carta Fundamental, que prescribe: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”.

CUARTO: Que, entonces, el obstáculo denunciado por el actor será legítimo sólo en caso de mediar un motivo suficientemente intenso para vencer aquellos derechos y deberes constitucionalmente reconocidos.

QUINTO: Que, en el caso concreto, Carabineros de Chile ha aclarado que la prohibición de acercamiento decretada por el Centro de Medidas Cautelares de Santiago no se encuentra vigente, en tanto que la renuencia de la recurrida impide analizar la concurrencia de circunstancias

SEXTO: Que, en otro orden de ideas, la contingencia sanitaria que actualmente vive el país no puede entenderse, por sí sola, como justificación razonable para la adopción de una medida tan drástica como la prohibición de toda forma de comunicación, siendo público y notorio que existen diversos medios de interacción y medidas de seguridad que permitirían resguardar adecuadamente la salud de los involucrados.

SÉPTIMO: Que, finalmente, el alto grado de discapacidad que sufriría la cónyuge del actor tampoco puede ser considerada como motivo suficiente para prohibir el contacto entre ambos, pues, se insiste, se está frente a derechos-deberes recíprocos, de manera tal que, incluso ante la ausencia total de capacidad de percepción o comunicación por parte de uno de los cónyuges, no sólo subsisten tales obligaciones, sino que, incluso, se intensifican.

OCTAVO: Que, por todo lo dicho, la conducta denunciada resulta tanto ilegal como arbitraria, al no ajustarse a la legalidad vigente ni a la razón, siendo apta para perturbar el derecho del actor a la integridad psíquica, conclusiones que ameritan que la presente acción cautelar sea acogida, en los términos que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se *revoca* la sentencia apelada de nueve de septiembre de dos mil veinte, y en su lugar se declara que se *acoge* el recurso de protección interpuesto por don Juan Carlos Paredes Álvarez en contra del Establecimiento de Larga Estadía Para el Adulto Mayor de El Bosque, ordenándose al recurrido adoptar todas las medidas necesarias para que el actor pueda mantener comunicación o contacto regular con su cónyuge Verónica del Pilar Zárate Rodríguez, salvo en caso de mediar orden judicial o indicación médica fundamentada que disponga lo contrario.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Quintanilla.  
Rol N° 125.692-2020.

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 Sra. Adelita Ravanales A., y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla.

CORTE SUPREMA  
24.12.2020  
Juan Ramón Fernández B./amparo  
(Rechaza amparo por libertad condicional  
improcedente/prevención)

Santiago, veinticuatro de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos cuarto a decimoctavo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

1º) Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, también llamado Estatuto de Roma, es un tratado internacional ratificado por Chile en 2009. Este instrumento establece una jurisdicción complementaria a las jurisdicciones penales nacionales para perseguir los más graves delitos internacionales, entre ellos, los de lesa humanidad. La consideración de estas reglas constituye un estándar internacional exigible para la ejecución de toda condena por los referidos ilícitos; de tal modo que las reglas del derecho interno han de interpretarse conforme al derecho internacional de los derechos humanos, y entre las interpretaciones posibles, debe preferirse la que coincida de mejor manera con este último;

2º) Que la Parte X del citado Estatuto, referido a la ejecución de las penas impuestas por tales delitos, establece en su artículo 110 que aquellas pueden reducirse o disponerse su cumplimiento alternativo, concurriendo, entre otros requisitos, que su conducta revele su disociación del crimen (conciencia del delito y del daños causado), requisitos que, como aparece del mérito de los antecedentes, no se cumplen en la especie. Dicha exigencia fue, además, recogida por el artículo 2 N° 3 del Decreto Ley 321, en su actual redacción;

3º) Que por tales motivos, debe desestimarse el amparo impetrado en estos autos.

Y que del mérito de los antecedentes aparece de manifiesto que respecto al amparado no reúnen los requisitos exigidos por el Decreto Ley N° 321 para la concesión de libertad condicional, y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se *revoca* la sentencia apelada de once de diciembre de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 2647-2020 y, en su lugar, se declara que se *rechaza* el recurso de amparo interpuesto a favor de Juan Ramón Fernández Mansilla.

Se previene que los Ministros señores Künsemüller y Valderrama, concurren a revocar el fallo en alzada, teniendo para ello presente el siguiente argumento, ya esgrimido en anteriores pronunciamientos de esta Sala:

El amparado es objeto de un juzgamiento penal en curso, seguido ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 2177-2019 –por diversos ilícitos de la misma naturaleza por el cual ha sido condenado– y fue condenado con fecha 15 de diciembre de 2020 a la pena privativa de libertad de quince años y un día, como autor de homicidio calificado de Rafael Antonio Madrid Gálvez, de homicidio frustrado de Gastón Alberto González Rojas ocurrido el 3 de octubre de 1973; de homicidio calificado de Exequiel Segundo Contreras Carrasco, ocurrido el 4 de octubre de 1973, de homicidio calificado de Carlos Leonardo Ibarra Echeverría, ocurrido el 5 de octubre de 1973; de homicidio calificado de Alberto Toribio Soto Valdés ocurrido el 7 de octubre de 1973; de homicidio calificado de José Elías Quezada Núñez y Rosalino del Carmen Retamal ocurrido el 8 de octubre de 1973 y de secuestro calificado de Daniel Hernández Orrego ocurrido el 15 de octubre de 1973, encontrándose dicha sentencia con recursos pendientes, circunstancia que impide concederle actualmente la libertad condicional, dado que la situación procesal penal del recurrente no ha sido dilucidada de manera definitiva.

Se previene también, que el Ministro señor Valderrama estuvo por revocar la sentencia apelada, teniendo presente además para ello:

1. Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° artículo 3 del Decreto Ley N° 321, el tiempo mínimo exigido para optar a la libertad condicional tratándose de un delito de homicidio calificado –ilícito por el que ha sido condenado el amparado, equivale al cumplimiento de los dos tercios de la pena impuesta.
2. Que según se desprende del mérito de los antecedentes, el amparado quien purga una condena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de homicidio calificado–, al momento de ser postulado a la Comisión de Libertad Condicional, no cumplía con el período mínimo de privación de libertad exigido por la norma antes citada, pues los dos tercios de su condena se verificaron recién con fecha 7 de noviembre del año 2020.
3. Que no obsta a lo anterior, lo dispuesto en el inciso final del artículo 4 del Decreto Ley N° 321, en cuanto preceptúa que la Comisión de Libertad Condicional podrá conceder tal beneficio respecto de los sentenciados que cumplieren el tiempo mínimo de su condena dentro de los dos meses siguientes al de la postulación, toda vez que dicha norma al utilizar la expresión “podrá” no obliga de modo alguno a la Autoridad Administrativa para otorgar la libertad condicional en tales circunstancias, sino que más bien la faculta para ello, pudiendo, en consecuencia, y de manera discrecional determinar no aplicarla, como ocurrió en el caso en revisión.
4. Que de acuerdo con lo antes expuesto y razonado, y no cumpliéndose respecto del amparado la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley de Libertad Condicional para el otorgamiento de la misma, la acción constitucional interpuesta no puede prosperar, razón por la que será desestimada.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciase.

Pronunciada por los ministros sres. C. Künsemüller L., H. Brito C., M. A. Valderrama R., J. Dahm O. y L. Llanos S.\*.

---

\*Santiago, once de diciembre de dos mil veinte.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

*Primero:* Que, comparece don Maximiliano Eduardo Murath Mansilla, abogado, domiciliado en Huérfanos N° 1117, oficina N° 601, Santiago, a nombre de Juan Ramón Fernández Berardi, actualmente cumpliendo condena en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Peuco, quien interpone recurso de amparo en contra de la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional que rechazó la postulación a la libertad condicional del segundo semestre de 2020, a la que tiene derecho, por cumplir plenamente los requisitos establecidos en la normativa aplicable.

Pide se deje sin efecto la resolución de la Comisión de Libertad Condicional que ha rechazado la libertad condicional del amparado y, verificando el cumplimiento de los requisitos legales, se otorgue la libertad condicional inmediata de Juan Ramón Fernández Berardi.

Funda su pretensión cautelar señalando que, el Tribunal de Conducta se pronuncia sobre el cumplimiento de los requisitos de los postulantes, con base a los antecedentes que, por su función, directamente conoce sobre los reos postulantes, sugiriendo a la Comisión de Libertad Condicional que el recurrente cumple con los requisitos legales para que se le otorgue la libertad condicional, cuestión ajustada a la realidad.

Señala que, no obstante lo anterior, la Comisión de Libertad Condicional ha decidido rechazarlo de modo absolutamente arbitrario e ilegal, desatendiendo todos los antecedentes que justifican el cumplimiento de cada uno de los requisitos que la ley establece para el otorgamiento de la libertad condicional, vulnerando la garantía constitucional reclamada. A ello se suma, que la misma suerte han corrido la mayoría de los internos del Penal de Punta Peuco, con la misma respuesta y falta de fundamentación, por lo que parece colegirse que, siempre, en la mente de la Comisión de Libertad Condicional existen dos requisitos adicionales que la normativa vigente no regula: “no provenir de Punta Peuco”, y “no estar condenado por delitos de lesa humanidad”.

Como primera arbitrariedad o ilegalidad denuncia que el amparado cumple con los requisitos legales nuevos para optar a la libertad condicional.

En relación con el tiempo mínimo de cumplimiento efectivo, sostiene que el actor tiene un cumplimiento de condena mayor al estipulado en la norma legal, que implica los dos tercios de la condena, ya que, en el caso concreto, lleva más de 80 meses en régimen de cumplimiento efectivo de pena, cuestión que no ha sido desvirtuada por el tribunal de Conducta o por la Comisión de Libertad Condicional.

En relación con el requisitos conductual, sostiene que, el amparado siempre ha tenido una conducta muy buena o intachable, ya que dentro del penal así lo han observado sus evaluadores, y es por ello que el Tribunal de Conducta del CPP le ha otorgado Nota Máxima (5.0), durante los últimos 4 bimestres, como lo exige la ley, pero además durante los últimos 6 años ha sido de esa manera, y además cuenta con una serie de anotaciones positivas por su participación y su cooperación en el CPP; por su participación en actividades deportivas y; por su participación en charlas educativas y por haber impartido algunas de estas mismas charlas a los demás internos, cumpliendo entonces este requisito.

En cuanto al requisito de contar con un informe favorable, sostiene que el amparado lo cumple y, además, cuenta con un historial e informes positivos y favorables psicológicos por personal de Gendarmería de Chile que lo han evaluado, y quienes anteriormente han informado que el postulante cumple con todo los requisitos que dicha norma contempla, tanto para estar en libertad en el cumplimiento de una pena, como para hacer uso de su permiso de salida dominical.

---

Hace presente que al actor se le concedió el beneficio de la salida dominical, mediante un recurso de amparo acogido, rol N° 387-2019, que fue confirmado por la E. Corte Suprema en causa rol N° 9223-2019, toda vez que se verificó el cumplimiento de todos los requisitos, incluido aquel de buen comportamiento y de informe psicológico favorable.

Resalta que, el amparado hizo uso de su permiso de salida dominical durante 11 meses, no teniendo ningún inconveniente, no siendo un peligro para la seguridad de la sociedad y cumpliendo con todas las normas al efecto, lo que le significó que, el 27 de marzo de 2020, el Consejo Técnico de Gendarmería, le reconociera su derecho al beneficio de salida de fin de semana, el cual ya está en curso, haciendo uso de éste desde hace 9 meses.

Expone que, por coherencia normativa, procesal y lógica mínima, se entiende que si una persona no es peligrosa y está capacitada psicológica y socialmente para estar en libertad los fines de semana, no puede sostenerse entonces que no está capacitada para estar en libertad en los días de semana.

En relación con el cumplimiento del requisito del inciso 2° del artículo 3 bis del D.L. 321, esto es, la colaboración o la confesión o la entrega de antecedentes en causas de derechos humanos, expone que, también ha dado cumplimiento a este requisito adicional, el cual consta de manera fehaciente en su condena respecto al delito por el cual está privado de libertad, en donde se le reconoce la circunstancia atenuante estipulada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal por el ministro instructor y sustanciador de la causa y de la sentencia de primera instancia, y que es ratificado y reconocido también por esta Corte, y ratificado por la E. Corte Suprema, según se acredita del documento que acompaña.

Relacionado con el requisito del inciso 3° del artículo 3 bis del D.L. 321, que contiene tres criterios a observar, expresa que, respecto del criterio que señala: “Si el otorgamiento de la libertad condicional no afectare la seguridad pública por el riesgo de comisión de nuevos delitos de igual naturaleza”, debe entenderse cumplido, por cuanto tiene un informe favorable de nula reincidencia, sumado a la edad del recurrente, que ya está jubilado y que durante 45 años ha tenido un comportamiento adecuado en la sociedad, entendiéndose la falta de proximidad temporal entre el momento en que se comete el delito por el cual cumple condena al momento en que postula a su libertad condicional.

En cuanto al segundo criterio, relacionado con el hecho de que, *“si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las resoluciones durante la etapa de investigación y enjuiciamiento”*, explica que el amparado siempre colaboró en la causa criminal en que fue enjuiciado, concurrió al llamado judicial y a las citaciones judiciales con prontitud y sin demora, obtuvo su libertad provisional y firmó siempre el libro de firmas sin entorpecer la investigación y no existen antecedentes para probar lo contrario.

Respecto al tercer factor del inciso 3° del artículo 3 bis del DL 321, es decir, *“si con el otorgamiento de la libertad condicional pudiese presumirse que el condenado no proferirá expresiones o realizará acciones que afecten a las víctimas o a sus familiares”*, hace presente que también se debe valorar positivamente, ya que el recurrente hace uso de su salida de domingo y de fin de semana y en dicho cumplimiento jamás se expresó o realizó acciones que afectasen a las víctimas o a sus familiares, no existiendo tampoco antecedentes al respecto para probar lo contrario.

Como segunda arbitrariedad o ilegalidad, reclama que la Comisión aplicó requisitos distintos, tanto de tiempo mínimo de postulación, como informes psicológicos y colaboración, respecto a la anterior postulación que tuvo para llevar a cabo el proceso de libertad condicional anteriores, en razón a la aplicación de las modificaciones de la Ley 21.124 respecto al DL 321.

En este fallo que antecede la Corte Suprema revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que había acogido un recurso de amparo (rol C. Ap. Stgo. 2647-2020) deducido por un militar que está cumpliendo una pena de presidio en el penal Punta Peuco, sobre la base de las siguientes consideraciones, que nos merecen observaciones:

---

Analiza desde su óptica la inconstitucionalidad de exigir el cumplimiento de los dos tercios de la pena y no la mitad, pese a que dicho requisito se entiende cumplido en el caso *sub iudice*. Cita abundante jurisprudencia en abono de sus alegaciones.

Como tercera arbitrariedad y/o ilegalidad reclama que se viola el principio de irretroactividad de la ley y se produce un segundo resultado inconstitucional en concreto, ya que, la Comisión de Libertad Condicional infringe dicho principio al aplicarle al actor los artículos introducidos por la modificación del DL 321, inexistentes al momento de cometer el delito y al momento de juzgarse, al momento de empezar a cumplir la condena e inexistentes al momento de postular la primera vez a la libertad condicional.

Expone que, recién el año 2019 se introdujeron modificaciones al DL 321 cuya aplicación no ésta permitida, pues afecta derechos que ya posee el recurrente, pues si así fuese, el legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato de los artículos 1o, artículo 5 inciso 2º, artículo 6º, artículo 7, artículo 19 no 2, artículo 19 N° 3 y 26 de la Constitución Política, lo que implica un vicio de constitucionalidad en el caso concreto, además ello en relación con los artículos 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el principio de la irretroactividad de la ley más gravosa al penado.

Cita abundante doctrina en el sentido antes indicado, además de fallos del E. Tribunal Constitucional, precisando que, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se encuentra establecida en nuestro país en el artículo 18 inciso 1o del Código Penal y en el artículo 19 N° 3 inciso 7o de la Constitución Política, por cuanto ello es un elemento básico del principio de legalidad y además es una forma de evitar las normas hechas a la medida, justamente como sucede en la especie.

Como cuarta arbitrariedad y/o ilegalidad reclama la violación a la Constitución y Tratados Internacionales, ya que, la intención de rechazar el beneficio de la libertad condicional, significa que el Ejecutivo y el Estado de Chile se aleja de los procesos de rehabilitación, en los que deben realizarse los fines de la prevención especial asignados a las sanciones penales, especialmente privativas de libertad.

Expone que, en la especie, el actuar del recurrido implica y evidencia que respecto de un grupo específico de personas, la ejecución penitenciaria tiene un enfoque exclusivamente retributivo, que no es receptivo a las peculiares características del interno o a sus posibilidades reales de reinserción, enfoque que promueve un sistema en que el uso de la cárcel es instrumentalizado, que es contrario a la Constitución Política y totalmente desaconsejado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que existen sobre la materia.

Hace hincapié que, el hecho de estar cumpliendo penas de lesa humanidad no obsta a que le sean concedidos beneficios para seguir cumpliendo su pena en libertad condicional, según lo ha establecido por la Corte Suprema en las sentencias que señala.

Destaca que, las últimas modificaciones del DL 321 y D.S. 2442 dan cuenta de que el legislador conocía la doctrina de los Derechos Humanos y expresamente se ha omitido de hacer distinciones que hagan improcedente este beneficio.

Por último, cita sentencias dictada por Cortes Internacionales de Derechos Humanos, en relación con la irretroactividad de la ley penal y las modificaciones a las normas sobre cumplimiento alternativo.”.

- a) Que el amparado está condenado por un delito de lesa humanidad. Ello no es efectivo, por cuanto ningún militar está condenado por un “delito de lesa humanidad”, ya que tal clase de delito no estaba tipificado en Chile al momento de la ocurrencia de los supuestos hechos delictivos. Ellos fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico el 18 de julio de 2009 por la Ley 20.357, la que señala expresamente que no puede aplicarse con efecto retroactivo. De acuerdo con el sagrado principio de legalidad –*nullum crimen, nulla poena sine praevia legey* sus exigencias de *lex previa, lex certa, lex scripta* y *lex stricta*– nadie puede ser condenado por un delito que no estaba tipificado al momento de la ocurrencia de los hechos.
- b) Que el artículo 110 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional referido a la ejecución de las penas impuestas por tales delitos, establece que “aquellas pueden reducirse o disponerse su cumplimiento alternativo”, lo que tampoco es efectivo. Dicho artículo solo se refiere a la “reducción de la pena”; situación totalmente ajena a la libertad condicional, ya que ésta no reduce la pena. Por otra parte, dicho Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 (para Chile el 1 de septiembre de 2009) y, tal como la Ley 20.357, establece expresamente que la Corte tendrá competencia únicamente respecto de delitos cometidos después de su entrada en vigor.
- c) Que el D.L. 321 de 1925 “en su actual redacción” exige tener cumplidos 2/3 de la pena para poder solicitar la libertad condicional. Al respecto es preciso señalar que dicha “actual redacción” fue establecida por la Ley 21.124 del 18 de enero de 2019, que aumentó desde la mitad hasta 2/3 el tiempo mínimo de condena para optar a la libertad condicional. De acuerdo con los principios de irretroactividad de la ley penal más gravosa, *pro homine*, de favorabilidad y de ultraactividad de la ley penal más beneficiosa, las modificaciones introducidas por dicha ley deben serle aplicadas solo a los condenados por delitos cuyo principio de ejecución haya tenido lugar con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

ADOLFO PAÚL LATORRE

## CORTE SUPREMA Y “REASIGNACIÓN SEXUAL” PARA PERSONAS TRANSGÉNERO

Un reciente fallo de la Corte Suprema (Tercera Sala, 10 de noviembre de 2020, rol N° 97.283-2020) acogió un recurso de protección interpuesto por una persona transgénero en contra de una Isapre dado que esta se negó a cubrir el financiamiento de una cirugía de “reasignación sexual”, consistente en una ginoplastía (ablación del pene y testículos y construcción de una vagina artificial), medidas de feminización facial y de feminización corporal. La facial incluía *lipofilling* facial completo (recuperar la tersura de la piel y reponer volumen de la piel con injertos como hacer pómulos más prominentes); *lifting* de cejas con suturas de *serdev* (levantamiento de cejas para dar más armonía a la cara y un aspecto más jovial y descansado); lipopapada + *necktite* (liposucción de la grasa acumulada bajo la mandíbula); rinoplastía (cirugía que busca cambiar el aspecto de la nariz). La feminización corporal incluía: lipotransferencia glútea (tratamiento médico estético que busca dar forma a los glúteos y darles volumen); implantes mamarios (intervención para mujeres con poco desarrollo mamario o para casos de extirpación de una mama).

La Isapre se negó a aplicar el plan de salud contratado por la persona trans porque las intervenciones quirúrgicas dirigidas a la reasignación sexual no están incluidas en el Arancel Fonasa y no pueden ser homologadas a ninguna otra, ya que no estarían dirigidas a tratar una enfermedad, desde que la transexualidad no constituye una patología o condición de salud, como se desprende de la Circular N° 336, de 4 de octubre de 2019, de la Superintendencia de Salud. Respecto de las técnicas faciales y corporales solicitadas se trataría de medidas propias de cirugía plástica que están expresamente excluidas del Arancel Fonasa y por tanto de los planes de las Isapres. Además, hace ver que la recurrente no ha procedido a reclamar conforme al procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud.

La recurrente es una persona biológicamente varón que actualmente se autopercibe como de sexo femenino, de 54 años de edad, que estaba casada y como parte del proceso de cambio se divorció, comenzó a vestirse con ropas femeninas e inició un tratamiento hormonal. El 2018 obtuvo que el Tercer Juzgado Civil de Santiago ordenara la rectificación de su sexo y nombre en el Registro Civil.

Ante la negativa de la Isapre interpuso un recurso de protección alegando que se trata de un acto ilegal o arbitrario que vulnera los derechos constitucionales previstos en los números 1 (integridad física y psíquica), 2 (igualdad ante la ley), 4 (vida privada) y 24 (derecho de propiedad), del art. 19 de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de Santiago (Octava Sala) *rechazó el recurso* porque no había ilegalidad ni tampoco arbitrariedad, ya que la Isapre no se ha asilado en la simple voluntad de su parte, o en su mero capricho y ha entregado razones valederas. Además, la recurrente no es titular de un derecho indubitado, pues la obligación de prestar cobertura a las prestaciones se encuentra en discusión, y ello debe ser dirimido ante la autoridad llamada a solucionar este tipo de conflictos jurídicos, que es la Superintendencia de Salud, a través del correspondiente juicio arbitral. Se trata por tanto de una cuestión que no puede dilucidarse

mediante un simple recurso de protección (sentencia de 8 de agosto de 2020, rol 27.405-2020).

Apelada la sentencia la Tercera Sala de la Corte Suprema por tres votos (Ministros Muñoz, Vivanco y abogado integrante Álvaro Quintanilla) contra dos (Ministra Repetto y abogado integrante Ricardo Abuauad), dictó sentencia con redacción de la Ministra Vivanco, por la que *revocó parcialmente* la sentencia de primera instancia y ordenó a la Isapre dar cobertura pero solo a la cirugía de reasignación de sexo y a los implantes mamarios, y excluyó los demás procedimientos (*lipofiling* facial, *lifting* de cejas, lipopapada, lipotransferencia glútea y rinoplastía) que se encuadran dentro de la denominada cirugía estética cuyo fin es el embellecimiento de la paciente ya que son solicitadas también por mujeres cuya identidad de género coincide con su sexo biológico (cons. 15°). Curiosamente, la Corte incluye los implantes mamarios porque entiende que son característicos de la fisonomía femenina deseada, pero deja fuera la técnica para levantar y aumentar el volumen de los glúteos (lipotransferencia glútea), que también son característicos de la corporeidad de la mujer.

De partida hemos de notar que en la sentencia aparecen confundidos los conceptos de identidad de género y orientación sexual: se señala que “la identidad de género constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual” (cons. 6°); “no es posible desconocer las consecuencias que de esa opción derivan para estas personas, atendida la discordancia que existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual” (cons. 11°); “por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten” (cons. 11°); “discordancia que se presenta entre su cuerpo y la decisión que adoptaron al definir su orientación sexual” (cons. 13°), “mujeres cuyo sexo y orientación sexual coinciden” (cons. 15°).

Este error en interpretar la misma teoría de género revela cierta falta de rigor en la sentencia. Desde los llamados Principios de Yogyakarta, así como la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-24/17, esta última citada en la sentencia, se distingue entre identidad de género, es decir, la vivencia del género tal como cada persona la siente (cisgénero si se corresponde con el sexo biológico, y transgénero si no coincide), de la orientación sexual que se refiere a la capacidad para ser atraído afectiva y sexualmente por otras personas (homosexualidad, lesbianismo, bisexualismo, pansexualismo, asexualismo, etc.). Por ello la identidad de género no es una orientación sexual, y una persona trans puede tener distintas orientaciones sexuales.

Pero más allá de este equívoco, observamos que la sentencia incurre en contradicciones. Una primera se refiere a la concepción de la identidad de género que en algunos párrafos aparece como un elemento de la naturaleza humana que no es elegible a voluntad del individuo (que es lo que la mayoría de los expertos parece defender). Así se señala que “la identidad de género, definida como ‘la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento’ (artículo 1 de la Ley N° 21.120), constituye un atributo de la personalidad –derecho humano–” (cons. 6°); “la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, sino que forma parte de los atributos inherentes de la persona humana” (cons. 6°), “la

identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana” (cons. 7°); “la identidad de género, es una garantía inherente a la condición de persona humana” (cons. 13°). Pero en otras ocasiones se la considera más bien una opción que se adopta sobre la base de la autonomía y libertad de la persona: se apunta así que “de la normativa expuesta, es posible concluir, de manera sucinta que la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de elegir su género, siendo el Estado, en su condición de garante ....” (cons. 5°) (énfasis añadido); que “la transexualidad no es una enfermedad, sino que es la opción de libertad de una persona de determinar libremente su género y ejercer su derecho de igualdad” (cons. 11°). A ello hay que añadir las afirmaciones en las que se confunde identidad de género con orientación sexual, como cuando se afirma que “la identidad de género constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual [sic]” (cons. 6°)

Como se comprenderá, la identidad de género no puede ser un elemento o atributo intrínseco o natural y por tanto indisponible, y al mismo tiempo una opción o preferencia que se ejerce libremente.

Luego la sentencia habla mucho de no discriminación y de igualdad, y en esto no podemos estar más de acuerdo: las personas transgénero no deben ser discriminadas injustamente ni menos agredidas o violentadas, porque la discordancia que tienen entre la autopercepción de su género y su sexo biológico no es una mera opción sino algo, cuyo origen científico se desconoce, pero que les resulta determinante e imperativo. Pero si para que no sean discriminadas es necesario que se asemejen en todo incluso corporalmente al género deseado se les infringe una discriminación peor, ya que se les señala que no serán discriminados siempre que finjan ser personas cisgénero y no se muestren como transgénero. Como si se dijera que para no discriminar a las personas afroamericanas se les debiera permitir un tratamiento médico que les aclare la piel y se asimilen así a las personas de raza blanca.

Lo que más sorprende es la forma en que se reitera una y otra vez que la discordancia entre la identidad de género autopercebida y el sexo “asignado” al nacer no es una enfermedad, ni una patología ni una condición de salud, para luego señalar que se discrimina en el acceso al derecho a la salud si se les niega que se incluyan en el plan de las Isapres las cirugías de reasignación de sexo y de implantes mamarios. Además se dice que la negativa de la Isapre atenta contra “la protección de la salud” (cons. 3°) y se menciona como transgredido el art. 19 N° 9 que asegura a todas las personas “El derecho a la protección de la salud”, que “el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” y que “cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado” (cons. 8°). Se agrega que “no se debe olvidar que el derecho a la protección de la salud es integral y correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, de lo cual se concluye que la exégesis que se haga a las normas que se refieren a esta garantía constitucional,

deben ser interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo” (cons. 9°).

Repitiendo la Circular N° 336 de la Superintendencia de Salud la sentencia reitera que “la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, sino que forma parte de los atributos inherentes de la persona humana” (cons. 6°), pero ordena otorgar prestaciones médicas a una Institución de Salud Previsional: “la identidad de género, es una garantía inherente a la condición de persona humana, lo cual en la especie, se traduce en permitirles el acceso a las herramientas que requieran para superar la discordancia que se presenta entre su cuerpo y la decisión que adoptaron al definir su orientación sexual, en concreto, otorgarles las prestaciones médicas que sean indispensables para conseguir dicho fin” (cons. 13°).

O sea, no hay enfermedad ni anomalía patológica pero para superar esa condición se requiere de “prestaciones médicas” (¿?). La sentencia intenta explicar esta contradicción señalando que “es necesario precisar que, si bien, la transexualidad no es una enfermedad, sino que es la opción de libertad de una persona de determinar libremente su género y ejercer su derecho de igualdad [...] no es posible desconocer las consecuencias que de esa opción derivan para estas personas, atendida la discordancia que existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual, lo cual, evidentemente, puede ocasionar en ellas y, como así lo reconocen los expertos, patologías psíquicas, que se producen entre otras razones, por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten y resuelven les corresponde, factores externos que les impide, en definitiva, concretar esa libertad y que hace indispensable, que el Estado directamente o a través de quienes ejercen esa función pública, por mandato legal, como lo son las Isapres, deban garantizar el ejercicio de esos derechos, al permitirles acceder a las prestaciones médicas pertinentes puesto que, por lo demás, constituyen la única vía en virtud de la cual pueden hacerlo, atendida la naturaleza de la asistencia que se pide” (cons. 11°).

Pero esto no explica la contradicción sino que la hace más patente, porque si la discordancia entre la identidad de género y el sexo biológico ocasiona patologías psíquicas que se producen por la imposibilidad de adecuar su cuerpo al género deseado, es porque esa misma discordancia es una patología que produce trastornos a la salud psicológica. La Corte señala que estas prestaciones deben ser analogadas a las “cirugías plásticas reparadoras y reconstructivas”, las que sí se encuentran codificadas (cons. 16°); pero si es así entonces ¿cómo puede considerarse que la discordancia entre identidad de género y sexo no sea una disfuncionalidad patológica? Y ello sin contar con que la misma sentencia considera que la negativa de la Isapre vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 2, 9 y 24 de la Carta Política, porque la exégesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales “deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada...” (cons. 18°).

Además, la sentencia incurre en contradicción al negar que se incluyan intervenciones propias de la cirugía plástica o de embellecimiento, sin atender que muchas personas también padecen patologías psiquiátricas por su apariencia física, aunque ella no pueda ser considerada anormal (una nariz aguileña, unas orejas sobresalientes, pechos pronunciados en adolescentes varones, ojos caídos, etc.).

Se observa una vacilación permanente en el fallo entre afirmaciones que niegan que la transexualidad sea enfermedad o patología y otras que sostienen que se requieren tratamientos terapéuticos para atender a la salud de las personas trans. Todo lo anterior sin contar que el recurso de protección no procede respecto del derecho a la protección de la salud sino solo respecto del derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado (inc. final del art. 19 N° 9). Y en este caso ni en el sistema estatal ni en el privado estas prestaciones son cubiertas, por lo que no puede haber discriminación ni violación de la libertad de elegir.

Pero más aún, la sentencia se cuida de mencionar los instrumentos de clasificación de enfermedades de la OMS y de la APA (American Psychological Association), que siguen considerando la disforia o incongruencia de género como una patología. Se acaba de aprobar el ICD-11 (International Classification of Diseases; en español CIE-11, Clasificación Internacional de Enfermedades) de la OMS que reemplazará el ICD (CIE)-10 desde el 1° de enero de 2022, y si bien ha dejado de considerar la transexualidad como trastorno mental la ha incluido como *Gender incongruence* bajo el rubro de condiciones relativas a la salud sexual. Por su parte, la última edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5, 2013) de la APA mantiene la disforia de género (*gender dysphoria*) como un trastorno mental entendido como el malestar o angustia psicológica que produce a una persona el que su identidad de género no coincida con su sexo biológico.

Por otro lado, el mismo movimiento LGTBIQ+ desde hace bastante tiempo está propiciando que no se debe presionar a las personas trans para que se realicen cirugías que solo les permiten dar apariencia genital del género autopercebido, sin que en realidad haya un “cambio de sexo” ya que el sexo biológico es inalterable. Por eso la misma Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-24/17 aclara que “resulta importante subrayar que la identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo” y que “Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Esto se debe al hecho que las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas” (N° 145). Incluso se considera que condicionar el cambio registral del sexo a la realización de este tipo de intervenciones quirúrgicas es una violación de los derechos humanos de las personas trans (N° 147 y 148).

Nuestra misma Ley N° 21.120, de 2018 que regula el trámite de rectificación de nombre y sexo para las personas trans dispone que el derecho a la identidad de género “podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos” (art. 1 inc. 3°), prohíbe condicionar la rectificación registral a intervenciones de transformación corporal (art. 2 inc. 2°), y reitera que “no será condición para el reconocimiento del derecho a la identidad de género haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificador de la apariencia” (art. 4 inc. 2°). O sea, lo que la ley asegura es la libertad para proceder a estos tratamientos pero no el derecho a que el Estado garantice su financiamiento total o parcial (cfr. art. 4 letras a, b, y c).

La sentencia advierte que no se está afectando al contrato con la Isapre porque estas operaciones solo se financiarán conforme al plan establecido, por lo que su “costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato” (cons. 9º) y que “su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria...” (cons. 18). Pero esto es equivocado ya que si se incorporan prestaciones que no son cubiertas, aunque la Isapre solo bonifique lo previsto en el plan, se está alterando el contrato al incluir el financiamiento de tratamientos o cirugías que no estaban contempladas en el sistema.

Quizás lo más serio de esta sentencia es la invocación de principios constitucionales e internacionales (todos genéricos) para hacer justicia según la convicción personal de los jueces, sin atender a lo que la ley contempla para estos casos. Como se señalaba en la sentencia de la Corte de Apelaciones y lo hacen ver los disidentes: la Ministra Repetto y el abogado integrante Abuabud, existe un procedimiento reglado contemplado en la Ley N° 18.933, con texto refundido por D.F.L. N° 1, Ministerio de Salud, de 2006, arts. 117 a 120, para que por medio de un procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud se resuelvan las controversias entre los afiliados a Isapres sobre cobertura de prestaciones de salud, de modo que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver una cuestión controvertida como esta.

Se opta así por vía del “activismo” judicial en que ha incurrido la Corte en varios temas como la suspensión de los aumentos de planes de Isapres, la orden de que el Estado financie medicamentos de alto costo no considerados en la ley o la de adoptar medidas de reparación o gestión ambiental sin tener la competencia técnica para ello. Así se dispone de recursos públicos de manera casuística y sin atender a la igualdad ante la ley, ni menos ajustarse a una política pública fiscalmente responsable.

Finalmente, puede señalarse que estas medidas reconstructivas y de remodelamiento no cambian el sexo biológico, por lo que la persona transexual para mantener su apariencia femenina o masculina deberá durante toda su vida luchar contra las fuerzas de la naturaleza y mantener tratamientos hormonales y otras medidas, con lo que las patologías psiquiátricas no cesan e incluso pueden agravarse si después de las operaciones de “reasignación de sexo” sus expectativas de encontrar una solución definitiva a la incongruencia de género se ven frustradas.

HERNÁN CORRAL TALCIANI\*

---

\*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de los Andes.



RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



R. Legutko, *Los demonios de la democracia*. Ediciones Encuentro. Madrid. 2020.

Hace unos meses reseñé el libro del profesor Ryszard Legutko, *The Demon in Democracy*, una obra reseñable sobre un asunto muy relevante: las tentaciones totalitarias en nuestras “sociedades libres”. Me llevo la grata sorpresa de que el libro acaba de aparecer publicado en español por Ediciones Encuentro y aprovecho para recuperar aquella reseña sobre un libro que merece nuestra atención:

“Ryszard Legutko pasó más de la mitad de su vida viviendo bajo el régimen comunista de su Polonia natal. Nacido en 1949, formó parte de un grupo disidente que publicaba un *samizdat*. Tras la caída del comunismo se centró en su tarea intelectual: Legutko es profesor de filosofía en la Universidad Jagelonica en Cracoseguía vivo en Legutko el gusanillo de la política y en 2005 fue elegido senador en Polonia, llegó a ser ministro de Educación en 2007 y desde 2009 ha sido diputado del Parlamento Europeo. Una trayectoria singular que le aporta una visión en profundidad tanto de la vida bajo un régimen comunista como de las instituciones europeas.

Leyendo a Legutko, uno esperaría encontrar un decidido defensor de la construcción europea, en oposición al comunismo, que hubo de sufrir y que combatió asumiendo un importante coste personal. Pero no es así. En su libro *Los demonios de la democracia*, Legutko sostiene algo francamente atrevido: en realidad la Europa que se está construyendo ante nuestros ojos se parece cada vez más al comunismo que dominó la Europa del este durante la Guerra Fría.

Una afirmación polémica que Legutko razona con argumentos que no se pueden despreciar sin más.

En síntesis, argumenta, tanto nuestras activistas y justicieras democracias (lo que en Estados Unidos califican como *woke democracy*) como los sistemas comunistas son *entidades unificadoras que dictaminan cómo pensar, qué hacer, cómo valorar los sucesos, a qué aspirar y qué lenguaje se puede usar. Ambas tienen sus propias ortodoxias y sus modelos de ciudadano ideal*. Se trata de algo muy similar a lo que ya vivió en el bloque comunista, donde se esperaba de uno que fuera indistinguible en palabras, pensamientos y obras de los millones de otros ciudadanos de los regímenes comunistas, imponiendo una uniformidad comunistamente correcta.

Tras echar las campanas al vuelo a finales de los 80 del siglo pasado, Legutko fue descubriendo durante la siguiente década que en la recién disfrutada nueva democracia liberal se iba estrechando *significativamente el área de lo que era permisible*. ¿Cómo era esto posible?

Empieza nuestro autor por la visión de la historia. La comunista nos ofrece una larga lucha en la que se suceden etapas que llevan a la humanidad hacia el comunismo, constituido en culminación de la historia. Cualquier oposición a este proceso es estúpida, pues este progreso hacia la sociedad comunista es inevitable, y dañina para la humanidad. Para avanzar hasta la sociedad ideal comunista, esta

ideología debía penetrar en todas las áreas de la vida: todos debían implicarse en la “construcción del socialismo”.

Ahora cambiemos “comunismo” por avance de la libertad y de la igualdad y veremos que los mecanismos de esta *visión progresista de la historia* son equivalentes. También quien se opone a la misma es malvado o estúpido o ambas cosas a la vez, también la victoria es inevitable, también todos los aspectos de la vida deben de ser penetrados por esta ideología. Del mismo modo que en el comunismo, señala Legutko, *todo aquello que existe en una sociedad debe convertirse con el tiempo en liberal-democrático y ser imbuido del espíritu del sistema*. Si en el bloque del Este las familias, las iglesias, las escuelas, las comunidades, las asociaciones culturales e incluso los sentimientos y aspiraciones humanas debían ser “comunistas”, ahora deben ser “democráticos”.

Con el corolario obvio y compartido: *una vez se lanza al basurero de la historia a tus oponentes, cualquier debate con ellos es absurdo y superfluo*. Al fascismo no se le discute, se le combate, escuchamos cada vez con mayor frecuencia.

No estamos ante un vago problema teórico, sino ante algo que incide en nuestras vidas cotidianas. Lo que descubre Legutko con horror es que, en Occidente, estamos cada vez más expuestos a una omnipresencia de la ideología dominante que *permea las vidas públicas y privadas, emana desde los medios, los anuncios, las películas, el teatro y las artes visuales, se expresa a través de lo que se nos presenta como el “sentir común” y de unos descarados estereotipos, y mediante los currículos educativos, desde el parvulario a las universidades*. Vamos, de modo muy parecido a lo que se vivió en la Polonia comunista.

Además, *su experiencia en el Parlamento europeo acaba de confirmarle en sus sospechas*. Allí, Legutko puede contemplar en directo una élite que se considera agraciada con una especial iluminación y que no solo se considera, sino que de hecho se coloca en muchas ocasiones por encima de lo que expresan los electores: *Aquí encontramos una réplica del conocido patrón de conducta que encontramos en la teoría y la práctica del comunismo. Por un lado está el partido, que sabe cuál es el objetivo final del socialismo, se identifica con él completamente y entiende la necesidad de su existencia; por el otro está la gente real que no comprenden plenamente lo que es mejor para ellos y que deben ser guiados con firmeza hacia el objetivo final a pesar de sus resistencias*.

Más pruebas: *la politización de la vida en una escala desconocida previamente, común al comunismo y a nuestras actuales democracias liberales, la creciente intrusión de la política en los más pequeños espacios de nuestra vida. Todo tiene significación política: un inocente chiste bajo un régimen comunista, el modo en que tiramos la basura o las palabrotas que usamos en momentos de cólera en nuestras activistas democracias. O unas leyes que ya no son “ciegas”, sino que modulan las penas en función al grupo al que pertenece el criminal: si bajo el régimen comunista ser burgués era ya una suposición de crimen, en nuestras feministas democracias ser varón supone enfrentarse a una especie de presunción de culpabilidad y a penas agravadas*.

Todo ello va creando un tipo de personaje con el que estaban acostumbrados a convivir en la Polonia comunista y que Legutko ve aparecer ahora también entre nosotros: *la atmósfera que el sistema produce es particularmente eficaz para crear un cierto tipo de mentalidad: la del moralista, el comisario y el informador, todo en uno. En el primer sentido, este tipo de persona puede creer que realiza algo*

particularmente valioso para la humanidad; en el segundo, la situación le ayuda a desarrollar un sentido de poder de otro modo inalcanzable para ella, por último, a menudo no puede resistir la tentación de abandonarse a un bajo deseo de hacer daño a los otros son impunidad. Retrato psicológico de cierto tipo de personaje que prosperaba bajo los regímenes comunistas y que vemos florecer en feministas, ecologistas y otros predicadores laicos de nuestros días.

Por último, se detiene Legutko en la *actitud ante la religión*. Refiriéndose a los comunistas, escribe que su actitud refleja *por una parte, una profunda hostilidad, a menudo acompañada por un intenso deseo de un mundo en el que la religión sería borrada de un plumazo: por la otra, el deseo de que el socialismo se convierta en la forma genuina de religión en el sentido de que satisfaga las necesidades, sueños y deseos de modo similar al que la religión realizaba*. ¿No encontramos una actitud análoga en las ideologías que hoy se nos presentan como vitales para el “avance” de la democracia?

Concluye Legutko con una apreciación que merece ser tenida en cuenta: *Contrariamente a lo que mucha gente pueda pensar, el moderno mundo liberal-democrático no se desvía mucho, en muchos aspectos importantes, del mundo soñado por el hombre comunista y que, a pesar de enormes esfuerzos colectivos, no consiguió construir desde las instituciones comunistas. Existen diferencias, por supuesto, pero no son tan grandes como para que las acepte agradecido e incondicionalmente alguien que ha tenido experiencia de primera mano de ambos sistemas y que ha pasado del uno al otro*.

Toda una provocación y una llamada a mirar sin miedo la realidad.

JORGE SOLEY

José A. Bielsa Arbiol, *Satanocracia: la destrucción del viejo orden cristiano*. Letras Inquietas. Madrid. 2020\*.

*Satanocracia: la destrucción del viejo orden cristiano*, nuevo libro del historiador José Antonio Bielsa Arbiol tras *El nimbo y la pluma* (ambos publicados por el sello editorial *Letras Inquietas*) expone, desde una cosmovisión cristiana católica romana, las causas históricas, políticas y teológicas de la ruinosa situación actual en la que se encuentra sumida la cristiandad.

¿Qué misión tiene esta nueva obra? ¿Puede definirnos qué es la Satanocracia?

El propósito de este libro no ha sido otro que el de reavivar un viejo debate, ninguneado desde hace décadas, respecto de la disolución de la cristiandad en el contexto del Nuevo Orden. En consecuencia, consideré del mayor interés centrar mi estudio en la Satanocracia o Gobierno de la Bestia, una cuestión de capital interés para aprehender la deriva autodestructiva hacia la que se encamina Occidente.

---

\* Entrevista de Javier Navascués , publicada en *Infocat* 31.8.2020.

¿Cómo definir este concepto tan en desuso en España? Pues bien, diré que la “Satanocracia” supondría el sistema político ideal del Nuevo Orden luciferino, al menos en su fase acabada o de más plena concreción. Tanto el “Nuevo Orden” como la “Satanocracia” acusan tal grado de imbricación que el uno no puede concebirse sin la otra: son dos nudos paralelos que alimentan idéntico propósito: si el primero se vincula a la parte estructural y organizativa del entramado planificado por el contubernio mundialista, la segunda nutre y alimenta el impulso espiritual e intelectual que da significado al primero. Permita que traiga a colación una terrible cita de David Spangler, una persona con información privilegiada: *Nadie entrará al Nuevo Orden Mundial, a menos que él o ella hagan una promesa de rendir culto a Lucifer*. Terrible.

*Este libro es una secuela en clave teológica de su anterior ensayo, Cómo sobrevivir al Nuevo Orden Mundial: un manual de trinchera. ¿Qué le llevó a escribirlo?*

Como escritor católico, no podía ningunear esta perspectiva tan cardinal, tratada de pasada en aquel libro metapolítico. Y es que, como ya advirtió nuestro Donoso Cortés, tras cada controversia política late una problemática de signo teológico. Siempre ha sido así. Era preciso pues acotar el mapa para poder explorar mejor un territorio tan poco grato. Hoy se habla mucho del Nuevo Orden, pero el grueso de la gente parece olvidar que no solo estamos hablando de la nueva y difusa concepción político-económica del día. No, el Nuevo Orden no es un mero concepto que los teóricos de la conspiración exprimen en sus simposios. Es una realidad palpable, multiforme y por momentos inaprehensible, suerte de sistema de estructuras de poder viciadas, unas veces entrelazadas y otras disociadas, que convergen en un único fin supremo de naturaleza luciferina: el establecimiento de un Gobierno mundial (el denominado “Gobierno de la Bestia”) cuyo objetivo prioritario es el control de todos los recursos existentes, materiales y humanos, contabilizados y enchipados.

*¿Puede ser más preciso en su descripción del Nuevo Orden?*

Veamos... Imagine una telaraña, una inmensa telaraña de dispositivos visibles, solapados y subterráneos, para la que laboran desde individuos comprados –consciente o inconscientemente– hasta entidades multilaterales capaces de somatizar las más endiabladas coyunturas y, pese a todo, seguir en la brecha como si nada. Pues así es la dinámica del Nuevo Orden, y así sería su dibujo, un poco a la pata la llana, todo sea dicho.

*¿Cómo han sido los progresos de la Satanocracia en España? ¿Puede ofrecer alguna pista?*

La implantación de este modelo se activó mucho antes del fallecimiento del general Franco, pues fue preciso que este estadista católico desapareciese de la escena política, para proceder a dar la señal de entrada. Ya no tenemos dudas al respecto de que la España del Régimen del 78 ha sido pilotada por una entidad supranacional sin nombre ni rostro, desconocida de casi todos los españoles, abiertamente masónica y anticristiana en lo externo, furibundamente genocida y satánica por

dentro. La debacle, cuatro décadas después del inicio del experimento, salta a la vista: España es hoy una patria devastada en todos los órdenes, sobre todo en el plano moral y religioso. Y no podía ser de otro modo, puesto que la gran meta de la Sinarquía que opera al servicio de la Satanocracia es la de siempre: volver a crucificar a Cristo y borrar el cristianismo de la faz del planeta. Por fortuna para los católicos, sabemos que esta furia satánica, aunque imparabile, fracasará tarde o temprano. Y es que mientras el mundo da vueltas, la Cruz permanece fija y estable.

*Acaba de hablar de un término que quizá nuestros lectores no conozcan: "Sinarquía". ¿Puede explicarnos qué es?*

Por supuesto. La "Sinarquía" es el sustrato sobre el que se retroalimenta el *gobierno oculto mundial*. Me explicaré: si en el mundo antiguo, la Sinarquía (*syn*[integración/concentración] + *arkhia* [poder/gobierno]) era la unión de varios príncipes coaligados para la dominación de los pueblos, hoy es algo mucho más sutil y diabólico, cohesionado en la unión de las fuerzas financieras y económicas multinacionales, asociadas en un tremendo poder a otros organismos pantalla, para así gobernar al Sistema-mundo a su libre voluntad y por medio de las tácticas recurrentes de diseño (conflictos bélicos, explotación humana, difusión de enfermedades y pandemias, masificación en núcleos urbanos, ignorancia y/o atraso de las masas, etcétera). Todas las sociedades humanas están siendo sometidas, bien por agrado, bien por la fuerza, a los designios de esa imparabile inercia que llamamos Sinarquía.

*Para terminar, ¿existe esperanza ante este escenario indeseable?*

Por supuesto, aunque no convendría lanzar cohetes tan alegremente. Sabemos que más pronto o más tarde el Nuevo Orden colapsará, puesto que está destinado a ello por ser una obra humana intrínsecamente malévol y torcida, de inspiración diabólica. Su fracaso, sin embargo, supondría asimismo el derrumbamiento del mundo actual tal y como lo conocemos. Conforme el mundo vaya siendo sometido más y más en la cosificación material de los cuerpos y la destrucción de toda posibilidad de vida del espíritu, el Nuevo Orden irá ganando terreno, al menos aparentemente... pero su ruina estará cada vez más cerca. Toda aquella obra que se edifica violentando las leyes naturales más elementales termina por venirse abajo. Al fin y al cabo, la Satanocracia que alienta el Nuevo Orden es una aberración, un engendro repugnante, una monstruosidad satánica, y en su planificación mundialista se llevará por delante a incontables víctimas inocentes. El dilema es: ¿cómo podemos evitar participar de su impulso devastador? Mucho me temo que la mayoría de la población no esté preparada para resolver esta pregunta vital, pues en ella va nuestra supervivencia como católicos a medio y largo plazo. Pero aquí mi consejo es claro: darle la espalda a los medios de desinformación del Sistema, mantenerse firmes en Cristo, con mucha oración y más mortificación, y desde luego no hacer mudanza.

Stefano Fontana escribió la introducción de un libro clave sobre la Doctrina Social de la Iglesia. *Bien común político y subsidiariedad, dos claves en materia social*

En la introducción de *Le chiavi della questione sociale. Bene commune e sussidiarietà: storia de un malinteso*, el profesor italiano Stefano Fontana afirma que la primera condición “para entender de modo correcto el bien común y la subsidiariedad es de orden teórico porque la existencia sigue a la esencia y la esencia se capta con un acto realístico de la inteligencia. La Doctrina Social de la Iglesia tiene sobre las espaldas un sistema de pensamiento filosófico que se exige como *preambulum* propio. La segunda condición es que los conceptos de bien común y de subsidiariedad, además de entenderse dentro del cuadro de una filosofía adecuada, deben concebirse en relación con una correcta doctrina de la fe, con la dogmática y con la moral”.

Se trata de un póritco a un volumen que consta de varios trabajos cuyos autores y títulos se detallan a continuación: Stefano Fontana, Introduzione. Due principi da recuperare nell loro originario significato; Parte prima - Il bene comune: Giampaolo Crepaldi, La metafisica dell'essere e la Dottrina sociale della Chiesa; Stefano Fontana, La nozione di bene comune prima e dopo il Concilio Vaticano II; Giovanni Turco, Il bene comune in questione; Giovanni Turco, La realtà del bene comune: una riflessione nella prospettiva tommasiana; Danilo Castellano, Le contraffazioni del bene comune; Samuele Cecotti, Bene comune e regime fiscale; Parte Seconda - Il principio di sussidiarietà: Stefano Fontana, La deformazione operativa del principio di sussidiarietà; Danilo Castellano, Sussidiarietà per che cosa? Natura, fine e problemi di un principio; Arturo Ruiz Freites, Sussidiarietà e sistema politico.

Debido a la extensión, solamente destacaremos los subtítulos de algunos de los trabajos mencionados. En La nozione di bene comune prima e dopo il Concilio Vaticano II, Stefano Fontana se ocupa del bien común en León XIII; la intervención del personalismo; el bien común en la Gaudium et spes del Vaticano II; la recomposición del cuadro del bien común y ofrece algunas pistas conclusivas.

Respecto del bien común, Fontana destaca que se trata de “un concepto cualitativo y no cuantitativo, es un concepto social y político en cuanto se da un bien común para los diversos niveles sociales pero todos ordenados al bien de la comunidad política en su conjunto, entendida no en el sentido de regimen político que es instrumental al bien común sino en el sentido de una comunidad de comunidades constituidas de modo subsidiario precisamente en razón del bien común que las precede y no constituidas a consecuencia de un contrato. Pero, sobre todo, se trata de un concepto moral, es un concepto metafísico, es un concepto teológico. Es un concepto real y realístico y no artificial y artificioso producto del acto del poder político. Es un concepto no personalista sino personalizante en cuanto precede a la persona y la inserta en un orden relacional ontológico y finalístico en el que ella resulta confirmada y enriquecida”.

Nos parece que podría haberse agregado, en lo que se refiere a los textos magisteriales, la definición de bien común que proporciona el Papa Pío XI en la carta encíclica *Divini illius Magistri* (31 de diciembre de 1929). Seguramente, este dato podría ser considerado en una próxima edición o ampliación de un trabajo excelente que hace pensar y resulta “política y eclesiásticamente incorrecto”.

El otro trabajo del que mencionaremos los subtítulos, ellos mismos elocuentes, es *Sussidiarietà e sistema politico* del p. Arturo Ruiz Freites, IVE. Se detiene en los siguientes temas: subsidiariedad, de la axiología a la onotología política; subsidiariedad, cuerpos intermedios y autoridad política; corporativismo, subsidiariedad, autoridad y representación; el mejor régimen [político] propuesto por Santo Tomás de Aquino; condicionamientos contemporáneos; subsidiariedad y autoridad en la “modernidad” ideológica e histórico-política; *Instaurare omnia in Christo*: la subsidiariedad en la organicidad política de la *Res Publica*.

Le chiavi della questione sociale. Bene commune e sussidiarietà: storia de un malinteso (Verona, Fede & Cultura, 2019) es una publicación de alto nivel académico que, seguramente, suscitará repensar las realidades y las nociones de bien común y de subsidiariedad a la luz del Magisterio de la Iglesia y de la filosofía perenne, en particular, la que se nutre del patrimonio doctrinal elaborado por Santo Tomás de Aquino.

GERMÁN MASSERDOTTI\*\*

---

\*\* Profesor de Filosofía (USAL). Magíster en Estudios Humanísticos y Sociales (Abat Oliba CEU, Barcelona).



## NOTICIAS

El Centro de Estudios Tomistas/CET de la Universidad Santo Tomás ha venido desde hace años publicando diferentes obras y especialmente las Actas de los Congresos Internacionales de filosofía tomista, celebrados cada dos años, a partir del 2012. Nos es grato incluir un listado de ellas. *La libertad y sus servidumbres*, de J.A. Widow; *Fundamentación tomista de la ética profesional. Una introducción al pensamiento ético de Santo Tomás*, de E. Gómez de Pedro y otros; *La persona divina, angélica y humana*, Actas del I Congreso Internacional de Filosofía Tomista/2012; Comentario al Libro de los Salmos, de Santo Tomás de Aquino (3 vols./traducción Carlos Casanova G.); AA.VV., *Investigación científica y fe católica* (ed. C. Casanova); *La filosofía tomista ante el hecho de la evolución del viviente corpóreo*, de J. E. Carreño; *Sobre las relaciones y límites entre naturaleza y gracia*, Actas del II Congreso Internacional de Filosofía Tomista/2014; *Si Dios no existe ¿Todo está permitido?*, de J. E. Laland; *Objetividad y ciencia en Cayetano*, de C. Muñoz; *Sobre los tipos y grados de conocimiento*, Actas del III Congreso de Filosofía Tomista/2016; *Tomás de Aquino y sus predecesores*, de L. Elders; *El obrar sigue al ser*, Actas del IV Congreso Internacional de Filosofía Tomista/2018 y C. Vial Amesti, *Santo Tomás, exégeta de San Pablo*.

El 29 de enero de 2021 la Directora Nacional de Formación e Identidad de la Universidad, Dra. Esther Gómez de Pedro fue invitada por la Universidad Católica de Avila/España para dar la lección magistral en el acto de celebración del día de nuestro Patrono, y que versó sobre "Santo Tomás de Aquino ¿aún actual?", que esperamos publicar en el volumen 47 de *Ius Publicum*.

Esta misma Dirección organizó, a través de las capellanías de las distintas sedes, diversas charlas para abordar el tema de sufrimiento humano, atendida la emergencia producida por la situación sanitaria mundial; así, dentro del programa de Bienestar y salud mental, sección apoyo espiritual, para docentes, alumnos y colaboradores a través del país, que fueron realizadas por los Padres Carlos Bolelli, capellán de la sede de La Serena, José Miguel Alvarado, capellán de la sede de Puerto Montt, y Mauricio Arancibia, capellán de la sede de Copiapó.

### CONGRESO CATÓLICOS Y VIDA PÚBLICA (23-24.9.2020)

La Dirección de Formación e Identidad de Santo Tomás organizó en línea la decimo-sexta versión del Congreso Católicos y Vida Pública, instancia que no sólo trató un tema de especial relevancia para el país como La construcción de una ciudadanía en la promoción del encuentro y a la luz de la fe, sino que también contempló la participación de destacados expositores nacionales y del extranjero, y del Nuncio Apostólico Mons. Alberto Ortega, quien recordó en sus palabras la vitalidad de una fe que se hace vida en el compromiso social y ciudadano concreto. Enfatizó que "Chile necesita la presencia de católicos en la vida pública". Asimismo, remitió a la actualidad de la Doctrina Social de la Iglesia y se refirió a la relevancia de afrontar cada situación "desde la experiencia de la fe, que es un encuentro con Jesucristo que transforma nuestra vida. El cristiano está consciente de dar el mejor aporte como ciudadano", dijo. Inmediatamente después, el Director de los Congresos Católicos y Vida Pública en España, Dr. en Historia y miembro de la Asociación Católica de Propagandistas, Rafael Sánchez, reflexionó sobre lo trascendente que resulta que los cristianos construyan y mantengan comunidades. Por otra parte, Doña Esther Gómez, Directora Nacional de Formación e Identidad Universidad Santo Tomás, aseguró que "una de las grandes riquezas de estos congresos es ver en hechos concretos a perso-

nas que nos dan su testimonio de fe”. Confesó que una de las líneas motivadoras del Congreso es la gran verdad recordada por San Pablo de que somos ciudadanos del cielo, y a la vez, de esta tierra y que eso nos lleva a responsabilizarnos con más fuerza de las realidades temporales que vivimos para plasmar el Reino de Dios, de ahí que la conciencia de la fe cambia la vida y las relaciones humanas.

En el tema *Economía civil o de comunión*, Luigino Bruni, economista italiano de la Comisión Internacional Economía de Comunión y uno de los promotores del Encuentro internacional de Economía Francisco, estuvo a cargo de la ponencia “Economía de comunión y ciudadanía”, ahondando sobre la economía actual, especialmente en momentos en que es severamente exigida por la crisis sanitaria que afecta a todo el mundo. “En estos últimos meses se quitó un velo en la economía y vimos que es una gran red de ayuda recíproca y no solo un encuentro de egoísmo”, explicó, precisando, además que “la fuerza del capitalismo en estos años se ha transformado en la forma de actuar de miles de millones de personas en el mundo. Se volvió en una cultura”. Sin embargo, aseguró que tanto el pensamiento como las prácticas económicas están cambiando, y que podemos impulsar ese cambio desde y hacia la comunión.

*“Ciudadanía: historia, sociedad y fe.* Luego, fue el turno de la primera mesa redonda bajo el título “Para entender la ciudadanía: Historia, sociedad, fe y economía”, tres expertos en la materia –Dra. Ana María Stiven, Doctora en Historia de la Universidad Diego Portales, Dr. Pedro Morandé, Profesor emérito y Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica de Chile, miembro de la Pontificia Academia de Ciencias Sociales de Roma y el senador español Dr. Francisco José Contreras, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla– analizaron en profundidad el concepto ciudadanía y sus implicancias en el actual contexto país. La Dra. Ana María Stiven sostuvo que “lo que se está viviendo en Chile es una crisis de legitimidad, no sólo del gobierno, sino del sistema. Política y confianza parecen correr por carriles diferentes”. Ante lo cual se debe recuperar la capacidad de acoger y dialogar, complementado por el Dr. Pedro Morandé, quien puntualizó que “no han podido ponerse en armonía los derechos y los deberes. Y eso genera una gran desconfianza. Sabemos que vivimos en la desigualdad, como sociólogos investigamos eso todo el tiempo. La novedad no es la “desigualdad” sino la pérdida de confianza”, sostuvo. Asimismo, reforzó la importancia de vivir como católicos las enseñanzas de la Iglesia en materia social, dinámica siempre, pero estable en sus principios orientadores. Por su parte, el profesor Dr. Francisco José Contreras, aseguró que “vista desde el exterior, la historia de Chile de los últimos años es un éxito. Sin embargo, cuando una sociedad empieza a crecer, inevitablemente se genera desigualdad. La meta de un cristiano debiera ser acabar con la pobreza, pero la desigualdad es algo intrínseco en una sociedad”, apuntó. Además, los desafíos actuales para un político católico es ser coherente con una antropología de acuerdo con la verdadera imagen del ser humano.

También hubo “Encuentros zonales”, participando autoridades de sedes contribuyendo a la riqueza del Congreso.

La jornada concluyó con dos momentos breves de oración: la bendición de P. José García, O.P., Capellán Nacional UST, quien enfatizó en que como sociedad “nos precisamos los unos a los otros. Las diferencias de la naturaleza particular nos obligan a colaborar mutuamente para poder alcanzar esos objetivos comunes”. Y, en segundo lugar, el canto orante de la mano del P. Cristóbal Fones, S.J., invitando a descubrir a Cristo en cada uno.

Las grabaciones de todas las sesiones están disponibles en el canal del Congreso (tanto cada uno de los encuentros zonales como las jornadas de mañana y tarde del jueves): <https://www.youtube.com/channel/UCN09ySPMTZO-KMph9-Stgweg/videos>

## 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

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
<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**

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
<i>Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado</i>	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

<b>Título</b>	<b>Año / Páginas</b>	<b>Autores</b>	<b>Valor</b>
<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

- HÉCTOR H. HERNÁNDEZ: *“Gesta de Dios por los argentinos”*. (Sobre el homicidio prenatal desatado en la Argentina)
- ARTURO SALAZAR SANTANDER: *Análisis de la lesión en el código civil chileno a la luz de la doctrina del equilibrio contractual*
- IVÁN ARÓSTICA MALDONADO: *Leyes pro estado e indefensión: lo contencioso administrativo ante la constitución chilena, hoy*
- SILVIA MARRAMA: *Reflexiones sobre una tasa municipal por pernocte turístico para preservación del medio ambiente (ECOTASA)*
- EDUARDO SOTO KLOSS: *La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno*

## CRÓNICA

*Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Bernardita Espinoza V., Germán Masserdótti, Pedro L. Llera, Pedro Treviano, Arzobispo de Arequipa/Perú

## DOCUMENTOS

- MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco, Audiencias Generales, Patio de San Dámaso (Miércoles, de agosto y septiembre de 2020). Benedicto XVI, *Sacramentum caritatis*, exhortación apostólica sobre la Eucaristía. Extracto referido al testimonio de los católicos en su vida personal y especialmente social. Papa Juan Pablo II, Angelus, Solemnidad de la Inmaculada Concepción (Sábado 8 de diciembre de 1979). Viaje Apostólico de Su Santidad Juan Pablo II a Polonia (16-19 de agosto de 2020). Consagración del Santuario de la Misericordia Divina, Homilía en el Santuario de la Misericordia Divina, Cracovia (Sábado 17 de agosto de 2002). Congregación para la Doctrina de la Fe, Carta *Samaritanus Bonus* sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida.
- MAGISTERIO EPISCOPAL: ¿El culto de Dios no es una “actividad esencial”? Mons. H. Aguer, Arzobispo de La Plata, Argentina. Declaración de cinco obispos sobre la ilicitud de la vacuna derivada de células de abortos, 12 de septiembre de 2020. El Vaticano rechaza la inclusión del término “derechos reproductivos” en resolución de la ONU sobre la pandemia. VARIOS: Vacunas con fetos abortados. ¿Es lícito usarlas? P. Javier Olivera R., 11 de diciembre de 2020. Derecho a la blasfemia? Necesitamos criterios sólidos, J. Soley

## ACTUALIDADES

1. EUTANASIA
1. Un proyecto que atenta contra la dignidad esencial de la persona
2. Conferencia Episcopal Española y ley de eutanasia: “en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana”
3. Cuatro pandemias para una eutanasia
4. Se usa la bella noción de dignidad para matar
5. Ilícitud de la eutanasia y suicidio asistido
6. Eutanasia: catálogo de mitos
7. Las cifras de la eutanasia en Suiza son “aterradoras”
8. Grupos de discapacitados protestan contra la eutanasia
9. Presidente Donald Trump declara el 22 de enero como el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 8798-2020 (8 de septiembre de 2020)
- Corte Suprema (26.11.2020). Guarda con Servicio de Salud de Antofagasta (Responsabilidad por grave negligencia médica en atención dental a niño)
- Corte Suprema (15.4.2020.) Herman Pacheco, Patricio, c/Municipalidad de Recoleta (Nulidad de derecho público/autoridad demandada no puede allanarse a la demanda)
- Corte Suprema (26.11.2020) Paredes Álvarez c/Establecimiento de Larga Estadía para el Adulto Mayor de El Bosque (Recurso de protección acogido/impedimento de visitar a cónyuge discapacitado/afectación a la integridad psíquica/artículo 19 N° 1 de la Constitución)
- Corte Suprema (24.12.2020). Juan Ramón Fernández B./amparo (Rechaza amparo por libertad condicional improcedente/prevenición) (Comentario de Adolfo Paúl Latorre)
- Corte Suprema y “reasignación sexual” para personas transgénero, Hernán Corral Talciani

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS