

# IUS PUBLICUM

---

Nº 47 / 2021



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 47 / 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. Marcelo Elissalde Martel (Universidad Santo Tomás) - Prof. José I. Martínez Estay (Universidad de los Andes) - Prof. Hugo Zepeda Coll (Universidad Santo Tomás) - Prof. Pedro Aguerrea Mella (Universidad Santo Tomás)

REPRESENTANTE LEGAL:

Catalina Ugarte

Redacción y Administración de Ius Publicum  
Avenida Ejército 146 - 6° piso - Edificio Rectoría  
Santiago de Chile

teléfonos 22-362 4929 - 22-362 4825

e-mail: [esotokloss@santotomas.cl](mailto: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° 47

SEPTIEMBRE 2021

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

SERGIO R. CASTAÑO: <i>Estado y orden internacional. Conceptos fundamentales y categorías de abordaje</i> .....	11
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>El principio de subsidiariedad, principio fundamental del orden político</i> .....	33
ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: <i>Pasado y presente de los derechos</i> .....	47
SILVIA MARRAMA: <i>Los animales como sujetos de derechos. La paradoja ideológica de la sintiencia</i> .....	69
KATHERINE ZAMBRANO ROMÁN: <i>¿Subsidiariedad en la carrera funcionaria?</i> .....	85

## IN MEMORIAM

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA Y JOSÉ ALENZA GARCÍA: Francisco González Navarro (1930-2021). Una vocación cumplida.....	103
--	-----

## CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas</i> : Esther Gómez de Pedro. <i>Reflexiones éticas</i> : Jesús Ginés Ortega, Pedro Trevijano E., Juan Manuel de Prada, M. de Cervantes Saavedra, Eleuterio Fernández Guzmán, Alonso Gracián, Enrique A. Aguirre, P. Fernando Pascual.....	107-131
---	---------

## DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: SS. Pío XII, Radio Message of his Holiness Pius XII to Participants in The National Catechetical Congress of The United States in Boston, Pontifical Palace in Castel Gandolfo, Saturday, 26 October 1946. SS. Juan Pablo II, Audiencia General (Miércoles 12 de noviembre de 1986). ¿Qué iba a anunciar San Juan Pablo II el día de su atentado, hace 40 años?, Juanjo Romero. Cardenal Dziwisz: Juan Pablo II “pagó un alto precio pero el intento de asesinato no interrumpió su misión”. Discorso di Sua Santità Pio XII Agli Uomini Di Azione Cattolica Nel XXX° Della Loro Unione (Domenica, 12 ottobre 1952). MAGISTERIO EPISCOPAL: Mensaje de los Presidentes de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea, Los obispos europeos reclaman libertad de culto durante la pandemia y vías seguras y legales para los migrantes. † Fr. Jesús Sanz Montes, OFM, Arzobispo de Oviedo. La persecución a la educación católica en España comunista hoy. Una ley de muy mala educación. Carta pastoral sobre la coherencia eucarística en la vida pública, 1º.5.2021 (Mons. Salvatore J. Cordileone, Arzobispo de San Francisco/EE.UU.). VARIOS: Renegando de lo sobrenatural (Alonso Gracián).....	135-161
--	---------

## ACTUALIDADES

I. CHILE.....	165
1. La Convención amenazada.....	165
2. Una Convención por debajo de su altura.....	166
3. Mímesis.....	168
4. Mal de altura.....	170
5. Algunos animales somos más libres que otros.....	172
6. Pipiolos versus jacobinos: Los límites del proceso constituyente.....	173
II. ABORTO.....	176
1. Histeria entre las políticas feministas francesas por la emisión de “Unplanned” en un canal de televisión.....	176
III. MATRIMONIO IGUALITARIO.....	178
1. Matrimonio y Derecho.....	178

## JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (9.3.2021). Diego Vargas Castillo c/Ministro de Salud (Recurso de protección/libertad de culto e igualdad ante la ley/acogido, art. 19 N <sup>os</sup> . 2, 6 y 12 de la Constitución) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	183
Corte Suprema (3.5.2021). Baltierra Campos c/Tesorero Municipal de Maipú (Protección acogida – extinción de procedimiento administrativo artículo 27 Ley N <sup>o</sup> 19.880, sobre Procedimientos Administrativos) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	202
Corte Suprema (5.8.2021). Jorge A. Luchsinger Mac-Kay y otros con Fisco de Chile (Responsabilidad del Estado-Administración – origen constitucional – falta de servicio/omisión) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).....	214
Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 9529-2020 (19.11. 2020). Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia/negacionismo.....	237

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES.....	257
RESEÑA DE LIBROS.....	263
EDICIONES IUS PUBLICUM.....	271

ESTUDIOS



## ESTADO Y ORDEN INTERNACIONAL. CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y CATEGORÍAS DE ABORDAJE\*

Sergio R. Castaño\*\*

SUMARIO: I. Introducción. II. Precisiones terminológicas y nocionales. 1. Estado. 2. Soberanía. 3. Potestad política. 4. Orden internacional. III. La naturaleza de lo social y del Estado a partir de la determinación del factor constitutivo de la sociedad. 1. La comunidad en el obrar. 2. Bien común político, sociedad política y orden internacional. IV. El plano internacional desde la perspectiva de dos órdenes de categorías sociopolíticas fundamentales. 1. Las categorías de las formas de las relaciones sociales. a. Coordinación. b. Subordinación e integración. 2. Interludio: normativa y jurisprudencia internacional clave. 3. Las categorías sobre el lugar del Estado en las relaciones internacionales. a. La dimensión *supraestatal*. b. La dimensión *interestatal*. c. La dimensión *intraestatal*. d. La dimensión *transestatal*. V. Corolarios. 1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el “control de convencionalidad”. 2. El derecho del Estado a introducir reservas y declaraciones interpretativas en los tratados, también en los de derechos humanos. 3. El Estado mundial.

### I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos trae hoy aquí es un tema muy interesante y, al mismo tiempo que muy interesante –así como de aristas por momentos difíciles y arduas, desde el punto de vista teórico– es también, en particular, un tema de álgida vigencia en la praxis política y jurídica. Entonces, se trata de un tema no solamente valioso por su interés teórico sino de una marcada urgencia. “Urgencia” quiere decir que el tema de las relaciones entre el

---

\*Esta conferencia fue pronunciada el 2 de julio de 2020 para el Círculo de Formación Política de San Luis, República Argentina. Ha sido desgrabada –y quiero agradecer muy especialmente por ello– por tres miembros de los Equipos de Investigación Plurianual 2018-2020 de la UNSTA: la Abogada Gabriela Arce y los Sres. Leonardo Núñez y Lorenzo Medici

\*\*Dr. en Derecho Político (U. de Buenos Aires), Dr. en Filosofía (U. Abat Oliba – Barcelona); Investigador Principal del CONICET; Profesor titular de Teoría del Estado (U. Nacional del Comahue); Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA).

Estado y el orden internacional, el derecho internacional, los organismos internacionales y los tribunales internacionales, el gobierno mundial, hoy tal vez sea la cuestión más crítica de la Política. La más crítica que la gran Política deba atravesar. Como vamos a ver cuando establezcamos algunos corolarios, en torno de esta cuestión se dirimen desafíos de enorme trascendencia para la vida de los hombres.

Vamos a empezar estableciendo y asentando precisiones nocionales y categorías de análisis, antes de llegar a algunos corolarios, de modo de poder entender por qué esos corolarios son corolarios, de dónde se desprenden y en qué se fundan. Yo en parte voy a hablar y comentar, pero algunas cosas voy a leerlas. Precisamente mi anteúltimo libro es *El Estado en el orden internacional*<sup>1</sup> y trató sobre este tema. Libro que apareció en noviembre –y hay un último libro mío que apareció en febrero: justito, justito ¿no?<sup>2</sup>–. Este que apareció en noviembre iba a ser presentado en la Feria del Libro de Buenos Aires el miércoles 7 de mayo a las 16:30 horas. Ahí quedó sepultada la presentación, la Feria del Libro y también nosotros, bajo todo esto...

Bien, entonces también voy a leer algunos textos.

## II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y NOCIONALES

### 1. ESTADO

Nos convoca el tema del Estado y el orden internacional. Estado, ¿qué entendemos por “Estado”? Entendemos, fundamentalmente, *comunidad política* o *sociedad política*. La sociología, sobre todo a partir de Ferdinand Tönnies, ha distinguido “comunidad” y “sociedad”, pero nosotros los podemos usar buenamente de modo indiferente, indistinto. La tradición clásica (si pensamos por ejemplo en los medievales, y en la segunda escolástica) usaba *societas* y *communitas* indistintamente. Ahora bien, tenemos dos grandes acepciones políticas del término *Estado*. Una acepción amplia del término, que es significativa de la totalidad social, y una restringida, que casi formalmente alude al gobierno y a la administración. Es así como decimos “el *Estado* argentino reivindica la soberanía sobre Malvinas”: totalidad social; o “el abogado Pérez trabaja en el *Estado* (*i.e.*, es funcionario)”: la parte correspondiente al gobierno y a la administración.

Si intentamos una definición de Estado (término empleado en adelante en su sentido total, de comunidad política), se trata del plexo de

---

<sup>1</sup>Buenos Aires, EDUCA, 2019.

<sup>2</sup>Como se ha dicho *supra*, la conferencia se pronunció en julio de 2020: el texto se refiere respectivamente a noviembre de 2019 y a febrero de 2020, inmediatamente antes de las medidas replicadas en todo el mundo occidental a propósito de la llamada “pandemia”.

relaciones de integración, subordinación y coordinación de individuos, familias, cuerpos sociales y sectores nacionales asentados en un territorio propio, que se aúnan teleológicamente, o sea finalísticamente, en el todo práctico de orden de una sociedad que es específicamente *autárquica*, o sea autosuficiente por la participación del bien común político y, por ende, independiente en el orden temporal. Una sociedad dotada de una potestad suprema (acá entra el tema de la soberanía del Estado) y un ordenamiento jurídico que no es parte de otro ordenamiento jurídico, ni depende de otro ordenamiento jurídico. Esta caracterización del ordenamiento jurídico de la comunidad política tiene clara impronta vitoriana: “magistrados propios” decía Vitoria, y “un ordenamiento jurídico que no es parte de otro” (esto es fundamentalísimo). O sea un ordenamiento jurídico que es un *todo*. En definitiva, la comunidad política es *independiente* de todo otro poder político-jurídico.

## 2. SOBERANÍA

No voy a abundar en la historia del término *Estado*. Como término para designar a la comunidad política, el término *Estado* aparece y surge en la modernidad, y no tampoco en los primeros siglos de la modernidad, sino que termina imponiéndose recién hacia el siglo XVIII; en el siglo XIX ya está plenamente aclimatado –si pensamos en Hegel, por ejemplo–. Entonces, se habla del Estado soberano. Esto es un principio, digamos así, del derecho internacional público, con la propia terminología del derecho internacional público: el *Estado soberano*. El término de *soberano*, aplicado a la comunidad política es ligeramente *fautif* (para decirlo en francés) –y, para decirlo en criollo, *falluto*. Efectivamente: *soberano* viene de *supremo*, “el que está por encima de”. La comunidad política, frente a las otras de su mismo rango o naturaleza, no está *por encima de*, caso contrario estarían todas recíprocamente, unas respecto de otras, por encima, y esto significaría ya un planteo que *in limine* estaría dibujando una potencial conflictividad. No es que el término *soberanía* o la idea de soberanía en algún momento no se haya planteado con estos ribetes de potencial conflictividad, de enfrentamiento dialéctico, de supresión del otro. Podríamos pensar en Hegel por ejemplo, como una figura representativa de esta concepción. Ahora bien, lo que ocurre es que no es tampoco inválido hablar de Estado soberano en la medida que, traslaticiamente, la nota de la potestad suprema se traslada a la comunidad, de la cual esa potestad es órgano de conducción<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>En el diálogo con los asistentes, posterior a la conferencia, se suscita la siguiente precisión del expositor: “La soberanía –ya entendida no como superioridad sobre las demás comunidades políticas sino como señorío sobre sus propios asuntos, en lo interno y en lo externo– puede ser considerada asimismo como un derecho del Estado en tanto persona moral y jurídica. Consiste

### 3. POTESTAD POLÍTICA

Por su parte, la potestad política tiene como fin primario la dirección al bien común político: ese es el fin primario de la potestad del Estado. Se trata de una función de la sociedad absolutamente inamisible; o para decirlo de otro modo, “inquitable”: inderogable e imprescriptible, con la cual la comunidad política se conduce hacia su fin. Y, asimismo, es función secundaria de la potestad política el llamado modernamente por Weber “monopolio de la coacción física”, que le pertenece por la naturaleza de la cosa: podríamos decir por derecho natural. La potestad política tiene el derecho y la obligación de ejercer funciones tuitivas, o sea de resguardo, y punitivas, o sea de castigo, tanto hacia dentro como hacia afuera de la comunidad. Ahora bien, estas dos subfunciones, que de alguna manera se integran dentro del concepto de monopolio de la fuerza, tienen un carácter accesorio, tienen un carácter de medio respecto de la función principal, que es la dirección hacia el fin común participable.

### 4. ORDEN INTERNACIONAL

Por otro lado, tenemos el orden internacional. El orden internacional tiene como sujetos primarios, no exclusivos, pero sí primarios, fundamentales (*i.e.*, los sujetos en sentido fuerte), a las comunidades políticas o Estados. Es importante señalar, de pasada, que a veces se carga, dentro de ciertas corrientes de pensamiento (de ciertas líneas que están dentro del pensamiento clásico, tradicional) contra los términos “Estado” y “soberanía”. Últimamente se ha puesto en boga cargar contra los términos de *Estado* y *soberanía*. No vale la pena hacer esto para defender las concepciones clásicas. El término “soberanía”, aplicado a la potestad suprema –calificando, determinando, definiendo, la nota propia de la potestad suprema– es perfectamente lícito: es más, es apropiado. Si se quiere hablar de “Estado soberano”, traslaticiamente, esto es lícito. Y usar el término “Estado” no desdice de la realidad de las cosas. “Estado” es el nombre moderno y contemporáneo de la comunidad política. Así la han llamado, en Argentina por lo menos<sup>4</sup>, Casares, Meinvielle, Soaje Ramos, Lamas, Hernández, Medrano y quien les habla (discípulo de los cuatro últimos). Entonces, así como en Grecia había *polis*, así en la época contemporánea hay Estado, y

---

en la ultimidad decisoria sobre toda cuestión jurídica y política que tenga lugar en su seno (la cual no niega de suyo ni la autonomía de los grupos infrapolíticos ni los fueros de la ley de Dios), así como en la necesaria y legítima libertad en el ámbito internacional. Es un derecho de ejercicio obligatorio, no facultativo, que les compete a los órganos supremos del Estado”.

<sup>4</sup>Porque también lo han hecho, por ejemplo, Louis Lachance, Francesco Olgiati, Arthur-F. Utz y Santiago Ramírez, entre otras figuras consulares del tomismo contemporáneo.

esas son las comunidades políticas que la realidad empírica nos muestra hoy. Es la manifestación histórico-empírica de una necesidad ínsita en la naturaleza humana, en tensión a su perfección. Esa perfección en el plano natural no se lograría si no fuera por la participación del bien común político, que es el fin de la comunidad política. Y que el Estado (moderno) arrastre lastres y taras, como absolutismo, positivismo, totalitarismo, no hace que decaiga de su naturaleza de comunidad política, convocada por una inclinación primaria de la naturaleza humana. Esta inclinación –así como el fin al que se ordena: el bien común político–, nótese, no se dejan absorber por gangas ideológicas. Afirmar esto último conllevaría suponer, siquiera implícitamente, que la naturaleza humana es un puro producto de la historia y que su existencia “clásico/tradicional” ha sido derogada. Lo cual no puede aceptarse acriticamente en plano de “las cosas mismas” (como decía Husserl); y ante todo debe ser rechazado sin más por un iusnaturalista clásico, o un tomista...

El orden internacional es, en su eje, el orden jurídico que establecen las comunidades políticas para relacionarse entre sí, para atender los asuntos comunes que les conciernen y para ayudarse recíprocamente. Y también el derecho internacional público regula, y no debe dejar de regular, las lamentables situaciones de hostilidad que puedan producirse entre las comunidades políticas: el derecho de la guerra, no solamente el *jus in bello*, que es lo que se puede hacer lícitamente en la guerra, sino el *jus ad bellum*, la capacidad, la facultad, el derecho de la comunidad política a defender su existencia y sus derechos –paso extremo, pero lícito según el principio del derecho natural *vim vi repellere licet*–. Incluso más que legitimidad (facultativa), habría una obligatoriedad en la defensa de la supervivencia de la comunidad política. Y también esto está regulado por el derecho internacional público, como planteamos. Aunque no está de más decir que el derecho de la guerra, dentro de la doctrina del derecho internacional público, ocupa un lugar cada vez más acotado. Se trata de no hablar de la guerra. Ahora bien, como observó certera y premonitoriamente Carl Schmitt en *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* y *Der Nomos der Erde*, no porque no se hable de la guerra va a dejar de haber guerras, y no porque se les retacee el nombre de “guerras” a las agresiones armadas contra un Estado, va a dejar de haber agresiones armadas y violencia colectiva. Únicamente que no se van a llamar “guerras”. Pero, como también observó muy bien Carl Schmitt, el hecho de que a la guerra no se le llame “guerra” es enormemente peligroso. ¿Peligroso para quién? En gran medida, aunque no exclusivamente, para las potenciales víctimas de la guerra, para las sociedades y las personas, porque la guerra, con sus horrores, quedará *de facto* fuera del Derecho y su regulación. Y el enemigo ya no será un par, digno de respeto como comunidad política, sino un réprobo, un bandido, un maldito, al que no se le declara la guerra, porque no hay guerra entre el policía y el malhechor... Pero bueno, acá

se abre otro tema de enorme interés (decir “enorme” es poco), en el cual no podemos detenernos. Hay aquí una especialista en este tema, la Dra. Andrea Sereni, que nos podría decir mucho sobre esto.

El orden internacional, formalmente, canónicamente (y yo estimo que con una razonabilidad aceptable), se dice que aparece en el siglo XVI. Pero ¿qué, acaso no había comunidades políticas antes? Sí, por supuesto que había comunidades políticas, pero yo diría que con escasas relaciones, y sobre todo con un cuerpo jurídico de reglamentación, de regulación de esas relaciones recíprocas, que no tenía la dimensión, la complejidad, que va a tener a partir del siglo XVI. Por otro lado, también es un tópico decir que en la Edad Media, por ejemplo, las relaciones en la Cristiandad se daban entre los reinos y otras distintas comunidades políticas que la integraban. Ahora bien, si pensamos en el *ad extra* de la Cristiandad, no eran en general relaciones donde se reconociesen al otro como un *alter* con quien colaborar e interactuar amicalmente. Así, si se piensa en los musulmanes, por ejemplo; y no solo en los musulmanes, sino también en los vikingos que asolaron Europa durante siglos desde el norte. O en los pueblos amarillos que acosaron a la Cristiandad, durante siglos; en las oleadas de los otomanos (oleadas entroncadas racialmente con los pueblos amarillos). Semejante *otro*, era un otro que era un enemigo, no era un *alter ego* con el cual entablar relaciones de paz y cooperación, sino que era alguien del que había que precaverse, estar preparado para resistirlo en combate, o incluso pasar a la ofensiva atacándolo. En cambio, de alguna manera en el siglo XVI, el *orbe* es como si tomara conciencia de sí mismo; y toma conciencia de sí mismo también en su diversidad, ya que aparecen otros pueblos. Con el descubrimiento de América aparecen todavía otros pueblos más, diversos por su raza, cultura y religión. Después se produce la reforma protestante: entonces de alguna manera estalla la diversidad y se descubren fundamentos racionales para establecer relaciones con el otro racial, cultural y religioso, que no sean relaciones de hostilidad.

### III. LA NATURALEZA DE LO SOCIAL Y DEL ESTADO A PARTIR DE LA DETERMINACIÓN DEL FACTOR CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD

#### 1. LA COMUNIDAD EN EL OBRAR

Un punto central en este tema, y que es un presupuesto de lo que después se vaya a poder decir con propiedad, un presupuesto de lo que se pueda establecer como jurídicamente válido, es la detección de los núcleos sociopolíticos. O sea que lo que se pueda decir en el plano de la justicia va a tener un presupuesto en esto: en la detección del relieve social, en la inspección del relieve de “las cosas humanas” en orden a detectar cuáles

son los núcleos sociales, cuáles son las sociedades en sentido fuerte (*i.e.*, en sentido propio), y dentro de esas sociedades en sentido propio, cuál es “la” sociedad: el primer analogado de sociedad humana, como lo es la comunidad política. Esto es fundamental, porque a partir de acá vamos a poder plantear cuáles son los ejes, cuál es el quicio de la relación entre el Estado y el orden internacional. Yo a esto lo tengo desarrollado en uno de mis libros, *El Estado como realidad permanente*, un libro que ya tiene veinte años, pero que en varios sentidos plantea algunas de las líneas de trabajo que he venido siguiendo desde entonces<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿qué es lo que hace que una sociedad tenga unidad? ¿Acaso la identidad? O sea: ¿el compartir la misma naturaleza? No. Porque todas las sociedades humanas están integradas por personas, por hombres, todos comparten esta misma naturaleza. Entonces, a partir de la constatación de que son hombres, yo no distingo a la familia Pérez de la familia García, no distingo al gremio metalúrgico del gremio de los transportistas. Y, sobre todo, formalmente, no distingo una familia de un gremio. Entonces, es una condición *sine qua non* para que haya sociedad humana que sus miembros sean humanos. Pero es condición necesaria, no suficiente. Porque de hecho el elemento de cierre, de definición de las distintas especies de sociedades, no es la identidad de naturaleza.

Acaso lo sea la semejanza: y acá pasamos de compartir la misma esencia a la semejanza que se da en el predicamento cualidad. El predicamento cualidad tiene como uno de sus subpredicamentos el hábito y la disposición. Así, en la línea del hábito y la disposición se verifican las dimensiones que después, desde el punto de vista antropológico, sociológico y político, nosotros vamos a identificar como realidades nacionales. La realidad de la *nación* es análoga a esos hábitos que tiene el individuo, y que definen (*rectius*: individualizan) la naturaleza de cada sujeto humano. La naturaleza no tiene definición pero de alguna manera existen notas que caracterizan a cada individuo con sus disposiciones propias, intransferibles, acrisoladas a lo largo de una historia vital. Eso mismo se da analógicamente –con analogía de proporcionalidad propia– en el plano colectivo. Entonces, en el plano colectivo también vamos a tener hábitos. Tales hábitos colectivos es lo que se puede denominar la *cultura*. Este compartir una cultura –y, sobre todo, cuando esta cultura se asienta sobre una base étnica común–, esta amalgama étnico-cultural, es lo que confiere dimensión a la *nación*, a la nación en sentido estricto: ella, estrictísimamente, no es una realidad social. Y no lo es porque no es una sociedad. En efecto, tener una determinada cultura entroncada en una base étnica, con idioma, tradiciones, etc., comunes, tampoco realiza el *cierre* social, porque las sociedades políticas son en general plurinacionales y muchas naciones son pluriestatales. Esto es lo que el

---

<sup>5</sup>*El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 2003; reedición 2005.

principio ideológico llamado “de las nacionalidades” pretendió negar. Un principio terriblemente revolucionario, profundamente revulsivo del orden histórico dado, que fue lanzado al ruedo, preconizado, por Pasquale Stanislao Mancini, rector de la Universidad de Turín, en su discurso rectoral de 1851 sobre las nacionalidades, según el cual a cada nación, a cada grupo nacional, le *debe* corresponder un Estado. Se trata del principio ideológico por el cual las naciones, los grupos étnico-culturales, que se encontraban históricamente asentados en reinos, en imperios y demás, debían reclamar su independencia. Luego esas antiguas (históricamente legitimadas) comunidades políticas tenían que desaparecer. Y ¿qué pasaba cuando las naciones estaban en dos Estados? Y ¿qué pasaba cuando el asentamiento territorial de la nación tenía dentro otro grupo nacional?: ¿qué había que hacer con este otro grupo nacional? Bueno, esto fue, de alguna manera, una de las causas de los enfrentamientos brutales, intra e interestatales, que han sacudido a la humanidad entre fines del siglo XIX y todo el siglo XX. Dicha causa ha radicado en la tergiversación, a causa del principio de las nacionalidades, de las exigencias emanadas de realidad perfecta y espontánea de la nación. Pues la nacionalidad es algo benéfico y natural, en la medida en que señala un cauce y un perfil concretos al desarrollo colectivo de las personas. Así como hay hábitos que marcan y orientan nuestra personalidad, también hay hábitos que marcan la personalidad de la nación. Pero la nación, en su sentido estricto de compartir raza, cultura, idioma no se corresponde automáticamente con el Estado. Ejemplo paradigmático de esto serían los gitanos. La nación reviste relevancia política (cohesiva, por ejemplo); pero no es en sí misma una realidad social, salvo que tenga vocación política (que no es obligatoria para sus miembros). En cuyo caso deberían operarse en el seno de la nación relaciones de integración movidas por la intención de consecución de un fin político: el cual le otorgaría a la nación, así, existencia política y jurídica. Lo veremos enseguida *infra*.

En el caso de la identidad, como en el caso de la semejanza, tenemos una unión, pero –como la llama Guido Soaje comentando a Eschmann– una unión en la línea del ser. Ahora bien, no es por lo que *son* las personas por lo que se constituyen sociedades, sino que se constituyen sociedades por lo que *obran* las personas. Tenemos aquí, en la línea del obrar, dos grandes dimensiones: la interdependencia y el fin común. La *interdependencia*, básicamente, significa necesitar del otro para cumplir el fin propio. No se tiene un fin común, pero existe una necesidad recíproca entre individuos o grupos. En *El Estado como realidad permanente* yo pongo unos cuantos ejemplos de esta clase de relación en la línea del obrar, y uno de los ejemplos que tal vez sea claro es el de un bufete de abogados (un estudio de abogados) y un gremio. El gremio, para defender sus derechos, necesita de los abogados. Los abogados, para desarrollar su vocación y ganarse la vida, necesitan del trabajo que les ofrece el gremio. Entonces, el bufete de

abogados patrocina al gremio. Pero no porque esto ocurra los abogados se hacen miembros del gremio. Ni los trabajadores agrupados en el gremio se hacen miembros del bufete. Se necesitan recíprocamente para cumplir su fin. Hay interdependencia: dependen entre sí, pero no tienen un fin común. Entonces ahí tenemos el obrar humano, pero un obrar humano que, en la pura interdependencia, no constituye una sociedad. Pues *la sociedad se constituye por un fin común, fin común que, en el caso de la comunidad política, en la máxima realización de los fines prácticos (o sea, realizables por el hombre): el bien común político.*

Desde ya vamos adelantando un poco algunas nociones, porque el tiempo nos impone límites en la exposición de esta materia compleja. En el plano *internacional*, nosotros vamos a tener, como parece indicarlo la locución misma, *nación*. Mas el término está tomado, según un uso aclimatado, como sinónimo de “Estado”. Luego, el plano *internacionales interestatal*. Ahora bien –y esto es clave– en el plano internacional se verifica *interdependencia*. Pues no hay, en sentido estricto, un fin común social que aúne y convoque a una sociedad en sentido propio, como lo es la comunidad política. Si hubiese un fin análogo o idéntico al de la comunidad política, existiría, pero a nivel planetario –convocada y atraída por ese fin, necesitada por la consecución de ese fin– una comunidad política: existiría un Estado mundial, cosa que no ha existido jamás. Sin embargo, se habla de bien común internacional, como también se habla de “nación” para decir “Estado”. Y se habla de la sociedad humana, o de la humanidad como una sociedad. Pero son usos impropios. La nación no es el Estado. La humanidad no es una sociedad. Advertidos de lo que son las cosas, en sede científica no conviene usar los términos con impropiedad. Aunque bueno, han visto cómo es el lenguaje; sobre todo el lenguaje de la praxis tiene estas cosas. Por lo mismo se habla de “bien común internacional”, pero el bien común internacional no es un bien común como el bien común de la familia, no es un bien común en sentido propio, como sí lo son el bien común de la comunidad política, o del gremio, o de la cooperativa, o de la Universidad. Mencionamos en esta enumeración las dos sociedades naturales, de las cuales una es imperfecta, porque su fin específico no alcanza a plenificar a todo el hombre: la familia; y la otra es sociedad natural pero perfecta, porque en el plano natural (mundanal) su fin propio y específico alcanza a plenificar a todo el hombre: la comunidad política o Estado. Pues bien: no tenemos un equivalente de esta última en el plano mundial y la razón de ello es que no hay un fin, no hay un bien común político mundial. Sin embargo, ¿acaso no hay bienes en juego en el plano internacional, a los que quepa llamar “bien común internacional”? Sí: la paz, entendida como seguridad, fundamentalmente; la cooperación, que puede ser una cooperación en un nivel muy básico, o una cooperación en un sentido “proactivo”, de solidaridad. Ahora, incluso el hecho de ser solidario con otros no me transforma en miembro

de una comunidad junto con el otro. Es un tipo de relación horizontal, de coordinación y no, como veremos, una relación de integración.

## 2. BIEN COMÚN POLÍTICO, SOCIEDAD POLÍTICA Y ORDEN INTERNACIONAL

El fin común en sentido propio significa un fin que no está al alcance de los miembros actuando aisladamente, y que necesita de la cooperación concertada de los miembros de ese grupo. Por un lado, es un fin que es común en cuanto a la gestión y a la consecución, es decir que no podría ser gestionado ni conseguido por el esfuerzo aislado de los miembros. Por otro lado, es un fin que es común por la participación, porque refluye perfectamente sobre todos los miembros. Este fin, ya como bien común político, encierra, en sentido estricto, dimensiones espirituales. Un talante histórico, una tradición, un estilo de vida en común, un patrimonio cultural, un perfeccionamiento intelectual anejo a ese patrimonio cultural, la amistad cívica, que en su forma más alta es la *pietas* (el patriotismo), y la justicia general. Por supuesto que en el bien común político, hay otra serie de bienes que tienen carácter dispositivo, carácter instrumental, como son los bienes económicos. Pero el quicio, la esencia misma del bien común político está constituido por bienes de carácter espiritual. Reiteramos: un patrimonio intelectual, una tradición, un estilo de vida consociada, la amistad política y la justicia. Por su parte, la forma más alta de justicia es la justicia general o del bien común, que se ve a la vez facilitada y superada por algunas virtudes anexas a la justicia, como la *pietas*. Tenemos, digamos así, el “núcleo duro” del bien común político, respecto del cual todos los otros bienes son instrumentales o dispositivos, como en el caso de los bienes materiales destinados a la satisfacción de las necesidades corpóreas. El bien común no es un conjunto de condiciones para perfección de las partes. El bien común político es la máxima perfección gerenciable y alcanzable por los hombres, y participable por los hombres, en el plano natural. No es un medio para el fin individual, sino que es un fin de cuya plenitud las partes, individuos y grupos, pueden participar. Esto es importante tenerlo en cuenta: contrariamente a lo que muchas veces se dice en sede clásica (*rectius*: que pretende ser clásica), el bien común no es un conjunto de condiciones para la perfección de las personas. Eso sería “poner el carro delante de los bueyes”, poner el bien común al servicio del bien individual, poner el medio delante del fin, o el fin al servicio del medio, confundir la causa con la condición, etc. Sobre esto yo tengo un trabajo, en el que pretendo haber demostrado que el bien común, en su sentido propio, no es un conjunto de condiciones<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Ha aparecido en Italia, España, Argentina y Chile (en este último caso, publicada en *Ius Publicum*, N° 28, 2012, 17-33). También podemos remitir a nuestro “El bien común político

Ahora bien, se pueden dar escenarios en los cuales se plantee este conjunto de condiciones, que son bienes también, pero no bienes del rango del bien común en sentido propio ¿Dónde se podría decir que hay un conjunto de condiciones para la perfección de las partes? En el orden internacional. Los bienes que integran el bien común internacional tienen carácter dispositivo e instrumental. Pensamos, por ejemplo, en el cuidado del medio ambiente. El cuidado del medio ambiente, como bien, se mide por el bien del hombre. El hombre no está al servicio del medio ambiente. Entonces, una sana y armónica relación entre el hombre y el medio ambiente, por más que signifique y comporte respeto por el medio ambiente, de todas maneras tiene que guardar la medida última que es el bien humano. Bien humano que en su máxima expresión mundanal se da en el bien común político. Entonces, incluso aquellos bienes que no se pueden resguardar por los propios Estados actuando particularmente, tienen este carácter dispositivo o instrumental. Están al servicio de *la vida buena*, como decía Aristóteles cuando hablaba de la vida virtuosa que se expande en la vida política: están al servicio del bien común político de los Estados del orbe.

En el orden internacional sí habría, pues, un conjunto de condiciones. Si pensamos en la seguridad, la seguridad estrictamente no es un bien común, sino que es un bien instrumental. Se ordena a que las partes puedan desarrollarse, a que puedan recorrer sin cortapisas su camino de plenitud. En medio de la inseguridad física, tanto individual (por la delincuencia) como colectiva (por las revueltas intestinas o las agresiones exteriores) mal podrían los hombres y los pueblos desarrollar sus virtualidades perfectivas. Entonces, la seguridad también tiene un carácter instrumental, de una manera más clara todavía que el medio ambiente. Luego, en el orden internacional hay un “bien común” (en sentido impropio), porque no es un auténtico bien común, así como no hay estrictamente una sociedad igual a la sociedad política, en el nivel internacional. Permisivamente podemos usar el término, pero allí el “fin común” de esa “sociedad” tiene rango de un conjunto de condiciones. Por ello cuando se acude a la noción de “bien común regional latinoamericano” –entendiendo allí “bien común” en su sentido pleno, propio– para pretender probar la primacía del tratado internacional sobre el ordenamiento jurídico del Estado, sobre la misma Constitución del Estado (así lo viene haciendo Néstor Sagüés), se está cometiendo un error en la premisa, del que se seguirá necesariamente una conclusión falsa.

---

en *Natural Law and Natural Rights* en cotejo doctrinal con el tomismo”, en *Persona y Derecho*, vol. 83, 2020/2, 611-635.

#### IV. EL PLANO INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE DOS ÓRDENES DE CATEGORÍAS SOCIOPOLÍTICAS FUNDAMENTALES

Los interrogantes respecto del control de convencionalidad asumido como una “cuarta instancia” por encima de los tribunales supremos nacionales; o bien la cuestión de si el Estado tiene derecho a establecer reservas y declaraciones interpretativas en los tratados de derechos humanos; por último, la posibilidad de juzgar si una “gobernanza global” sería legítima o ilegítima. Todas estas cuestiones gravísimas pueden tener un principio de esclarecimiento a partir de la consideración de las nociones que hemos visto, unidas a los dos órdenes de categorías sociales y políticas que expondremos a continuación. Ello no es de extrañar, por cuanto la justicia depende de la verdad de la praxis, y esta, en lo que hace a los cuestionamientos de marras, se alcanza investigando los fundamentos ontológicos –y, correspondientemente, axiológicos– del orden político.

##### 1. LAS CATEGORÍAS DE LAS FORMAS DE LAS RELACIONES SOCIALES

Aduzcamos ahora las tres formas de relaciones sociales, tal como las planteó un sociólogo ruso, Georges Gurvitch, en *L'idée du droit social* (1932) y *Les formes de sociabilité* (1939). Ellas ayudarán a sustentar los lineamientos que hemos ya esbozado sobre la naturaleza del orden político y de su fin propio y específico, así como sobre el orden internacional. Estas categorías permitirán asimismo profundizar más los planteos sobre el Estado y el orden internacional.

###### a. *Coordinación*

Las relaciones contractuales, las relaciones sinalagmáticas, por ejemplo las que se dan en un contrato, son relaciones de *coordinación*. En el orden internacional, jurídicamente, los Estados se vinculan a través de los tratados internacionales. Se trata de la regulación jurídica entre sujetos iguales, que se obligan recíprocamente en relaciones horizontales –y, *nota bene!*, facultativas.

Acentuamos el carácter facultativo de la vinculación internacional por tratados, dado que la comunidad política es un sujeto libre para gerenciar sus asuntos en el orden internacional y por ello no tiene obligación de adherir a uno u otro tratado internacional. La comunidad política constituye una realidad humana de suyo valiosa (un acorde en la perfección sinfónica de la humanidad políticamente organizada, valdría la metáfora), y por ello tiene la obligación de preservar su existencia. Una vez nacida y siendo viable su vocación a la vida política –independiente, *soberana*–, esta comunidad política tiene derecho a la existencia política, a perseverar

en su existencia. La comunidad política, según Heller, o sea el Estado, es un presupuesto del derecho internacional. Es decir, *hay derecho internacional porque hay comunidades políticas*, que se ponen de acuerdo y lo establecen, sea mediante tratados que los Estados deciden suscribir, o bien a través de la costumbre.

#### b. Subordinación e integración

Las relaciones, orgánicas, formales, legítimas de subordinación se dan en el marco de relaciones de integración, o sea que porque hay integración en una comunidad, luego aparecen relaciones de subordinación (jurídicamente reguladas, si la comunidad es política). Es una relación de subordinación obligatoria, porque la obligatoriedad surge de integrar el grupo social –y, resolutivamente, de la necesidad de consecución del bien común, que depende de la conducción de la autoridad comunitaria–. Esto es esencial: el origen de la misma obligatoriedad, se encuentra, justamente, en la necesidad de cumplimiento del fin. A la subordinación del ciudadano en el Estado es fundamental diferenciarla del sometimiento a malhechores, en el cual el subordinado va a seguir lo mandado en base a una premisa del temor, o de violencia irresistible, siendo que la nombrada relación de subordinación funda su obligatoriedad en el título de la autoridad y en última instancia en la necesidad de fin. En un gobierno tiránico sucede lo mismo que frente a la amenaza del delincuente, se obedece por temor. Porque ante grave ilegitimidad la obligación de obediencia, el *debitum obediendae*, ha caído, sea respecto de un mandato particular, sea ante el régimen *in toto*... Aquí las categorías de Gurvitch terminan de fundamentarse, de completarse, con la doctrina misma de Santo Tomás en *II Sententiarum*, dist. 44.

Ya en el plano institucional, la fertilidad de estas categorías aparece diáfana. Por ejemplo: los órganos de poder de un estado miembro del Estado federal se subordinan orgánica y obligatoriamente, legítimamente, *de iure*, a los órganos del Estado federal. *Hay subordinación jurídica porque hay integración política plena.*

## 2. INTERLUDIO: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CLAVE

Hermann Heller dice que el derecho internacional tiene un carácter incompleto o “imperfecto” porque le falta certeza de sentido y certeza de ejecución (o sea, no hay una autoridad coactiva mundial<sup>7</sup>). Pero la primera

---

<sup>7</sup>En el diálogo sostenido al final se planteó el tema del Consejo de Seguridad de la ONU. Parte de mi respuesta fue: “Cuando se creó el Consejo de Seguridad de la ONU, el importante teórico del estado español Nicolás Pérez Serrano dijo: bueno, con este órgano ya se acaba la soberanía del Estado, se acaba *de iure*. Fue el conato o el intento más serio de plantear una certeza de ejecución en el plano internacional. Y sin embargo fue hecho –esto es muy

es todavía más importante, porque la última palabra sobre lo justo concreto objetivo la tendrá siempre la comunidad política; y por otra parte el orden jurídico internacional no corresponde al orden jurídico de una comunidad política, sino al de un pluriverso de comunidades libres pacticiamente vinculadas. Entonces es pertinente recordar, a propósito de esto, la Convención de Viena sobre los tratados. Se suele citar, en este contexto actual de internacionalismo embravecido, para reafirmar la obligación de los Estados frente a los tratados, su:

art. 27: *“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.*

No obstante, precisamente el art. 46 reconoce el derecho de preservar la consistencia jurídica de la comunidad, en estos términos:

art. 46, 1. *“ El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.*

Si se ve afectada la integridad de la comunidad política, esta tiene derecho al incumplimiento del tratado. Pero, además: ¿quién decide si una exigencia emanada del tratado afecta una norma fundamental del derecho interno?, ¿lo decide el derecho internacional? De nuevo: si en una situación extrema, o de excepción, aquello que estipula el tratado no se puede cumplir si no es a costa de una afectación a la comunidad política, ¿quién es aquel que decidirá si se debe o no se debe cumplir? Tenemos que tener en claro que es una situación en la cual no solo se puede no cumplir, sino que se

---

interesante observarlo y tenerlo en claro— de manera tal que no pudiera cumplir esa función, porque las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, que en el lenguaje del derecho internacional se siguen llamando tales (son “las potencias vencedoras”: el orden de Yalta no ha caducado), las potencias vencedoras tienen poder de veto y ese poder de veto invalida que se pueda plantear una política homogénea con certeza de ejecución, inclusive a nivel de ese órgano supremo. Si se juntasen todas esas potencias que lo integran, las potencias vencedoras, imaginemos: Inglaterra, Francia, Estados Unidos, Rusia como heredera de Unión Soviética y China, sería un poder incontrastable, monstruoso. Pero este Consejo ya fue creado para que no funcionase como tal —y esto es muy interesante, porque no es cuestión de que lo hicieron mal. No, lo hicieron bien. ¿Por qué lo hicieron bien? Porque no hay un Estado mundial, entonces no podían crear un órgano coactivo que funcionase imponiendo la certeza de ejecución: estaba en la naturaleza de la cosa del orden político global que no hubiese un órgano así. Entonces se creó el órgano, *ma non troppo*, un órgano con las manos atadas, *de facto*.”

*debería no cumplir*, ante el riesgo de comprometer un factor substantivo del orden jurídico comunitario ¿En estado de excepción quién decide? Carl Schmitt dice que el Estado soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción. La respuesta es: la propia comunidad política, velando por su propia integridad, tiene la potestad (y el derecho) de no cumplir: esto es el caso de “existencia” (el *Existenzfall* de Heller en *Die Souveränität*), o sea, la comunidad política, velando por sí misma, por su incolumidad, no cumple con las provisiones del tratado. Entonces la última palabra la tiene la comunidad política, no el derecho internacional.

La Corte Internacional de Justicia en el *leading case* “Nicaragua contra Estados Unidos” (1986) sentencia que “en el principio de soberanía del Estado reposa todo el derecho internacional público”. Así se reconoce que es un principio propio del Estado, que la soberanía reside en forma esencial en el Estado; y cabe establecer una clara vinculación entre este fallo de la Corte de La Haya y lo planteado 60 años antes por Herman Heller. Esto se contrapone a otras teorías vigentes hoy, que pretenden que la soberanía del Estado constituye una delegación de competencias que opera el derecho internacional, que este la delega en los Estados –la cual es una teoría que se contrapone con la realidad; pues los organismos internacionales son aquellos que *reciben* atribuciones y en algunos casos competencias (como los tribunales internacionales, que surgen de los tratados), delegadas por parte del Estado y ejercidas por los organismos en la medida de lo delegado por parte del Estado, y con los límites de lo estipulado en el tratado. Esta delegación es libre, siendo que es voluntaria, facultativa y susceptible de revocación. Las organizaciones internacionales existen porque hay tratados internacionales (que se basan en relaciones jurídicas de coordinación), que crean ciertos organismos destinados a actuar en ciertos asuntos de interés común. Existe una organización internacional porque un tratado le ha dado origen.

### 3. LAS CATEGORÍAS SOBRE EL LUGAR DEL ESTADO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Para continuar con el desarrollo de nuestra temática, es esencial proceder a exponer unas categorías de análisis de las relaciones internacionales que pivotan sobre el lugar del Estado dentro de esas relaciones. Se las debo a Raymond Aron y al maestro de la ciencia política José María Medrano, de quien tuve el honor de ser adjunto en la cátedra hace 20 años. Las hemos desarrollado en *Orden político y globalización*<sup>8</sup>. Aquí las reportamos muy suscintamente:

---

<sup>8</sup>*Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

a. *La dimensión supraestatal*

Es habitual incluir en ella –y a veces hasta nuestras representaciones mentales inclinan en ese sentido– todo el arco de organizaciones internacionales que han surgido de tratados entre los Estados. Acá se da la falsa imagen de que las mismas están por encima de los Estados. Sin embargo, hay que recordar que esas organizaciones existen por decisión libre de los Estados. El fundamento de ellas se encuentra necesariamente en lo *interestatal*, porque sin tal dimensión no existirían. Por idéntica razón, debe repararse en que en sentido estricto no hay una esfera decisoria (política) *supraestatal*. Y no solo no existe ni ha existido hasta hoy en el orbe. Sino que jamás podría existir: porque si el pluriverso estatal fuese anonado o los Estados aceptasen su integración en una sola entidad política soberana ...seguiría sin haber dimensión política decisoria supraestatal: habría *el* Estado, un único Estado. Digamos, de paso: de allí el equívoco de hablar del “fin del Estado”. Por ejemplo, algunos especialistas en el derecho comunitario de la UE, que hablan de “fin de la estatalidad”. Porque o hay Estados (en la UE) o hay un Estado europeo: *tertium non datur*.

Sea como fuere, esta dimensión actúa como factor legitimante de intereses de poder e ideológicos transnacionales. Así, si la ideología “*LGTB*, etc.” busca validación jurídica (y moral...) recurrirá a las agencias de la ONU, como sus voceros autorizados. Lo mismo ocurre con la promoción del aborto. También varios *treaty bodies* de tratados de derechos humanos promueven esas causas. Por su parte, el capital financiero encuentra representantes en organismos públicos internacionales, como el FMI o el Banco Mundial. Y este año se ha visto cómo los intentos de forzar una “gobernanza global” contaban con el concurso –instrumental– de la OMS.

b. *La dimensión interestatal*

Integrada, en el plano jurídico, por toda la gama de acuerdos entre los Estados.

c. *La dimensión intraestatal*

Constituida por todos los procesos y acciones que tienen lugar en el seno de la comunidad política. Esta dimensión se halla fuertemente influida por las otras tres, en especial en este tiempo de globalización económica y mediática y de internacionalización del derecho.

d. *La dimensión transestatal*

Esto está ejemplificado, en el mundo contemporáneo, por agencias no públicas (ONGI), como “Greenpeace” o “Planned Parenthood”. Asimismo,

y decisivamente, por el gran capital –sobre todo el financiero: ya en los años 90, el volumen de las transacciones financieras superaba sesenta veces al de las comerciales–. Su poder de presión sobre el ámbito político se ha ido incrementado progresiva e irresistiblemente.

Un aspecto inquietante –y que muestra las cotas cada vez mayores de ilegitimidad que registra el escenario actual– es el influjo que simples particulares, amparados en su condición de plutócratas, como personeros de intereses particulares transnacionales, ejercen sobre los ámbitos de decisión política inter e intraestatal. Las figuras de Soros, Gates y la familia Rothschild resultan ejemplos canoros.

## V. COROLARIOS

### 1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

El llamado “control de convencionalidad”, como facultad pretendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se asienta en un presupuesto político que torna inválida esa pretensión. Veamos primero en qué consiste, para la Corte, dicho “control”:

*“La Corte es consciente de que los tribunales y los jueces están sometido al imperio de la ley y por eso están obligados a aplicar sus disposiciones. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”* (“Almonacid Arellano”, 2006). Acá no se trata solo de subordinación de los poderes del Estado y de su ordenamiento jurídico a la letra del tratado, sino también a su interpretación por la Corte internacional, el cuerpo de monitoreo (*treaty body*) por excelencia del Pacto de San José de Costa Rica. El fallo “Gelman” (2011) reafirma esta pretensión y proclama la obligatoriedad de que todos los órganos del Estado encargados de administrar justicia actúen *ex officio* para velar porque la totalidad del ordenamiento (y allí se incluye la Constitución del Estado) se sujeten a las sucesivas y evolutivas dinámicas interpretativas que este tribunal internacional le ha hecho y le hará del pacto. El principio es claro: el *treaty body* se arroga

una especie de soberanía (jurisdiccional), unida a facultades de poder constituyente reformador, mediante una *interpretación y reinterpretación* (por lo demás, *nominalista*) de la normativa de la Convención; con carácter de *vinculante* para todos los Estados; *erga omnes*; y desentendiéndose del llamado “margen de apreciación nacional”. Ahora bien, ¿cómo puede sostenerse semejante pretensión?

La respuesta la da la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la *Opinión Consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo*, del 9 de enero de 2018, en su considerando 15. Allí este *treaty body* se arroga lisa y llanamente la *Kompetenz-Kompetenz*, y lo reitera en francés, la *compétence de la compétence*: es un término técnico alemán, que significa que el órgano está facultado para establecer las competencias de todos los demás órganos del Estado: ¿es sinónimo de soberanía!

Ahora bien: un tribunal internacional no es soberano, porque solo un órgano de la comunidad política es soberano y tiene potestad para establecer la última decisión y las competencias de los órganos subordinados. Cualquier pretensión de un órgano (ya sea legislativo, gubernativo o jurisdiccional) que no sea órgano de una comunidad política, de querer ejercer facultades últimas en la decisión, es en principio *ilegítima y antijurídica*. Y repárese bien: esto es una cuestión no propia del derecho procesal o internacional positivo (es decir, no se resuelve en ese ámbito), sino que se presenta en la misma naturaleza de la cosa. Esa es la respuesta de fondo: pero si se quieren referendos jurisdiccionales positivos, hay dos muy salientes para mencionar:

–El fallo “Maastricht” del Tribunal Constitucional Alemán, que es un auténtico *leading case* de la jurisprudencia europea, del 12 de octubre de 1993. El tribunal constitucional se pronuncia respecto de un conflicto en el que se dirime quién es el intérprete último de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes, tal como se establecen en la Ley Fundamental alemana. El tribunal alemán establece que el tratado de Maastricht crea una unión de Estados, pero que no ha fundado un Estado. Entonces por el tratado los órganos de la UE reciben de los Estados-parte, que decidieron crear instituciones comunes, una *autorización particular (Einzelermächtigung)*, la cual los faculta para ejercer en ciertos ámbitos precisamente ciertas facultades delegadas; pero con los límites establecidos previamente por el tratado, que son los límites que los Estados miembros han establecido para la acción de estos órganos. Y cualquier extensión de las facultades que van a ejercer los órganos necesita de una ampliación del tratado y de un consenso por parte de los Estados, que deberán aceptar esa extensión de competencias. Entonces no hay competencia sobre las competencias en cabeza de los órganos de la Unión, sino que sus competencias son delegadas; y pueden ser revocadas: es que el tratado mismo es revocable

¡Porque la Unión no es un Estado, y los Estados son “señores del tratado”! Hasta aquí, el *Bundesverfassungsgericht*. Es muy significativo, tanto más cuanto que en la UE se verifican dinámicas de integración política. Pero ni aun ahí los órganos comunitarios son soberanos.

El fallo “Maastricht” establece lo que había planteado anteriormente Heller, al decir que hay un salto cualitativo (un *décalage*, diríamos) entre el orden de relaciones pacticias y el orden de relaciones de señorío. Las primeras son propias de las relaciones interestatales y las segundas son propias de una comunidad política, y entre ambas hay una diferencia cualitativa. El órgano estatal es último y supremo. Y el orden jurídico del Estado no es parte de otro orden jurídico, sino que es positivizado en última instancia por los órganos soberanos de la comunidad; eso, mientras no haya un Estado mundial. Hasta aquí, Heller.

Segundo antecedente jurisprudencial clave: el fallo “Fontevicchia” de la CSJN de la República Argentina (tanto más significativo cuanto que durante los años anteriores Argentina se había avenido servilmente a los *diktat* de la Corte Interamericana), del 14 de febrero de 2017. La Corte Interamericana había fallado “dejar sin efecto la condena civil” de la Corte Suprema de Justicia argentina. La Corte Suprema observa entonces que “dejar sin efecto” es sinónimo de “revocar”. Ahora bien... ¿quién puede revocar la decisión de un órgano? Su superior jerárquico: en el caso de la Corte Suprema de Argentina, un superior jerárquico sería una cuarta instancia. La idea propia de revocación sería aquí propia de una cuarta instancia, ya que se deja sin efecto lo decidido, atribuyéndose un rango superior al órgano cuya decisión se revoca. Ahora bien, el fallo de la Corte argentina establece que la Corte Interamericana no es una cuarta instancia: es una instancia complementaria, subsidiaria, que tiene competencia remedial. Y “la letra de los tratados [...] determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencias limitadas de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido”, recuerda la Corte Suprema argentina. Ahora bien: el tratado no ha erigido un órgano soberano, que despojase de tal rango jurisdiccional a la Corte Suprema de Justicia. Aquí se reafirma el principio visto al revisar las nociones y categorías fundamentales de análisis del orden internacional –y también el fallo “Maastricht”–: los límites de las competencias delegadas que ejercen los órganos internacionales dependen de la voluntad de los Estados, expresada en los tratados que dan origen a esos órganos internacionales. Es decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no posee competencias para revocar los fallos dictados por el tribunal supremo de un Estado signatario del Pacto de San José.

Pero recordemos que la razón de fondo para invalidar semejante pretensión ilegítima es política: es que la Corte Interamericana *no es órgano supremo de un Estado*. Por eso no hay apelación, en sentido estricto: la apelación es un acto del inferior al superior, como decía Suárez.

## 2. EL DERECHO DEL ESTADO A INTRODUCIR RESERVAS Y DECLARACIONES INTERPRETATIVAS EN LOS TRATADOS, TAMBIÉN EN LOS DE DERECHOS HUMANOS

Muy sintéticamente, resumiremos los corolarios que nos quedan.

Cuando se firma un tratado, el Estado que se está obligando decide libremente si se va a obligar sin reservas respecto de la totalidad de las provisiones del tratado, o si va hacer reservas: disposiciones que modifican los efectos jurídicos del tratado. El Estado se obliga libremente y con una libertad mayor que la que tiene el contratante en el ámbito civil; porque en el ámbito civil, aunque el contratante se obliga libremente, su voluntad queda todavía de alguna manera limitada, porque no deja de estar el poder del Estado y su jurisdicción por arriba de él. Pero no hay ningún poder del Estado por encima del Estado.

O sea que la libertad del Estado en el derecho internacional público es mucho mayor, cualitativamente mayor, que la del individuo en el derecho civil. Entonces se obliga, aceptando tal cual está el tratado, o estableciendo una reserva, o una declaración interpretativa. Hay al respecto una larga y disputada doctrina que en mi libro *El Estado en el orden internacional* está desarrollada, explicada. Acá vamos muy rápido. La declaración interpretativa: McRae en un trabajo clásico distingue: las “meras (*mere*)” declaraciones interpretativas, de las que son *condicio sine qua non* para la aceptación de los términos del tratado. Nos interesan las primeras: son una interpretación de cómo el Estado va a asumir cierta parte, cómo va a entender cierto término, cierta expresión del tratado. Aquí reside un valor de enorme importancia, importancia jurídica en sentido profundo y cabal. Fjense:

Al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Argentina le estableció una reserva, que resguardaba la irretroactividad de la ley penal: “[E]l gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Tratado deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución nacional”. Porque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hablaba de principios jurídicos que eran reconocidos por la comunidad internacional, una figura extremadamente lábil, potencialmente antojadiza, porque es muy difícil saber lo que estaba vigente en el ámbito internacional y pretender aplicarlo, sobre todo cuando de ley penal se trata; ley penal donde no cabe la analogía, y donde la taxatividad es fundamental, por los bienes que están en juego para el imputado. A la irretroactividad de la ley penal, Karl Larenz, gran filósofo del derecho contemporáneo, la llama “un principio del Estado de derecho”. Lamentablemente, en Argentina este principio ha sido violado durante los últimos años, a pesar de su resguardo como garantía constitucional fundamental, en la Constitución del Estado y en las reservas a los tratados. Y ustedes se preguntarán por qué el poder del Estado

viola tan alegremente la Constitución del Estado. Bueno, eso es materia de otra conferencia<sup>9</sup>. Hoy impera el estado de excepción, en Argentina y en el mundo: la ilegalidad –no solo la ilegitimidad de transgredir el derecho natural–. También la ilegalidad. Lo que se hace a propósito de esta “pandemia” ahora lo muestra hasta las heces...

¿Y por qué el aborto es inconstitucional en Argentina? Pues el aborto es inconstitucional en Argentina porque a la Convención de los Derechos del Niño, la Argentina, el Estado argentino, le formula una declaración interpretativa: “[S]e entiende por niño, todo ser humano, desde la concepción hasta los dieciocho años”. Entonces, toda esa enorme riada de derechos que declara la Convención, vale para todo ser humano, desde la concepción hasta los 18 años. Por eso el aborto, todos los protocolos surgidos con pretexto en el fallo “FAL” (2012) de la Corte Suprema argentina, son inconstitucionales, son ilegales. Esta pretensión (que además se da sin ley formal, en el plano administrativo: el “Estado administrativo” totalitario, del que ya había hablado Schmitt) es inconstitucional. Empezando por esto, claro está, porque además contraría otras leyes superiores a la positiva... Pero, por lo pronto, los “protocolos” de aborto son inconstitucionales a raíz de esta declaración interpretativa.

Y todo Estado, en el momento de obligarse, tiene este derecho a formular reservas y declaraciones interpretativas. Derecho que aparece, por cierta doctrina internacionalista, globalista, muy retaceado. Pero en la realidad de las relaciones internacionales, en la praxis de las obligaciones internacionales, sigue plenamente vigente. Porque el núcleo duro de la realidad no se deja manipular por las pretensiones ideológicas, que resultan antijurídicas. Y de nuevo: como vio muy bien Heller, una cosa es el orden pacticio, el *Vertragsordnung*, y otra cosa es el orden de señorío, el *Herrschaftsordnung*. Ahora bien, los tratados integran el primer orden.

### 3. EL ESTADO MUNDIAL

No hay *civitas máxima*, por la que bregaba Kelsen<sup>10</sup>; no hay Estado mundial, por el que tanto brega hoy tanto autor (y *hasta Jerarca católi-*

---

<sup>9</sup>Que tuvo lugar el 30 de abril de 2021, como parte de las actividades del Centro de Estudios Políticos de la UNSTA, que dirige el conferencista. Su título fue: “¿Existe un fundamento de legitimidad en la democracia constitucional occidental?”.

<sup>10</sup>Del diálogo posterior con los asistentes: “Kelsen, en *Paz por medio del Derecho* (escrito cuando se avizoraba el final de la Segunda Guerra), decía que la manera de alcanzar el Estado mundial no era crear un organismo Ejecutivo mundial o un Legislativo mundial, porque esto iba a provocar escozor en los Estados y los pueblos: la manera de llegar al Estado mundial (para, como dicen los paisanos, ‘sacarle las cosquillas al caballo’) era crear un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria. Por esta vía se podía llegar paulatinamente al Estado mundial. Kelsen es una gran figura, un gran precursor y un gran doctrinario del globalismo contemporáneo bajo su forma juricista”.

co) –en cabeza de la ONU, por ejemplo–. No lo hay. Entonces, todas las consecuencias que se siguen respecto de estas pretensiones de poderes surgidos por mera delegación, son espurias, son consecuencias que no se siguen, son antijurídicas, son ilegítimas. Y aquí está toda la cuestión –y con esto cierro– de lo que significa la llamada *gobernanza global*, como decía una declaración de miles de partidos políticos del mundo, incluido el partido gobernante en Argentina, que proponen crear una gobernanza global, la cual supone una erosión de la soberanía de los Estados. Esto por lo pronto en el plano sanitario, transfiriéndole facultades decisorias a la OMS –¡y felicitando de paso a la OMS por su gran labor en este tiempo (*sic*)!– y en función de eso, atribuyéndole facultades de contralor ya de naturaleza estatal...

En todo caso, y por vía de mera hipótesis teórica: solamente una pacífica, consensuada y legítima sociedad política mundial, podría tener órganos con facultades supremas. Solamente en condiciones excepcionales de concordia mundial y de convicción espiritual de integrar una homogénea unidad de destino, podrían darse las bases sociológicas para que existiera un Estado mundial (porque tal cosa sería, en definitiva, la *gobernanza global*). Igualmente, más allá de semejante hipótesis de pizarrón, uno podría pensar si un Estado mundial sería algo bueno o malo. La segunda escolástica, y no solo la segunda escolástica, sino figuras importantísimas de las relaciones internacionales y ajenas al ámbito cristiano, como Hans Morgenthau, se han pronunciado por la negativa.

Como sea: hoy, la intención de erigir poderes decisorios por encima de los poderes del Estado está viciada claramente de ilegitimidad. En un estudio publicado por la Universidad Complutense de Madrid, que incluyo como séptimo capítulo de *El Estado en el orden internacional*, creo haber mostrado los profundos factores de ilegitimidad que viciarían la erección de un poder mundial o de poderes mundiales, en desmedro de la soberanía de los Estados; y cómo no servirían para solucionar ninguno de los problemas que aquejan a la humanidad. Ni la legitimidad política, ni “la paz en el mundo”, ni el cuidado de los derechos humanos, ni el desarrollo económico se beneficiarían con un poder sin fronteras. Un poder que –sobre todo montado en el contexto de lo que sufrimos en esta situación inédita de avasallamiento de derechos y de libertades– no podría no presagiar un giro escatológico siniestro.

Bueno, lamento haberme extendido, espero que haya quedado claro el eje del problema. Era bastante difícil sintetizar semejante temática en este espacio de tiempo. Muchas gracias por su disposición. Quedo atento al diálogo.

## EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ORDEN POLÍTICO\*

*Eduardo Soto Kloss\*\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Qué es la subsidiariedad.

Tema inmenso este de la subsidiariedad que está en el corazón mismo de lo político y que aquí trataré en su origen, en cuanto a qué es y a qué responde; en otros términos, qué es, por qué y para qué existe. Luego de una Introducción veremos lo que es ella y cómo se llega a su reconocimiento y afirmación, dado que es fruto de la propia naturaleza humana y consecuencia de lo “natural” que es la actividad política de gobierno de la ciudad y su finalidad de bien común.

### I. INTRODUCCIÓN

Estoy convencido –desde hace muchos años– que para profundizar cualquier tema del Derecho es necesario verlo, en lo posible, desde su inicio, única manera de abordarlo y comprenderlo con seriedad.

La experiencia de tantos años dedicados al estudio de nuestra disciplina y fundamentado en una visión “realista”, indagando sobre la realidad tal cual se nos presenta y tratando de conocer “lo que las cosas son”, teniendo siempre presente tanto la filosofía como la historia, puedo decir con profunda convicción y precisión, que hay dos formas de plantarse ante la realidad, a saber, la “visión realista” y la “visión ideológica”.

---

\*Conferencia inaugural del Seminario Internacional El Principio de Subsidiariedad, organizado por las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, el viernes 18.6.2021. Se han agregado notas.

\*\*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).

La primera ve la realidad, ve lo que está ante nosotros y trata de penetrar en *lo que es*<sup>1</sup> y llegar así a “conocer” lo que verdaderamente las cosas son<sup>2</sup>.

La segunda ve la realidad pero no indaga sobre “lo que es” aquello que se presenta ante su vista o, más bien, no le interesa ese punto sino que sobre esa visión fundamenta una “idea” “construida” intelectualmente, aparentemente lógica, pero carente de base en la realidad; es decir, una mera construcción intelectual para perseguir fines que son ajenos a la verdad intrínseca de las cosas, de la realidad. Es el “no me interesa saber lo que el mundo es sino me interesa transformarlo”, para así conseguir el fin que se ha planteado. ¿No suena, acaso, conocida esa frase, eslogan de todo revolucionario..., artista de la propaganda y de la manipulación del lenguaje? Es el planteamiento ideológico, que desde hace tantos años ha azotado nuestros países y también ahora *hic et nunc*.

La subsidiariedad se encuentra en el centro de esto.

En efecto, la subsidiariedad, y el principio que incluye, está en el núcleo de la “visión realista” de lo político, visión que ve *un orden* en todo lo creado y, por lo tanto, también *un orden* en lo político, atendida la naturaleza humana, en su nota de “sociabilidad” intrínseca, y un orden que le lleva a reconocer la “primacía de la persona humana”<sup>3</sup> y sus consecuencias en lo político y en lo jurídico. Y tanto en uno como en otro con sus fines propios, de la “vida buena”/bien común en lo político, y de “lo justo (dar a cada cual lo que le es debido) en lo jurídico (que se da también en esa “vida buena”, en “lo justo político”).

Cuando se adopta una “visión ideológica” de lo político, con sus ideas de “soberanía” (sea absoluta, de la nación, popular, o la que sea), con el nominalismo/Ockham y la primacía de la voluntad, y Marsilio de Padua, luego Hobbes y su estatismo contractualista, Rousseau, Marx y sus corifeos hasta hoy, y también una “visión ideológica” del Derecho, en tanto “voluntad” (y no como “lo justo”/*ius sive iustum*), tal como Thomasius, Grocio y toda la revolución (que no reforma) luterana, especialmente calvinista, ello conduce a un “estatismo en lo político” (“razón de estado”/Maquiavello,

---

<sup>1</sup>Valga recordar aquello de “no interesa lo que los demás digan, sino lo que las cosas son”, sin perjuicio, lo que me parece obvio, de tener siempre presente lo que han dicho los sabios que nos han precedido, pero reconociendo que el principio de autoridad es el último de los que haya de tenerse en cuenta...

<sup>2</sup>No puede olvidarse que la verdad es la perfección del intelecto y su gozo; y ello es muy exacto puesto que así como lo propio del ojo es que vea, lo propio de la inteligencia es que busque la verdad y la encuentre y se goce en ella. “Conocer” no es sino *intuslegere*, o sea, “leer dentro”, “leer en lo interior” de las cosas, de los seres, “lo que son”, eso es, precisamente, “conocer”. Hemos trabajado sobre el principio de subsidiariedad en varias ocasiones, v. gr. *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad*, en *Revista de derecho público* 39/40 (1986), 33-49, sobre el pensamiento pontificio referente al tema, hasta SS. Pío XII incluido, también *El principio de subsidiariedad*, en S. R. Castaño-E. Soto Kloss (editores), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005, 325-353, ampliado en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*(3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago. 2012, 109-141.

<sup>3</sup>Sobre lo que tanto he escrito e insistido, vid. especialmente nuestro *Derecho Administrativocit.*, cap.I, 39-55. Recuerdo aquí lo que Santo Tomás afirmaba, con precisión, que “según el orden del fin, nada existe más alto que el hombre, salvo Dios” (*Suma contra gentiles*, IV, 54).

Hegel y su cosmovisión) y en el Derecho a considerarlo como un “instrumento de dominación sobre las personas”, piénsese en Gramsci, y el “uso alternativo del Derecho” (Vyshinski, en la época staliniana)<sup>4</sup>.

Aquí, la subsidiariedad simplemente desaparece, es la visión hegeliana y el Estado es el nuevo dios.

## II. QUÉ ES LA SUBSIDIARIEDAD

Siempre es muy útil al querer saber algo atender a lo que significa el término empleado, y aquí y en nuestro medio, resulta aún más útil teniendo presente que algunos atacan la subsidiariedad de modo tendencioso y, por tanto errado.

El vocablo empleado es derivación clara y directa de *subsidium*, que en latín significa “ayuda”, “auxilio”, “socorro”, término que ya empleaba Julio César en su “Guerra de las Galias”, para referirse a las tropas frescas con que debía contar para “auxiliar” a las que podrían ser superadas y avasalladas; dichas tropas frescas las indica como *subsidiarii cohortes*, formada con soldados expertos y veteranos en el arte de la guerra<sup>5</sup>.

Ya Aristóteles al inicio de su *Política* (1.1) nos dice sobre lo que ve en la realidad: que el hombre, que es sociable (*politikon*), no solo vive en sociedad sino que forma, crea o constituye distintas sociedades o asociaciones, y concluye que la sociedad política humana es “una sociedad de sociedades”, en la cual estas sociedades existen en razón de “un bien propio”, específico, que les reúne en razón de “un fin común”<sup>5 bis</sup>.

Aquí aparece algo fundamental para hablar de un “principio de subsidiariedad”: dada la existencia de sociedades, comunidades en las que

---

<sup>4</sup>Esta visión ideológica, que se caracteriza por ser un constructo intelectual sin base en la realidad y, por tanto, no racional (algo utópico y, tal vez, por eso atrae no poco a quienes no razonan sino sueñan...), me hace recordar algo que los griegos solían afirmar en cuanto a que cuando los dioses querían destruir a alguien lo volvían loco, o sea incapaces de razonar; veo ello emparentado, de cierta manera (en cuanto a no razonar), con aquello del Evangelio de San Mateo, “miran y no ven, oyen y no entienden” (13,13). Respecto a la importancia en especial del calvinismo, en esta visión, puede verse entre otros, M. Ayuso, *La matriz protestante de la política y el derecho moderno*, en *Ius Publicum* 38/2017, 25-51; sobre el derecho como “dominación” y la visión ideológica marxista A. Vysinski, *The law of the soviet state*. Mac Millan. New York. 1984.

<sup>5</sup>Aunque pudiera parecer una exquisitez intelectual, el término “ayuda”, o “auxilio” se encuentra ya en la Biblia, y en época bien anterior a la Roma de Julio César, puesto que el Génesis, en el texto de la creación divina de la mujer se dice que es para “ayuda”, “auxilio” de Adán, y una “colaboradora” suya; aquí el texto hebreo usa la palabra *ezer*, vid. 2,18: “voy a darle/hacerle (al hombre) una *ayuda* adecuada...”. También en los *Salmos* se puede encontrar el mismo vocablo, v. gr., 12,6, para referirse a Dios como “auxilio” del hombre.

<sup>5 bis</sup>La sociedad es algo inherente a la persona humana y, por tanto, permanente, fruto de su propia naturaleza sociable (vid. Santo Tomás, *De Regno*, I, 1, muy ilustrativo al respecto), de allí que es algo “natural”, ni producto de la razón ni fruto de la voluntad humana, resulta del hecho mismo de ser el hombre un ser sociable. El ser humano es propiamente “un ser en relación”, de allí el término mismo de persona, alguien que de suyo está en relación con otros seres, iguales a él, racionales y libres y creaturas, es decir creados y no autosuficientes.

el hombre desarrolla su vida, dada su intrínseca naturaleza social, y que hay fines diversos que persiguen, que son su bien propio, hay algunas que inciden en lo más “natural”, como es “la familia” (sociedad las más básicas en lo humano), “la escuela”, “el vecindario/municipio, la ciudad/*polis*, es decir, son sociedades/agrupaciones *naturales*, y hay otras que son –diríamos hoy *voluntarias*– con fines específicos según el interés de diversa índole que mueve a las personas y que crean ellas para un bien específico. En este punto, la subsidiariedad y su principio se va a convertir o, más bien, va a asumir como un verdadero principio de “distribución de competencias”, que según sea la importancia que tengan esos bienes, originará las sociedades que se denominarán “mayores” y otras que serán llamadas “menores”. Pues bien, toca preguntarse, ¿cómo proceder a esa distribución?

Para ello, habrá que atender a la satisfacción de las necesidades concretas que cada comunidad satisface: la familia resulta suficiente para satisfacer las necesidades diarias –dirá Aristóteles– que son su fin propio, o sea “crianza y educación” de los hijos; el municipio dará satisfacción a las necesidades del conjunto de familias en su relación vecinal, y la ciudad será la encargada de su finalidad que es asegurar la “vida buena” y permitir su fin de lograr que cada miembro de ella obtenga su fin propio de ser racional, libre y social. De allí la idea de “bien común”, como aquel bien de aquellos que viven en comunidad en cuanto miembros integrantes de ella.

Aquí entra a jugar un aspecto esencial: lo dicho hasta ahora nos muestra algo bien claro y que explica esa intrínseca sociabilidad humana: *el ser humano es un ser menesteroso*, siempre está necesitado de “ayuda”, de “auxilio”, de “socorro”, de *subsidium*, para alcanzar esa “vida buena”, esa mayor perfección espiritual y material que siempre ansía y que lleva anidada en lo más profundo de su corazón. Esa carencia de poder satisfacer sus necesidades es lo que le lleva a crear o a integrarse en los diversos cuerpos asociativos por medio de los cuales va obteniendo los distintos bienes que le animan para su mayor perfección humana.

Pero para ello se requiere algo más, que está ínsito en el lograr esa “vida buena”, y es que se reconozca algo vital para esos cuerpos asociativos. Estos requieren un apoyo y es que cada asociación sea respetada en su *autonomía* respecto del “bien” que persigue, que es el “fin” por el cual sus miembros se han reunido. Esa “autonomía” es el sustento de

---

De esa sociabilidad, y que vive en sociedades, desde su nacimiento mismo/la familia, nace la necesidad que alguien “dirija” la comunidad en que habita, sin lo cual se hace imposible la vida en sociedad y que promueva el bien (común) de este todo que es la comunidad y el bien (singular/particular) de cada uno de sus miembros, en cuanto “partícipes” de ese bien común.

Sobre la naturaleza social del hombre, puede ser útil, para su aproximación, F. Utz, *Ética social* (2 vols.). Herder. Barcelona. 1961, I, 127-149, también G. Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1973, 138-145.

la construcción y que permite la efectividad de la subsidiariedad como “principio fundamental del orden político”.

La autonomía de los cuerpos asociativos está en el “alma”, principio de vida, de la subsidiariedad como “principio básico del orden político”, ya que permite su existencia y su actividad para conseguir sus fines propios. Lo que decimos tiene su origen en la propia naturaleza humana, en cuanto ser “libre”, esto es, “dueño de sus propios actos” y, por ende, responsable.

A ello debe agregarse que el hombre, el ser humano, es “anterior” y “superior” a la sociedad y a la propia autoridad política/Estado que lo rija, desde que es un ser sustancial y no accidental (como lo son la sociedad y el Estado) y, además, es “trascendente”, vale decir, destinado a un fin eterno, “superioridad” y “anterioridad” que lleva a concluir que aquellos son un “medio” para alcanzar el bien de las personas, instrumentos para su perfección. Cómo no recordar a Santo Tomás, con su precisión acostumbrada: “el hombre no se ordena a la comunidad política según todo su ser y todo lo suyo...”<sup>6</sup>. Ahora bien, ¿cómo distribuir lo que corresponde a la sociedad política y su autoridad y lo que corresponde a los particulares, miembros de esa comunidad?

Si se analiza la historia, sin remontarnos a la época de las cavernas, y teniendo siempre presente lo que es el hombre, su naturaleza propia como ser humano, la realidad nos muestra que atendida su racionalidad y libertad/responsable, toca a él desarrollar su personalidad y realizar la satisfacción de sus necesidades, alcanzada su madurez/adulthood, ciertamente advirtiendo que ningún hombre es autosuficiente y, por lo tanto, necesita de los demás para su perfección. En lo que no pueda hacer necesariamente habrá de recurrir a la ayuda de los demás.

Respecto de la autoridad que dirige, o gobierna<sup>7</sup> una comunidad política no tiene más autoridad/competencia que permitir y promover aquello que compete al “todo”, o sea, procurar satisfacer lo que corresponde a la comunidad como “un todo”, lo que ya Aristóteles indicaba como “bien común”, y que Santo Tomás desarrollara especialmente en *De Regno*<sup>8</sup>, en el cual él plantea, de alguna manera, esta idea de subsidiariedad, cuando entre las tareas que corresponden a la autoridad señala, “corregir si encuentra alguna cosa en desorden, *suplir si alguna cosa falta* y perfeccionar si alguna cosa puede ser mejorada”, ya que su propio fin es procurar el

---

<sup>6</sup>Vid. *Suma teológica*, 1-2, 21, 4 ad 3.

<sup>7</sup>Recuérdese que “gobernar” es conducir un barco o nave a puerto, o sea con una finalidad bien precisa; véase la descripción muy gráfica de ello en Santo Tomás de Aquino, *De Regno*, I, 1.

<sup>8</sup>Vid. I, 15, también, *Suma contra gentiles*, Libro III, cap. 71, 3), en que plantea esa idea de subsidiariedad; para su idea de “bien común”, la bibliografía es muy amplia, vid., entre muchos, Utz cit, vol. 1, caps. sexto y séptimo, 153-260, y especialmente, T. Urdanoz, *El bien común según Santo Tomás*, Apéndice II en *Suma teológica* (Edición BAC. Madrid. 16 tomos), tomo VIII/1956, 755-779.

bien de todos y cada uno de sus miembros que le han sido confiados para que cada cual alcance su propia felicidad<sup>9</sup>.

A esto debe agregarse que en esta visión realista la autoridad política ejerce verdaderamente una “función”, esto es un poder-deber en beneficio de la comunidad que rige, y es lo que modernamente se denomina el “principio de la servicialidad”, y que la Constitución de 1980 lo expresa de modo directo en su artículo 1º, inciso 4º, cuando dispone que “El Estado está al servicio de la persona humana y su misión es promover el bien común...”<sup>10</sup>.

No obstante que esta visión es lo que muestra la realidad, es decir que la autoridad de la comunidad política no está para servirse de esta para sus propios fines, para sus propios intereses, o para enriquecerse a su costa, sino para bien de los miembros de esa comunidad, ella siguió imperando al menos en la Corona de Castilla y fue lo recibido en los territorios de nuestra América hispana y en todo el derecho indiano<sup>11</sup>.

Sin embargo, será otra la visión que se irá entronizando en la Europa occidental.

Es así que ya con el nominalismo y el voluntarismo (primacía de la voluntad sobre la razón, invirtiendo la realidad que ve en el hombre una razón que guía una voluntad libre), con el llamado “renacimiento” y su vuelta al paganismo grecorromano, y su antropocentrismo (el hombre es dios para el hombre), con el surgimiento y fortalecimiento de las “naciones” en la Europa de los siglos XVI y XVII, con la escisión de la política de la moral (Maquiavello), con el absolutismo como régimen de gobierno (Bodino, en la Francia de la segunda mitad del siglo XVI y Hobbes en la Inglaterra del siglo XVII y su totalitarismo), con la invención de la idea del “estado de naturaleza” (Hobbes y “el hombre un lobo para el hombre”), y el consecuencial “contractualismo” como origen de la sociedad y de la

---

<sup>9</sup>Cursivas nuestras.

<sup>10</sup>Esta visión de la “autoridad como servicio” tiene su origen explícito en aquellas frases de Jesucristo que refiere San Marcos 10, 42-45 (también en San Mateo, 20,20-23), “No he venido a ser servido sino a servir y dar la vida por la multitud”. Hemos desarrollado este tema en *Derecho Administrativo* cit., 143-164.

<sup>11</sup>Baste señalar solamente el “juicio de residencia”, al cual estaba sometida toda autoridad al dejar su cargo, proceso judicial que podía terminar con condenas (usualmente multas) incluso a gobernadores y oidores de reales audiencias; institución que venía de la época de los Reyes Católicos para el derecho castellano, según la “Instrucción de Corregidores y Jueces de residencia”, de 9 de junio de 1500, aplicable a la América Hispánica, y en que la autoridad “residenciada” (fueran virreyes, gobernadores, oidores y jueces) era sometido a una verdadera “rendición de cuentas” del ejercicio de su cargo; sobre el tema véase J. M. Mariluz Urquijo, *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*. Sevilla. 1952; S. Martínez B., *La residencia en el derecho patrio chileno*. Santiago. 1964; E. Jarpa Díaz de Valdés, *El juicio de residencia en Chile durante el siglo XVIII*. Santiago de Chile. 1966; una breve indicación, en B. Bravo Lira, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Editorial Jurídica de Chile-Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile. 1986, 50-51.

autoridad (idea contrapuesta radicalmente a lo que muestra la realidad, que las muestra como algo que es “natural” y efecto de la mismísima naturaleza humana), típica construcción ideológica para justificar (solo en apariencias) el poder absoluto real (Hobbes) o el de la burguesía revolucionaria (Rousseau, ya en el siglo XVIII) y que terminará en el absolutismo brutal del llamado Terror y luego, un poco menos, en el absolutismo napoleónico, autoproclamado “emperador”, al modo romano.

Esta visión, que se irá imponiendo paulatinamente, en especial, después de la revolución francesa de 1789, muestra muy claramente la índole, primero, “absolutista” de la autoridad/ un poder absoluto y, luego, “estatista” y aun “totalitaria”, sea disimulada (a través de una cada vez mayor regulación de todas las actividades), sea franca y desembozada ya en el siglo XX.

Sin embargo, ya a mediados del siglo XIX aparecerá en Alemania (cuando se unificaba bajo la primacía del reino de Prusia/von Bismarck), una reacción frente al centralismo y absolutismo real, con un pensamiento que tendrá muy importantes repercusiones hacia fines de dicho siglo. En efecto, con el Obispo de Maguncia (Mainz), Wilhelm von Ketteler, quien antes de ser sacerdote había sido político, plantea la necesidad de luchar contra lo que él veía como un cierto cercenamiento de las libertades con dicha hegemonía, y aboga por un fortalecimiento de los cuerpos asociativos<sup>12</sup>. Con lucidez él afirmaba la necesidad de regular el trabajo infantil, y proteger a la niñez trabajadora, y también –importante para el tema que tratamos– respetar la libertad de las personas en lo que ellas puedan realizar por sí mismas, llegando a decir que el absolutismo estatal/intervencionismo es una “verdadera esclavitud del espíritu y de las almas” abusando de ese poder de intervención, que llamaba “poder subsidiario”<sup>13</sup>.

Por la misma época, Luigi Taparelli d’Azeglio, sacerdote italiano (fallecido en 1862), en su *Ensayo teórico del derecho natural* y en su *Curso elemental de derecho natural*, señalaba la importancia de los “grupos asociativos” y el deber de la autoridad estatal en su procura del bien común de la sociedad política en el orden temporal, de establecer las condiciones sociales para permitir el desarrollo personal de cada uno de sus miembros, pero también ofrecer la ayuda material de bienes cuando

---

<sup>12</sup>Debe recordarse el gran auge de los gremios en la época del llamado Imperio Romano Germánico, y que llevara a R. Wagner a escribir su célebre “Los maestros cantores de Nüremberg”, estrenada en München en 1868, ambientada en el siglo XVI/XVII en esa ciudad imperial, como un modo de revalorar las tradiciones germánicas y la importancia de los gremios y las corporaciones.

<sup>13</sup>Vid. *Ketteler Schriften*, II, 21 y 162, citado por J. Höffner, *Doctrina social cristiana*. Rialp. Madrid. 1964, 51; pueden verse también Ch. Millon Delsol, *Le principe de subsidiarité*. Puf. Paris. 1991, 26, y D’Onorio et autres, *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*. Téqui. Paris. 1995, 16.

sea necesario para aquellos que no pueden procurárselos por sí mismo; a esto Taparelli lo denomina mecanismos “subsidiarios” del Estado<sup>14</sup>.

Estas ideas, entre otras, serán las que llevarán a S.S. León XIII a recogerlas y enunciarlas en su célebre *Rerum Novarum*, de 1891, sobre la denominada cuestión “social”.

En los cuarenta años de esta encíclica, será S.S. Pío XI quien directamente se referirá, de modo explícito al “principio de función subsidiaria”, en la también célebre encíclica *Quadragesimo anno*, de 1931 (parágrafo 79) al referirse a “La restauración del orden social” (parágrafos 76-80), como una forma de luchar frente a los regímenes totalitarios (soviético y mexicano) y los que se avecinaban (español de la segunda república y su brutal persecución religiosa con miles de asesinados, y nazi), preludio de luchas fratricidas (1939-45).

Si bien se lee esta Encíclica y no solo el parágrafo 79, siempre tan citado, ella es muy clara, en cuanto afirma: 1) que “el hombre es anterior al Estado” y “la familia es lógica y realmente anterior a la sociedad civil” (parágr. 49, citando la *Rerum Novarum*, 6 y 10); 2) que ha habido un cambio muy profundo en las condiciones sociales, que ha llevado al Estado a asumir “muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas”<sup>15</sup>; 3) que “sigue, no obstante, en pie y firme, en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable, en cuya virtud no es lícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa

---

<sup>14</sup>Vid. sus *Ensayo teórico del derecho natural* (4 tomos, trad. española Orti y Lara. Imp. De Tejado. Madrid. 1867) y *Curso elemental de derecho natural* (trad. francesa Ozanam, H. Casterman. Tournai. 1863).

<sup>15</sup>Esos “cambios muy profundos” han sido producidos especialmente por la revolución francesa de 1789, y el Terror, con un totalitarismo nunca visto antes, y la consecuencial persecución brutal en contra de la nobleza, en contra de los gremios con su extinción lisa y llana por la ley Le Chapelier/1791, en contra de la Iglesia por la incautación de sus bienes (hasta hoy los edificios de las iglesias son propiedad del Estado, como también su mantención) pero, sobre todo, en contra de sacerdotes y religiosas (recuérdese la matanza de todas las carmelitas del convento de Compiègne, que Bernanos en su “Diálogo de las carmelitas” y Poulenc, en su ópera del mismo nombre, han inmortalizado en letras y música), el genocidio de la Vendée, verdadera guerra de exterminio (que Reynald Secher investigara en su famosa tesis *Le genocide franco-français. La Vendée – Vengé*. Puf. Paris. 1986), y la extinción de las congregaciones religiosas (recién toleradas hacia mediados del siglo 19 y por la influencia del célebre orador dominico Lacordaire), y la influencia de esta revolución en la Europa del siglo 19; vid. reciente Cl. Quélet, *Creer o morir. Historia incorrecta de la revolución francesa*. Homo Legens. Madrid. 2021, vid. su comentario bibliográfico en esta misma Revista, sección Recensiones.

Esos “cambios muy profundos” los describía muy bien S. S. León XIII en su encíclica *Annum Sacrum* (25.5.1899) cuando dice “en los últimos tiempos... la autoridad de la jurisdicción sagrada y divina no se ha tenido en cuenta para nada, pretendiéndose que la religión no tenga ningún papel en la vida pública. Esta actitud llega al punto de querer que se extinga la fe cristiana en el pueblo y, si fuere posible, incluso expulsar a Dios mismo de la tierra” (parágr. 10). Parecen escritas hoy ante la realidad de países europeos (España, Francia, Reino Unido, Irlanda, etc.) y también por estos lados, aquí mismo en Chile (en que se queman iglesias, y queda ello impune...).

y su propio esfuerzo pueden realizar, así como es injusto y constituye un grave perjuicio y perturbación del recto orden social, quitar a las comunidades menores lo que ellas pueden hacer y otorgarlo a una sociedad mayor y más elevada"; 4) "ya que toda intervención de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos y absorberlos"; 5) "conviene, por tanto, que la autoridad suprema del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas y resolver aquellos asuntos y cuidados de menor importancia" (parágr. 80); 6) que a dicha suprema autoridad le toca "aquello que solo a ella le corresponde y que solo ella puede realizar, a saber: dirigir, vigilar, urgir y castigar según el caso requiera y la necesidad exija" (*idem*); y 7) "tengan muy presente los gobernantes que mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social y tanto más feliz y próspero el estado de la nación" (*idem*).

De lo dicho por el Papa Pío XI en 1931 se ve cuán falsa y tendenciosa es la afirmación de aquellos que atacan la subsidiariedad tildándola de neoliberal, por cuanto se afirmaría un Estado mínimo. Tal crítica no resiste el menor análisis. Por el contrario, Estado subsidiario es aquel que promueve el desarrollo de la iniciativa de las personas, que acude en auxilio de quienes por sus propios medios no son capaces de proveer a sus propias necesidades, sea de subsistencia o en la actividad que desarrollan, y que respeta la intrínseca autonomía de los cuerpos asociativos en procura de los bienes para satisfacer sus propios fines (obviamente lícitos)<sup>16</sup>. Y ¡vaya cómo lo hemos visto a raíz de la peste china que nos ha azotado ya desde más de un año! ¡Cuánta ayuda ha distribuido la autoridad estatal, hasta llegar a hipotecar el futuro económico de la nación!

Pero, queda la respuesta. ¿será posible afirmar que lo que los particulares puedan realizar les toca a ellos hacerlo y lo que ellos no alcancen por sus fuerzas a hacerlo le corresponde a la autoridad? ¿Es ello así?

Ciertamente que no, de ningún modo esa es la respuesta si se atiende al principio de subsidiariedad, y ello por dos razones básicas ya recordadas hace unos instantes.

No cabe jamás olvidar 1º) que la existencia de la autoridad y de la sociedad que ella rige es algo *natural*, no nace por convención ni acuerdo, existe en razón de la misma naturaleza humana, en cuanto sociable,

---

<sup>16</sup>Como muy bien lo reconoce la Constitución en su artículo 1º inciso 3º cuando expresa que "El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos", y "reconoce" "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen" (artículo 19 N° 21 inciso 1º). Puede ser útil para la autonomía de los cuerpos intermedios nuestro *Derecho Administrativo* cit., 95-108, también 133-141.

y existe con una finalidad bien precisa como es procurar el bien común de la sociedad de que se trata, política en este caso, esto es para que se ocupe de lo común, de ese todo, y 2º) que, en consecuencia, hay cosas que toca a esa autoridad como algo propio, se trata de una “competencia privativa” (*sicut ponimus nos iuristae*) y que solo a ella corresponde y toca satisfacer, como propio de su función.

Y aquí viene lo que planteamos al inicio; este principio de subsidiariedad es un “principio de competencia”, que señala lo propio de la autoridad que rige o gobierna la comunidad política y lo propio de los particulares, miembros de esa comunidad.

Queda en pie algo fundamental y es que a la autoridad le corresponde el “bien común” de la comunidad política en el orden temporal, es decir, el bien que es común a todos los miembros de esa comunidad. Y, de modo general, es posible indicar lo que corresponde a dicha autoridad a fin de procurar ese bien común, como es hacer posible “la unidad de la nación” (lo que no es contrapuesto a la diversidad que ella presente en diversos aspectos específicos, desde que unidad no es “uniformidad”, como se pretende en los regímenes totalitarios con la igualdad como base ideológica), “la seguridad pública” (persecución de la delincuencia, en sus diversas facetas), “la debida producción de bienes”, en la medida en que los particulares no puedan proveerlos para su satisfacción, todo lo cual hace posible “la paz social”, que permite que los miembros de la comunidad puedan gozar de esa “vida buena”, esa realización de la mayor perfección espiritual como ser humano, sin que sea avasallada la indispensable autonomía de los cuerpos asociativos que ellos creen, ni su actividad sea absorbida por la autoridad estatal impidiéndola o perturbándola.

El estatismo galopante que se ha adueñado de nuestros países desde 1925 en adelante, cual más cual menos, ha influido de tal manera en la mentalidad de la gente, que siempre se pretende que el Estado, la autoridad estatal (sea nacional, regional o municipal) sea la que resuelva los problemas que se presentan, sin advertir que ello promueve la propia “servidumbre” del ciudadano, quitándole todo el poder que tiene como persona y su “primacía” frente a la sociedad y al Estado, primacía que es tanto ontológica como teleológica<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup>El estatismo, que siempre lo he tenido por algo inhumano (porque subyuga al hombre convirtiéndolo en un siervo) y, además, por algo irracional (porque algo accidental como es el Estado viene a convertirse en un aparente ser sustancial, lo que jamás podrá ser sustituyéndose a la persona humana, a cuyo servicio ha de estar intrínsecamente, dado su calidad de accidente de esta), viene de largo tiempo y debe recordarse que fatalmente conduce de una u otra manera al totalitarismo, abierto o embozado, lo que ya uno encuentra en Hegel y su visión de que el ciudadano está en función del Estado, llegándolo a considerar un engranaje del Estado (“Todo cuanto es el hombre se lo debe al Estado, en él reside su ser. Todo su valor, toda su realidad espiritual no la tiene sino por el Estado (vid. *La razón en la historia* Seminarios y Ediciones. 1972, 142). En sus *Principios de la filosofía del derecho* (tercera parte: La moralidad objetiva, tercera sección: El Estado) afirma Hegel que “el mayor deber de los individuos es el

La visión realista, en cambio, muestra y ha mostrado aquí en nuestro país, que este principio de función subsidiaria es posible llevarlo a la realidad, también en nuestra época, como lo ha sido desde hace más de cuarenta años (1974/75 adelante), en sus múltiples aspectos y de muchas maneras, incluso muy creativas y que por motivos de brevedad omito<sup>18</sup>.

Queda en pie, entonces, algo fundamental como es que a la autoridad le corresponde la tarea de procurar “el bien común de la comunidad política en el orden temporal”, es decir, ese bien que es “común” a todos los miembros de esa comunidad política. Y lo que comprende este bien común puede decirse, en términos generales, que no es sino “la unidad de la nación”, que no se contrapone a la diversidad que ella presente en diversos aspectos; “la seguridad pública” (prevención, persecución y sanción de la delincuencia), y “la debida producción de bienes en la medida que los particulares no puedan proveerlos para su satisfacción”<sup>19</sup>, todo lo cual llevará a “un ambiente de paz social”, que es, en último término, la finalidad esencial de toda autoridad que comprenda que su tarea es una labor “de servicio a la comunidad que gobierna”, una actividad propiamente “ministerial”.

Podría alguno señalar que la complejidad de la vida actual hace muy general esta atribución básica de lo que corresponde hoy a la autoridad estatal, pero si se va desgranando esos tres aspectos se verá que es posible lograr un régimen de sociedad libre tal como se ha tratado de plasmar

---

de ser miembros del Estado” (uso trad. francesa A Kaan. Gallimard. Paris. 1963, collec. Idées, 270 N° 258). No puede olvidarse que su pensamiento engendra la llamada izquierda hegeliana, Marx, Lenin y el comunismo (sea de Stalin, Mao, Pol Pot, Kim Il Sung y sus herederos, Castro, etc.), Gramsci y el pensamiento hegemónico y, más reciente, la guerrilla molecular (Laclau, Mouffe), etcétera.

<sup>18</sup>Esa concreción se fue realizando desde muy pronto, con la devolución a sus dueños de las más de 500 empresas que fueran incautadas de hecho en el gobierno 1970-73, por medio de la usurpación violenta de grupos de sus trabajadores afines al gobierno impidiendo la entrada de sus dueños y administradores y de los empleados que se les oponían, lo que derivó en la ruina de estas empresas, el mercado negro y el desabastecimiento de los bienes que producían, ya que no siguieron produciendo; con la eliminación de la fijación de precios de productos de primera necesidad que eran numerosos (baste indicar que estaba fijado el precio del hot dog/pancho según fuera solo con la salchicha, o con tomate y mayonesa, con palta, con chucrut, o con kétchup); con la afirmación de la libertad de emprendimiento o industria, la promoción de la educación privada e incluso la posibilidad de crear Universidades privadas (que solo se permitían las de la Iglesia Católica y de la masonería/U. Concepción); asegurándose la libertad de enseñanza; estableciéndose la municipalización de la enseñanza pública; entregándose la previsión social a entidades privadas/Administradoras de Fondos de Pensiones, debidamente reguladas por la ley; estableciendo la libertad de elección de las personas respecto del sistema de salud (si público o privado) todo ello regulándose por la ley a fin de asegurar las debidas prestaciones para lograr su función social y de bien común. A ello debe agregar, entre otras medidas, el desprendimiento de empresas del Estado cuya actividad podía ser realizada por los particulares y, también, poniéndose trabas legislativas para la creación de empresas estatales o su participación en empresas, entre otros medios.

<sup>19</sup>Lo que ya recogía Santo Tomás tanto en *De Regno* cit. I, 15, que merece ser leído por su actualidad, como en la *Suma contra gentiles* cit. III, 71.3.

en Chile después de 1973, y que llevara a ser considerado como “la joya de América Latina” por el desarrollo alcanzado en los últimos 40 años. Evitando así caer en estatismos seudodemocráticos (como el llamado “estado de bienestar”) o directamente totalitarios en los cuales desaparecen todas las libertades, salvo de morir de hambre, si se es disidente, o congelado en los tristemente célebres gulags siberianos...

Como hemos mostrado, en esta panorámica, ha habido, y hay hoy de modo muy intenso, una lucha frontal entre “el orden natural” (en lo político, jurídico, social y económico) y “el desorden ideológico”, materialista y agnóstico o ateo. Una lucha constante en que se juega o el progreso de nuestras sociedades “en libertad”, con nuestras propias costumbres y tradiciones, o su “servidumbre” a planteamientos constructivistas de intereses ajenos a nuestra idiosincrasia e incluso a nuestro modo de vivir, de pensar y de obrar, y sin libertades<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup>La idea de “orden” propiamente tal, conlleva disciplina, esfuerzo, fortaleza de carácter, humildad, respeto por los demás, y sus efectos siempre van a ser tranquilidad, libertad y paz, esa paz que el gobernante siempre ha de luchar por concretar en la comunidad que dirige, paz que es, precisamente, la tranquilidad en el orden justo (porque de no ser fundado en “lo justo”, ya no será orden sino “desorden”).

NB. Aun cuando pueda exceder el tema de la conferencia, me parece útil indicar que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse al principio de subsidiariedad en varios fallos, reconociéndolo como “uno de los principios rectores del orden social” (rol 352/2002, considerando 4º). Al tratarlo en su aspecto de “faz negativa”, en cuanto abstención del Estado y no interferencia en lo que corresponda a los particulares y a la autonomía de los cuerpos asociativos, el rol 1295/2008, consid. 58, establece que el Estado no debe intervenir cuando estas asociaciones “desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común”, lo que advertía ya en el rol 362/2002, consid. 4º, diciendo que “ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia”, en lo que insistía en el rol 352 cit. considerandos 5º, 6º y 7º. En cuanto a la autonomía de estos cuerpos asociativos se ha pronunciado en el rol 352 cit. consid. 10º, también en el rol 410/2004, consid. 26, en el cual el TC advierte que la subsidiariedad incluye esa autonomía, la que en el rol 184/1994 había descrito señalando que ella es esencial para poder realizar sus propios fines, lo que implica la necesaria e indispensable libertad para organizarse, decidir sus actos, administrarse, y precisar sus fines “sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trate”. Particular interés presenta el rol 148/1992, consid. 8º, que analiza el artículo 19 N° 21 de la Constitución, sobre el derecho de iniciativa privada en lo económico, sosteniendo que “es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I” y “viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Asimismo, vemos este principio en su aplicación a la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11 CP) y al derecho a la educación (*idem* N° 10) en los roles 352 cit. consid. 9º y 410 cit. consid. 26. Respecto del aspecto de subsidio, ayuda, el TC ha dicho en los roles 1295/2008, consid. 58 y en especial 1710/2010, consid. 48, que “es deber del Estado dar protección a las personas y a la familia y de tutelar adecuadamente la igualdad y dignidad de las mismas, principios cardinales de nuestro ordenamiento constitucional, en estricta armonía con los de servicialidad y subsidiariedad del Estado”.

Hermoso destino el nuestro, como es luchar por la verdad del ser humano y su destino trascendente, aunque sea trágico a veces; pero, siempre es posible levantarse porque el bien siempre triunfa sobre el mal, y la verdad siempre se impone sobre la mentira y el error.



## PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS\*

*Antonio-Carlos Pereira Menaut (USC)<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. Introducción. *El Derecho y los derechos*. II. Principales períodos que se pueden discernir en la historia de los derechos. III. Sobre los nuevos derechos: A. La corta historia de los nuevos derechos. B. La fundamentación de los nuevos derechos. C. Cuáles son los principales nuevos derechos. D. Cómo son los nuevos derechos. E. Problemas que plantean los nuevos derechos. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este capítulo es ofrecer un rápido panorama de lo que ha sido la vida de los derechos hasta nuestros días. Como cualquier otra realidad jurídica, los derechos han pasado por sucesivas etapas y se encuentran hoy en otra. El problema es que la etapa actual representa un cambio cualitativo (y cuantitativo, pues el número de los reales o pretendidos derechos es hoy ingente) sin precedentes, lo que nos obliga a escribir un capítulo que no guarda las debidas proporciones internas, pues el espacio dedicado a los derechos actuales y sus problemas tiene que ser mucho mayor que el dedicado a las fases históricas anteriores. El panorama actual de los derechos es tan heterogéneo y problemático que hace su estudio difícil y prolijo.

Los derechos que vamos a estudiar aquí son los del ciudadano de una democracia liberal más o menos según el modelo clásico y que disfrute de una razonable salud constitucional. La denominación *derechos fundamentales*, por influencia de Alemania, prevalece ahora en muchos países. En este trabajo solo haremos distinciones más específicas –derechos

---

\*Jurista, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela en el área de Derecho Constitucional, nombrado así en noviembre de 2017. También es director de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo.

<sup>1</sup>Gracias a Y. Gómez Sánchez y P. Tenorio (UNED), I. Arias (USC), J. Ammermann (USC) y A. Rodríguez. La teoría general y la periodificación histórica se apoyan en Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional y Otros Escritos* (última ed.: Santiago de Compostela, 2017, con JI Martínez Estay). Me he basado también en diversas conferencias, pronunciadas en los últimos años en las universidades de Porto, Católica do Porto, en el III SINDA (U. Lusófona, Porto) y en el IPCA de Barcelos.

humanos internacionales, derechos constitucionales, derechos legales, derechos jurisprudenciales— cuando lo pida el contexto<sup>2</sup>.

## EL DERECHO Y LOS DERECHOS

Se recordará que no toda pretensión, facultad, privilegio o exención es un derecho. El Derecho objetivo (singular, mayúscula: “el Derecho español”, p. ej.) es el ámbito en que viven los derechos (plural, minúscula) de la gente. Se trata de una cuestión de más alcance que el ortográfico: los derechos están limitados a las fronteras del Derecho; fuera de este ámbito —en los ámbitos moral, sentimental, estético u otros—, propiamente no hay derechos exigibles ante un juez. Así que muchas pretensiones, deseos y metas buenas y razonables, si están fuera del ámbito del Derecho, no serán verdaderos derechos. Esto debe ser tenido en cuenta porque no pocos derechos de las últimas hornadas (y alguno de las más clásicas, como el derecho americano a la búsqueda de la felicidad), examinados con este criterio no son auténticos derechos. Ello puede no tener mucha importancia en una conversación coloquial pero en un capítulo como este, la tiene.

## II. PRINCIPALES PERÍODOS QUE SE PUEDEN DISCERNIR EN LA HISTORIA DE LOS DERECHOS

Distinguiremos los siguientes.

A. Lo que podríamos llamar prehistoria de los derechos constitucionales está en la Edad Media: *nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per legale iudicium; no taxation without representation, quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*, y otros principios. Esos derechos estaban en las cartas magnas inglesas (y en otros documentos de otros países), en los principios y las costumbres. Pero los derechos no eran de todo hombre sino de las personas que estaban en determinadas posiciones estamentales o que resultaban protegidas por los fueros o pactos de su villa o ciudad. Además, las cartas magnas medievales contenían otros derechos, privilegios y exenciones de muy escaso interés constitucional para otras épocas (así, p. ej., no se obligará a la ciudad de X a construir nuevos puentes).

B. Si la Edad Media fue la prehistoria de los derechos constitucionales, su historia antigua está en la Gran Bretaña del siglo XVII y parte del XVIII, época en la cual se proclamaron la *Petition of Rights* (1627), el *Habeas Corpus Act* (1640), el influyente *Bill of Rights* (1689) y la *Act of Settlement*

---

<sup>2</sup>Así hace Cartabia, Marta, “La Edad de los ‘Nuevos Derechos’”, *Rev. de Derecho Político* 81, 2011, 61-100; 69.

(1701). Además, en este período vieron la luz el *Segundo Tratado del Gobierno*, de Locke y otras obras que estudiaban la división de poderes, el Derecho natural, el contrato social y otros aspectos relevantes (piénsese en autores, ingleses y no ingleses, como Vitoria, Mariana, Suárez, Harrington, Hooker, Montesquieu). Con todo, en esta fase que hemos llamado historia antigua todavía no se produjeron declaraciones generales de los derechos de todos los hombres, como las que habían de proclamarse en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII y principios del XIX: Declaración de Virginia, Declaración de Independencia de los Estados Unidos, Declaración Francesa de 1789, Constitución belga de 1831.

C. Con esa eclosión de documentos y movimientos políticos de fines del siglo XVIII y principios del XIX comienza lo que podemos llamar época clásica. Es muy conocida porque marcó la mentalidad occidental con una impronta y una visión generalmente compartidas que han llegado hasta hoy. Prescindiendo ahora de matices, podemos decir que el planteamiento genéricamente ilustrado de los derechos disfrutó de un prestigio y una autoridad moral que duran hasta nuestros días, aunque –y esto tiene que ver con los problemas que luego veremos– los derechos de hoy sean distintos de aquellos, en teoría y, aun más, en la práctica (como era de esperar, pues también es distinta la antropología dominante, como es distinto el Derecho y lo es el poder).

Es claro que estos derechos beneficiaron sobre todo a la burguesía, pero, como por naturaleza tenían vocación general, podían extenderse a todos y por eso podemos caracterizarlos por su universalidad. Esta no impidió que el sufragio, incluso de varones, tardara mucho en ser universal, y que la universalización práctica llevase mucho tiempo, como experimentó en su propia carne Martin Luther King.

Estos derechos responden a una sociedad civil fuerte, un hombre ilustrado y preocupado por la *res publica*, respaldado por un Derecho natural (fuera el clásico o el ilustrado) y un trasfondo genéricamente judeo-romano-cristiano con gran acuerdo fundamental, creencia en la naturaleza humana, la dignidad, la igualdad y la libertad.

Desde un punto de vista constitucional estos derechos forman como la contramarca de un régimen político demoliberal, porque si se toma un régimen político cualquiera, aunque sea la negación misma de la democracia, y se implantan en él esos derechos y libertades, terminará, con el tiempo, transformado en una democracia liberal clásica con libertades negativas, individualismo, sumisión del poder al Derecho, una sociedad civil fuerte, pero sin derechos de justicia social. Esta generación de derechos, que sería la primera, prolongó su existencia hasta la época de las Guerras Mundiales (según casos y países). Ello no impide que los remotos orígenes de la actual crisis de los derechos sean muy antiguos, pues podrían rastrearse hasta la primera postguerra.

D. La Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948 todavía pertenece básicamente a la visión de los derechos que acabamos de referir e incluso representó su triunfo universal (pero esquivó el problema de la fundamentación de los derechos, lo cual no parecía tener grandes repercusiones entonces; como veremos, ahora las tiene). Durante la segunda postguerra y la Guerra Fría (1945-1989, aproximadamente) hizo su aparición la segunda generación de los derechos, básicamente sociales, que fueron incorporándose a las nuevas constituciones (Italia, 1947; Portugal, 1976; España, 1978 y después muchas más) y a día de hoy continúan su expansión (según países y grados de austeridad), aunque su puesta en práctica no está exenta de problemas.

E. En 1977 Karel Vasak presentó su tercera generación de derechos. Si los de la primera eran los derechos de la *liberté* y los de la segunda los de la *egalité*, los de la tercera generación iban a ser los de la *fraternité*: derechos al desarrollo, a la paz, al medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad y a la asistencia humanitaria. Vasak no tuvo mucho éxito si se mide por su traducción a derechos exigibles ante un juez (lo que sería muy difícil tratándose de la paz o el medio ambiente), pero la idea y la denominación echaron raíces. Aunque parezca lo contrario, los derechos de esta tercera generación seguían siendo más modernos que postmodernos, pues lo que pretendían era expandir el lema de la Revolución Francesa. Por comparación con los actuales, seguían siendo derechos básicamente políticos o económicos, y relativamente centrados en el hombre. Como Vasak seguía el triple lema de la Revolución Francesa, sus derechos seguirían siendo genéricamente políticos, mientras que los de los consumidores y, más aun, los de la personalidad, identitarios, sexuales o los de los niños tienen poco de políticos; ya no están en el mundo de 1789 sino en la actual “desafección de la Política”.

F. Hoy estaríamos ante los derechos de la postmodernidad, los nuevos derechos o la cuarta generación, pero presentan tal carencia de unidad conceptual que difícilmente se les puede considerar como una generación clara e inequívoca. Con los nuevos derechos, al menos dos generaciones anteriores, los liberales y los sociales, pueden resultar perjudicadas. Por eso se trata de un fin de ciclo. En diversos casos, los nuevos derechos no presuponen la libertad, la dignidad ni la igualdad de todos; cuando no las atacan. Algunos, como los que tienen como objeto al ser humano (p. ej., gestación subrogada), niegan la dignidad, y existen otros que fomentan la desigualdad porque, p. ej., el *enhancer* siempre será superior al *enhanced*, y este, superior al hombre común todavía no *enhanced*. Los mismos gobernantes, como los españoles actuales, que coartan libertades de las generaciones anteriores (“Ley Mordaza”, recortes sociales), promueven nuevos derechos. Que puedan hacerlo así sin ninguna incoherencia de

fondo refuerza la idea de que los nuevos derechos pertenecen a otra estirpe; no son la continuación de los clásicos ni de los sociales. Cuando la Declaración de Independencia americana proclamaba que *All men are created free and equal...*, y al mismo tiempo mantenía la esclavitud, incurría en manifiesta incoherencia; pero cuando un político europeo actual acepta la gestación subrogada mientras que recorta la libre expresión o hace uso del llamado Derecho Penal del Enemigo, no es incoherente. No son derechos liberales (en el sentido literal, derechos de libertad política) sino que generan conformidad y obligación.

Debe advertirse que aquí nos centramos en Europa, pero en Estados Unidos ya la década de 1960 fue la de los Derechos Civiles –Martin Luther King fue asesinado en 1968–, y en Canadá, tras la *Charter of Rights* de 1982, los derechos comenzaron a dispararse y multiplicarse.

Tras el final de la Guerra Fría proliferaron los derechos, declaraciones, documentos y jurisdicciones para protegerlos, en un escenario de triunfo universal, de tal forma que los derechos han colonizado el lenguaje común, y los jueces activistas, así como también diversos comités internacionales (CHR, CSW, CEDAW, CRR) expanden los derechos y continúan produciendo figuras nuevas. Es un proceso de proliferación que no parece tener un fin próximo pero que no detiene el crecimiento del poder ni el progresivo deterioro de diversos auténticos derechos esenciales para una democracia, como libre expresión, manifestación, debido procedimiento jurídico, intimidad y otros. Poco nos sorprenderá, entonces, que el triunfo universal de los derechos lleve décadas coexistiendo con “un creciente sentimiento de malestar”<sup>3</sup>.

Simplificando las cosas para buscar fechas significativas, diríamos que el espíritu de los derechos más propiamente constitucionales abarcaría de 1789 a 1989 (Muro de Berlín)<sup>4</sup>. A partir de ahí, asistimos a una explosión de reales o supuestos derechos, no pocas veces contradictorios los unos de los otros. En realidad, como decimos, el proceso había comenzado bastante antes, pero la eclosión, con una fragmentación y dispersión sin precedentes, aparece ante nuestros ojos en la última década del siglo XX y las dos primeras del XXI.

La situación en la que estamos hoy se comprende mejor si tenemos en cuenta el impacto –o más bien los impactos– de la postmodernidad en los derechos. Han sido aproximadamente los siguientes: pérdida de los fundamentos, ruptura del vínculo hombre-derechos y, con ella, crisis en

---

<sup>3</sup>Cartabia, 65. O véase Ignatieff, Michael, *et alii*, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001 (Amy Guttmann, ed.); un libro poco optimista.

<sup>4</sup>Ambas fechas, 1789 y 1989, son más simbólicas que precisas. El documento de derechos clásicos más antiguo, la *Petition of Rights*, es de 1627, si bien aún no fue una Declaración realmente moderna y fue poco conocida fuera de Inglaterra. En cuanto a 1989, para entonces ya estaban puestos los cimientos –y más que los cimientos– de los nuevos derechos; basta recordar Mayo del 68.

la titularidad de los mismos; inflación y fragmentación de los derechos (que, por lo mismo, dejan de ser esenciales y básicos); auge –por ahora, interminable– del control y de la regulación por el poder; conversión de los derechos en nueva ética y aumento exponencial de los deberes.

Estamos ante varias crisis que no podían dejar de afectar a los derechos: la crisis antropológica, la del Derecho<sup>5</sup>, las nuevas tecnologías y biotecnologías, capaces de dominar e incluso cambiar al hombre; nuestra sociedad tal como la retratan últimamente autores como Han o Sadin<sup>6</sup>... Sería imposible que todo ello no afectara, y mucho, a los derechos.

### III. SOBRE LOS NUEVOS DERECHOS

Estudiar en este momento los nuevos derechos es como estudiar la hierba justo moviéndose bajo nuestros pies. Intentaremos pintar un cuadro a grandes brochazos, procurando más captar la realidad que cumplir con una metodología académica.

Consideramos plausibles las hipótesis que siguen: el hombre considerado como objeto, la rebelión de las élites<sup>7</sup> –que ayuda a entender cómo surgen y se expanden estos derechos–, el carácter radicalmente novedoso y problemático de los nuevos derechos, así como su dudosa conveniencia para la democracia constitucional. Sugerimos también, como apuntábamos, que no estamos ante una generación más de derechos –la cuarta, por ejemplo–, sino ante una realidad nueva; como si la naturaleza de los derechos no permitiera desarrollos hasta el infinito sin romper, al fin, con el original. Mientras tengamos presentes estas precauciones, no hay inconveniente en llamarles cuarta generación.

La expresión “nuevos derechos” dista de ser satisfactoria. Ello no es raro si tenemos en cuenta que tampoco lo es la indiscutida expresión “derechos *humanos*”; pues estos propiamente nacieron con la Declaración de 1948; antes no se llamaban así y abiertamente se veían como vinculados a cada estado en vez de ser universales. Tal vez los nuevos derechos sean la primera generación completamente universal, pero sería más exacto decir universalizada, pues su origen estuvo en ciertos países, tribunales

---

<sup>5</sup>Véase Pereira Menaut, “Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non daretur?”, *Persona y Derecho* 78, 2018-1, 293-322.

<sup>6</sup>Han, Byung-Chul, *En el Enjambre* (Barcelona, 2014; original: *Im Schwarm*, Berlín, 2013) y *La Sociedad del Cansancio* (Barcelona, 2017, 2ª ed. ampliada; original: *Die Müdigkeitsgesellschaft*, Berlín, 2010); Sadin, Eric, *La Humanidad Aumentada. La Administración Digital del Mundo*, Bs. As., 2017 (original: 2013) y *La Silicolonización del Mundo*, Bs.As., 2017 (original: 2016).

<sup>7</sup>Idea tomada de Lasch, Christopher, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, Londres y NY, 1996.

y organismos internacionales, desde los que han sido extendidos al resto del mundo<sup>8</sup>.

#### A. LA CORTA HISTORIA DE LOS NUEVOS DERECHOS

La historia de los derechos, en general, nunca ha sido un *continuum*. Ha habido notables saltos. E incluso sin saltos aparentes, sin cambiar la letra, hay documentos que en no mucho tiempo han venido a ser leídos de una forma muy distinta, como la Constitución norteamericana, la Declaración Universal de 1948 o los artículos sobre derecho a la vida y matrimonio en la Constitución española.

Hablando también en general, lo sucedido a los derechos se inscribe dentro de lo sucedido al constitucionalismo demoliberal. Dejando aparte la crisis en los fundamentos teóricos (Nietzsche, p. ej.), los problemas serios comenzaron ya en las primeras décadas del siglo XX. En bastantes países occidentales se aprobaron leyes de eugenesia, con sentencias como *Buck v. Bell* (274 U.S. 200 (1927)), cuyo ponente fue el juez Holmes). Margaret Sanger (1879-1966), fundadora de lo que más tarde sería Planned Parenthood, defendía la eugenesia y antes de la Guerra veía bien lo que se estaba haciendo en Alemania. *The Decline of Liberalism*, de Hallowell, es de 1943, y la famosa y pesimista conferencia de Scheler sobre la disminuida posición del hombre en el cosmos es de 1928.

La victoria militar de 1945 sobre los totalitarismos dio oxígeno al constitucionalismo y a los derechos; se proclamó la Declaración Universal y hubo un renacimiento del Derecho natural. Hubo evidentes mejorías y progresos, por ejemplo, en la protección, pero los factores que venían socavando las raíces siguieron haciéndolo. En 1978 la Constitución española fue saludada en todo el mundo como un hito, pero en el fondo no iba a haber más que una democracia limitada, con poderes muy fuertes y, en cuanto a derechos, solo los justos, y según el juicio del legislador y del Tribunal Constitucional más que de la Constitución. A toda esa corriente erosionadora de la democracia y de los derechos, que en realidad venía de atrás, se le sumaron hacia 1990 los tremendos impactos de la tecnología, los posthumanismos y demás factores mencionados. Hoy hay gente que no ve mal la censura, prefiere la seguridad a la libertad, no confía en el hombre común, y no pide al poder que se someta al Derecho.

Procede, entonces, preguntarnos cómo hemos llegado a esta eclosión de nuevos derechos. Con la Caída del Muro vino, pretendidamente, el fin

---

<sup>8</sup>Moyn, Samuel ("Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights", 193-211 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*) escribe: *The history of human rights, in short, is not a story about 'the cosmopolitan tradition' [...] (199)*. La Declaración de 1948 no fue tan universal como se cree, sino de unos pocos países, aunque con el tiempo consiguió una aceptación global antes nunca vista.

de la historia y el triunfo universal de la democracia liberal, lo cual, de ser cierto, volvería ociosa la discusión política. Entonces tendría sentido abandonar la *polis* y dedicarnos al *self*. Es cierto que la crisis del liberalismo y las obras de Foucault, Lacan, Deleuze y otros son muy anteriores a 1989, pero es como si el fin de la preocupación por el imperio soviético hubiera roto en Occidente los diques que venían conteniendo los nuevos derechos.

Es importante recordar que los derechos no son abstracciones en el vacío. Viven como anidando en una sociedad, un Derecho, una antropología e incluso unas condiciones materiales<sup>9</sup>. Apuntaremos varias circunstancias concomitantes, causas y presupuestos.

1. Los primeros se refieren al hombre mismo, a los seres humanos. Se ha producido un desarrollo de derechos en lo personal y corporal, algo así como una traducción a lo jurídico de la visión de la libertad y el desarrollo de la personalidad como posibilidades ilimitadas de redefinirse uno a sí mismo y explorar todo posible terreno –excepto los políticos o económicos, donde somos cada vez más súbditos–.

Detengámonos en el deterioro de la posición del hombre en el cosmos. Sin la pérdida de la centralidad del hombre no habrían florecido aquellos derechos nuevos en los que el hombre oficia de objeto. Possenti insiste en la “*marginación antropológica* efectiva en la cultura” y en que “la crisis del sujeto en la filosofía contemporánea testimonia el declive probablemente irreversible de la línea sujeto céntrica [*sic*] moderna...”<sup>10</sup>.

Puede parecer antiintuitivo pero ese deterioro en la posición del hombre ha corrido paralelo con la explosión identitaria en muchas personas post-modernas. Así, mientras las identidades políticas –ser portugués, gallego, italiano–, que generan aglutinación política y social, son a menudo mal vistas, las nuevas identidades, aunque empobrezcan las relaciones interpersonales y sociales, son fomentadas.

Marta Cartabia subraya que los nuevos derechos, así como algunas sentencias que los reconocen, están moldeando a la persona humana<sup>11</sup>, así que serían más causa que efecto del cambio antropológico actual. Sin negar eso, aquí subrayamos el cambio antropológico como presupuesto. Ciertamente, los nuevos derechos, al ser tan diferentes de los clásicos,

---

<sup>9</sup>Recuérdese la defensa de los concretos derechos ingleses frente a los abstractos franceses de 1789.

<sup>10</sup>Possenti, Vittorio, *La Revolución biopolítica. La Peligrosa alianza entre Materialismo y Técnica*, Madrid, 2016 (original: 2013), 24, pero ver también 35 ss. y *passim*. “Vale la pena meditar no solo sobre el control creciente de las biotecnologías sobre el hombre, sino también el proceso de *marginación antropológica* efectiva en la cultura, [...]” (13). Con todo, según él, la categoría de *persona* sigue intacta.

<sup>11</sup>“La Edad...”, 66 y *passim*. Con este enfoque estudia los dos casos de privacidad norteamericanos *Cruzan* (1990) y *Gluckberg* (1997) y la sentencia del TEDH, *S.H. y otros vs Austria* (2010).

son eficaz instrumento para crear un tipo humano moldeando la imagen del hombre, pero también dependen de ella.

Además, la explosión de la tecnología y su capacidad de imposición sobre el hombre, que no parece tener fin próximo, han contribuido a generar nuevos derechos: “El segundo factor de riesgo para el humanismo es la ideología de la técnica entendida como capacidad ilimitada de fabricar y producir todo y de pensar al ser y los hombres como materia disponible...”<sup>12</sup>.

2. Mayo del 68 fue una revolución contra la ética y las instituciones sociales (“rompamos las reglas” morales y sociales –no políticas y económicas–, “seamos transgresores” de las costumbres burguesas; “prohibido prohibir”). No interesó mucho al conjunto de la sociedad ni amenazó seriamente las instituciones políticas ni al gran capitalismo. Por el contrario, al sostener que la liberación sexual era la verdadera liberación política, preparó el terreno a futuros derechos no políticos.

3. La penetración del Derecho positivo en la biología ha abierto nuevas vías:

“El derecho, que durante tanto tiempo legisló sobre lo externo, ocupándose de las relaciones entre los hombres, hoy está obligado a penetrar en la interioridad del hombre, [...] El bioderecho y la biopolítica nacen como una novedad real, pues durante milenios el derecho y la política se detenían ante el *bíos*, [...] Hoy entran en ellos, porque ya han penetrado en ellos la ciencia y la técnica”<sup>13</sup>.

El primer rasgo del Derecho que se resiente es la alteridad. Las invasiones de la técnica en la vida humana producen un nuevo tipo de relaciones personales, además de alterar las que ya existían. Y si, arrastrada por esas invasiones, la legislación positiva se introduce en la biología y la psicología –olvidando que para el Derecho ambas deben ser un *prius*–, generará pretensiones que serán legales y ejercitables ante un juez. En cuanto a la excesiva legalización de otras relaciones humanas que ya existían, también ha generado nuevos derechos. Por ejemplo, las relaciones padres-hijos son ahora vistas como relaciones creadas –o re-creadas, o supervisadas– y por tanto pueden generar derechos de unos contra otros. Una vez aceptadas como nuevo *ordre public* jurídico, ni siquiera quienes profesan el enfoque de siempre –que consideraba esas relaciones más sociales que jurídicas– pueden oponerse a que se les aplique el nuevo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 15.

<sup>13</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 70.

<sup>14</sup>Cfr. Kalb, James, “Identity and the Civilization of the West”, *Sydney Trads*, 11-II-2017 (<sydneytrads.com/2017/02/11/2017-symposium-james-kalb/>; consultado el 9-III-2019).

En esos casos, en que la ley entra tan a fondo, lo que hace en realidad es rediseñar esas relaciones naturales, prejurídicas; casi reconstruir lo que es ser hijo o padre (p. ej., derecho a no atender padres ancianos; atribución judicial de padre a un hijo gestado subrogadamente y cuyos padres se divorciaron antes del parto). En algunos casos de adopción por quien biológicamente no podría ser padre, la ley resulta más importante que la fisiología para decidir quién es padre.

4. En el terreno político, en realidad, el marxismo no jugó un papel determinante ni como requisito ni como causa; está jugándolo mucho mayor el capitalismo actual, con su mercantilización irreverente de todo, incluso el vientre de una madre. Es cierto que algunas ramas del tardomarxismo occidental, ya por convicción ya por estrategia, al ver que no iba a haber revolución político-económica, aplicaron a las relaciones personales y familiares el análisis de explotación de clase. Foucault y otros sostuvieron que existe poder en todos los ámbitos, incluso personales, así que hay que actuar políticamente en ellos<sup>15</sup>; y de ahí la conversión de la intimidad y la biología en terreno para la política y el Derecho. El provocador director de cine Pasolini y otros decían (pero no demostraban) que el sexo es política. Si “lo personal es lo político”, la primera liberación política debería darse en los terrenos personales.

Debe notarse también que muchos gobernantes –sin excluir la propia UE, aunque no sea competente en estas materias– que desean o consienten la involución política (restricciones de la libertad y participación; aumento de la represión, incluso penal), directa o indirectamente fomentan más y más libertades culturales, personales, sexuales o biológicas<sup>16</sup>.

Los nuevos derechos nacieron y florecieron en un caldo de cultivo de “muerte del hombre”, de posthumanismo, transhumanismo (Anders, Harari, Singer, Sloterdijk, Zizek) y antihumanismo (Foucault, Althusser, Donna Haraway<sup>17</sup>).

---

<sup>15</sup>Hardt y Negri sostienen que el feminismo es política (Hardt, Michael, y Negri, Antonio, *Imperio*, Barcelona, 2005; original: *Empire*, Harvard UP, 2000).

<sup>16</sup>Así lo previó Aldous Huxley (*A Brave New World*, 1932; trad. esp., *Un Mundo Feliz*, 2ª ed., Prólogo): el dictador hará bien en fomentar esas libertades. La anterior derecha europea, que partía de una moralidad socialmente compartida, ha dejado paso a otra secular que empobrece a millones de personas para cumplir objetivos de deuda o déficit, mientras reduce las libertades públicas e incrementa el control orwelliano. Al mismo tiempo, suscribe la exploración sin fin de las identidades personales o la “maternidad subrogada”. En cuanto a la izquierda, hoy prácticamente ausente, véase, por todos, Judt, Tony, *Algo va mal (Ill Fares the Land)*, NY, 2010. El 11-XII-2008 *The Economist* publicó “The left’s resignation note”. Seguramente, el programa social de la democracia cristiana italiana de 1960 no lo suscribirían los socialdemócratas de hoy.

<sup>17</sup>Según Hardt-Negri, *Imperio*, 110-111; Possenti, *Revolución*, 16: feroz antihumanismo de Foucault y otros, de origen nietzscheano y francés, que llega al máximo en Hardt-Negri,

## B. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS

El importante problema de la fundamentación de los derechos ha venido dividiendo a los autores desde hace tiempo, y hoy es una cuestión clave. Si fuéramos capaces de identificar una fundamentación sólida, nos acercaríamos a posturas iusnaturalistas, conclusión inadmisibles para algunos. Como es sabido, al preparar la Declaración Universal de la ONU prevaleció la idea de que lo importante era protegerlos, más que librar arriesgadas batallas por fundamentarlos. Hoy, con unos derechos fragmentables *ad infinitum*, el problema de la fundamentación ha pasado a primer plano. Es imposible pronunciarse sobre la gestación subrogada –por ejemplo– sin pronunciarse también, al menos indirectamente, sobre su fundamentación. Es imposible admitir o rechazar la adopción por parejas homosexuales sin pronunciarse, si quiera indirectamente, sobre la sexualidad humana, la familia y las relaciones de filiación. Cuando los derechos ‘se vuelven locos’ (p. ej., litigando contra los propios padres por habernos dado la vida), si negamos toda fundamentación resulta imposible poner un poco de cordura. Y así sucesivamente.

Hay autores actuales que no son iusnaturalistas pero son conscientes de la necesidad de la fundamentación. Gearty<sup>18</sup> sostiene que, aunque realmente tal fundamentación no exista, hay que preguntarse por ella, pues de lo contrario se pierde la dinámica de los derechos, que tienen que aspirar a tener una base en la verdad<sup>19</sup>. “Los fundamentos, ahora, importan, porque los derechos humanos importan, y más que nunca”, porque hoy hay pocas guías éticas.

La experiencia muestra que si los redactores de 1948 pudieron ignorar el acuerdo fundamental y centrarse en el procedimental fue, irónicamente, porque todavía podían dar por supuesto un razonable *agreement on fundamentals*, pues aunque los cimientos del edificio comenzaran a ser criticados hace cientos de años, en la visión general socialmente compartida el acuerdo general ha durado (según culturas y países) casi

---

*Imperio*, 95, siguiendo a Donna Haraway. Las lindes entre posthumanismo, transhumanismo y antihumanismo no son nítidas.

<sup>18</sup>Gearty, Conor, “Human rights: the necessary quest for foundations”, en Douzinas-Gearty, *The Meanings of Rights*, 21-38.

<sup>19</sup>Pero, curiosamente, necesitan fallar en su pretensión (38). En el pasado se fundamentaron en la religión, la razón y el Derecho (25); ahora tal vez en la naturaleza (38). Según él, podría residir en el ansia de justicia, “en sí misma una especie de verdad” (38). Menciona “una nueva clase de fundacionalismo que coloca la donación, la compasión [y el cuidado de los demás] en el corazón de la historia de los derechos humanos...” (29). Realmente, lo que él sostiene es menos plausible que fundamentarlos sencillamente en la naturaleza humana. Concretamente, para los nuevos derechos, Gearty no suministra fundamentación sustancial alguna.

hasta nuestros días<sup>20</sup>. No es que en 1948 hubiera un acuerdo como el de Cicerón ni como el de los Padres Fundadores americanos, pero es cierto que los redactores de la Declaración partían –entre otras cosas– de la base de la familia, así como de la idea de que los derechos debían operar de abajo hacia arriba<sup>21</sup>.

Los nuevos derechos no tienen una fundamentación unívoca. Aquellos que son derivaciones del clásico derecho a la intimidad, honor o integridad, tendrán la misma fundamentación que este (así, protección de datos, derecho a no ser geolocalizado). En cambio, los que se deriven del nuevo estatuto legal acordado a la vida humana, o de la nueva manera de ver la naturaleza y los animales, no tendrán mucho más fundamento que el instrumento jurídico que los reconozca.

### C. CUÁLES SON LOS PRINCIPALES NUEVOS DERECHOS

Es innecesario recordar que muchas de las pretensiones cobijadas bajo el paraguas “nuevos derechos”, no son verdaderos derechos. Ni siquiera lo eran todos los sociales. Los derechos sustanciales, con contenido esencial propio, conceptualmente autónomos, no derivados de otros derechos anteriores o más sólidos; que pueden plausiblemente ser defendidos incluso contra tratados, constituciones, leyes o sentencias, no pueden ser muchos; tal vez ni una docena. El derecho a la intimidad genética, en cambio, es una concreción del derecho a la intimidad.

Por su variedad y carencia de unidad conceptual, es difícil hacer un elenco fiable de los nuevos derechos. Intentando agruparlos según el mero sentido común distinguiremos los siguientes:

Un grupo de nuevos derechos han sido producidos por el efecto de las nuevas tecnologías sobre derechos que conceptualmente son anteriores, por ejemplo, en la comunicación, la protección de datos, derecho “al

---

<sup>20</sup>Según el escritor teatral Tom Stoppard: “No se necesitaba una frase pública para decirle a uno que ciertas clases de conductas hacia los ciudadanos checos o rusos eran moralmente incorrectas. Para mí, los derechos humanos simplemente respaldan una visión de la vida y un conjunto de valores morales que están perfectamente claros para un niño de ocho años. Un niño sabe lo que es justo y lo que no lo es, y la justicia se deriva de ese conocimiento” (cit. por Gearty, 30; pero si son niños españoles bombardeados por la educación y el actual entretenimiento, quizá no sea así). Possenti escribe: “Lo que está ocurriendo en Occidente ante nuestros ojos es el hundimiento de los fundamentos humanísticos y filosóficos del liberalismo, corroídos por el liberalismo libertario o liberalismo radical, que reducen en extremo la idea de persona y que intentan eliminar la idea de la naturaleza humana como normativa” (*Revolución biopolítica*, 14-15).

<sup>21</sup>Glendon, Mary Ann, “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Nuestro Tiempo* 701 (2019), 104-111 (originalmente, una conferencia pronunciada en Roma, en noviembre de 2018); 110.

olvido”<sup>22</sup>, derechos digitales, derecho a no estar geolocalizados sin consentimiento... Nótese que estos derechos pueden ser para todos (no solo para un grupo) a diferencia de otros nuevos derechos que por definición solo protegen al grupo que los alega.

Un segundo apartado se deriva de la lucha contra toda discriminación imaginable, justa o injusta, atravesando cuanto terreno sea necesario y llegando al borde del ridículo (derecho al uso de cualquier baño público, obligación de usar lenguaje no sexista ni en lo más mínimo, defensa del matrimonio homosexual precisamente por lo que tiene de igualitario).

Otro factor ha sido la privacidad (en Europa, más bien la autodeterminación personal) llevada también al extremo. Ha jugado un papel importante, entre otros terrenos, en los debates bioéticos. La extrema privacidad ha ido muchas veces de la mano de la extrema no discriminación.

Un cuarto bloque de derechos fue generado por el sexo, el cuerpo y la vida biológica; por la hipersexualización, la aparición del género, el impacto de la tecnociencia en la biología humana (Possenti), salud, cuerpo, relaciones familiares, *enhancement*, pretensiones acerca del comienzo y el final de la vida<sup>23</sup>. A veces se ha tratado del mejoramiento o creación de un hombre nuevo mediante técnicas genéticas<sup>24</sup>.

Otro grupo de nuevos derechos está relacionado con el nuevo estatuto legal (mejor que jurídico, pues no toda ley es Derecho) de la vida humana y del ser humano. La vida humana ya no es un *prius* para el Derecho, se ha hecho disponible para el legislador; el hombre pasa de sujeto a objeto. Esto —el hombre como objeto— aparece en diversos nuevos derechos.

Otros derechos tienen que ver con el ecosistema, con la nueva relación entre el hombre y el resto del planeta: reales o pretendidos derechos de los animales, de la naturaleza (contra la explotación minera agresiva o la contaminación del suelo<sup>25</sup>).

---

<sup>22</sup>Cortesía de Fernández García-Armero, Pablo, “El Derecho al Olvido”, 2018, *pro manuscripto*.

<sup>23</sup>En Alemania, un hijo demandó a unos médicos por haber mantenido vivo a su padre. El más alto tribunal federal penal (el BGH) sentenció a favor de los médicos y dijo que emplear medios médicos para prolongar la vida no es dañino ni criminal (2 abril 2019; accesible en internet). Es claro que la visión del hombre, de la vida y de los derechos que hay tras esa demanda fallida, es muy distinta de la Declaración de Independencia americana.

<sup>24</sup>Recientemente, Harari, Yuval, *Homo Deus*, Barcelona, Debate, 2016 (original hebreo: 2015); si bien la idea del hombre nuevo tiene precedentes en el siglo XIX (Negro, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo*, Madrid, 2009). Ver también Sandel, Michael, *Contra la Perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, 2007 (original: *The Case Against Perfection*, 1999).

<sup>25</sup>Entre otros, Mignolo, Walter D., “From ‘human rights’ to ‘life rights’”, 161-180 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*. Sostiene que “*nature rights are human rights*” (165-168) y que son derechos a la vida. El hindú Raphael Samuel, a quien mencionaremos en breve, considera al Planeta más importante que el hombre; sería un ejemplo actual de la percepción de Scheler del nuevo lugar del hombre en el cosmos. El pensamiento de fondo es completamente diferente del que vio nacer los derechos en los siglos XVII a XIX.

Mencionaremos también los derechos sin sujeto actual, como los proclamados en 1994 por la ONU a favor de las generaciones futuras (y que, por tanto, es discutible que sean verdaderos derechos).

Añadamos los derechos identitarios, producidos por la entrada en la escena pública de aquellas identidades reputadas oprimidas o injustamente discriminadas, sobre todo las de sexo, “género”, orientación sexual, cultura y minorías étnicas (en este caso, no todas). Tratándose de este tipo de identidades, que no son las únicas, pero son las importantes aquí, se comprende que los derechos derivados de ellas enfrenten a la gente, aunque al mismo tiempo paradójicamente produzcan conformidad y corrección política.

Otro grupo que merece mención aparte son los “derechos de la personalidad”. En España nacieron hace muchas décadas de la mano de civilistas, y en ese sentido no serían precedentes de los actuales nuevos derechos; serían como una expansión indebida de algunos derechos del Derecho Civil en el terreno del Constitucional.

Estos derechos, por otra parte, enlazan con el derecho alemán al libre desarrollo de la personalidad (*Grundgesetz*, art. 2.1, que luego pasó a la Constitución española y a otras). Una vez descarrilados, enlazarían con la visión post 1968 de la libertad como posibilidad ilimitada de hacer lo que uno desee con su vida en todos los sentidos (excepto los políticos y económicos), sin limitaciones biológicas ni de ningún género. En Estados Unidos lo equivalente a los derechos de la personalidad serían los de la *privacy*, también muy expandidos últimamente.

Es claro que resulta imposible clasificarlos satisfactoriamente. Si acudimos a Dershowitz, Segovia, Mighell u otros<sup>26</sup>, vemos una variopinta y gran cantidad de derechos, no pocas veces contradictorios; efecto inevitable cuando el aumento cuantitativo desborda el sentido común<sup>27</sup>. En esto hace particular hincapié Dershowitz, con una ilustrativa tabla de derechos con sus correspondientes contraderechos (derecho de los animales a su vida frente al derecho a una alimentación sana y equilibrada, y así).

Por otra parte, queda dicho que algunos derechos nuevos –frecuentemente los más sólidos– son redefinidos o derivados, pues solo hay un derecho realmente nuevo cuando es conceptualmente autónomo y tiene un “contenido esencial” nuevo. Los nuevos derechos generados a partir del derecho clásico a la intimidad serían más bien redefiniciones debidas al hecho de que ahora ese derecho hace frente a situaciones nuevas, pero si –p. ej.– el derecho a la intimidad digital existe, es porque en el fondo se incardina en el derecho general a la intimidad.

---

<sup>26</sup>Dershowitz, Alan M., *Rights From Wrongs* (NY, Basic Books, 2004); Mighell, Connor, *A War of Freedoms* (senior thesis, Baylor University, accesible en internet, 2015); Segovia, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid, 2004).

<sup>27</sup>Cartabia, “La Edad...”, 65.

#### D. CÓMO SON LOS NUEVOS DERECHOS

¿Cómo son los nuevos derechos?<sup>28</sup> Es imposible dar una respuesta igual para todos ellos. Por lo general, los nuevos derechos no se generaron en barricadas ni manifestaciones sino en comités de la ONU, en algunos altos tribunales, en los grandes medios de comunicación y entretenimiento; en las elites capaces de crear los marcos del pensamiento. No los proclamó el pueblo a sangre y fuego en “La Libertad conduciendo al Pueblo” (Delacroix), ni haciendo a un rey jurar un *Bill of Rights*. No son producto de una rebelión de las masas, que hoy no hay –Judt señaló la debilidad de lo social en los últimos decenios<sup>29</sup>– sino más bien de las élites, a menudo usando el *soft law* internacional<sup>30</sup>. Curiosamente, ya Chesterton intuyó este elitismo con mucha antelación<sup>31</sup>:

“La emancipación moderna... [implica una]... nueva persecución del Hombre corriente” en favor del Hombre excepcional. Fastidia al hombre común en aras de malthusianismo, eugenesia, esterilización “e incluso, muy probablemente, del infanticidio”, y los proyectos de esterilización son básicamente para las clases bajas (7-8). Nuestras catástrofes no se deben a la “gente práctica que se supone que no sabe nada, sino, casi invariablemente, a la gente altamente teórica que sabe que lo sabe todo” (14).

En su origen, los derechos respondieron a la lógica de protegernos frente al estado, pues siempre tenderá a ser opresivo. Con los nuevos derechos tomamos esa lógica de estar a la defensiva, nacida para enfrentarnos al estado y se la aplicamos al profesor, vecino, abuelo, nieto, médico, a las limitaciones naturales o defectos físicos, aunque no nos opriman propiamente. De esa manera, ese espíritu defensivo y de desconfianza, que el hombre libre normalmente tendrá frente a todo gobierno, es trasladado a un ámbito en el que no procede, porque es un ámbito de mucha cooperación y en el que tenemos muchos deberes naturales (para con los vecinos, familia, amigos, colegas, restantes conductores o viandantes; de lo contrario, no habría vida social), traslado muy destructivo para los lazos interpersonales y el llamado “capital social”. Con la *Drittwirkung* (eficacia contra terceros) aplicada a los nuevos derechos, todas las personas

---

<sup>28</sup>Cfr. Pereira Sáez, Carolina, “Los nuevos derechos”, *Persona y Derecho* 75 (2017-1), 93-114.

<sup>29</sup>En general, en varias de sus obras, p. ej., *Algo va mal*.

<sup>30</sup>Matlár, Janne Haaland (*When Might Becomes Human Right*, Leominster, 2007) explica cómo operan los grupos transnacionales, que nunca proceden espontáneamente de la gente. Ver “New Actors: The Norm Entrepreneurs”, 56-61, y la bibliografía allí citada.

<sup>31</sup>Este problema, entonces solo incoado, lo entrevió perspicazmente en 1936. Chesterton, Gilbert Keith, *El hombre corriente*, Sevilla, 2013 (libro póstumo de 1936), esp, 7-17. (Gracias al chestertoniano Dr. C. Díaz Teijeiro).

corrientes dependemos menos unas de otras pero dependemos más del estado<sup>32</sup>. Esa eficacia, llevada al extremo y sumada a la transparencia hoy imperante en el mundo, convierte a todos en vigilantes unos de otros: los alumnos, de los profesores; los vecinos, de quienes no pasean al perro en 48 horas y así sucesivamente. Lógicamente, para no ser uno denunciado o no sufrir microagresiones orales, la gente deja de comportarse espontáneamente en público.

### *Rasgos de los nuevos derechos*

Nuevamente acudiremos al procedimiento de pintar a grandes brochazos porque la sabiduría jurídica romana decía que *omnis definitio in iure civili periculosa est* (Iavoleno). Si –decimos– no se puede ofrecer una definición de manual de los nuevos derechos, difícilmente se podrán listar satisfactoriamente sus variopintos rasgos. Pero aunque sea imposible dar una definición perfecta y aunque los rasgos resulten imprecisos y encabalgados unos con otros, esperamos que nos ayuden a mejorar razonablemente nuestra comprensión de la realidad. Algunos de esos rasgos son los que siguen:

- A. Estos derechos no son “humanos” en el sentido de los derechos humanos anteriores; no son inherentes a todo hombre ni favorecen al hombre común. Los derechos de los animales bajan al hombre de nivel (para no mencionar la pretendida indistinción hombre-animal-máquina; Haraway, Hardt-Negri). Otros reales o pretendidos nuevos derechos no son humanos porque rechazan la base de la vida humana, hasta ahora generalmente indiscutida y sin la cual ningún derecho sería propiamente “humano”. Un joven hombre de negocios de Mumbai declaró recientemente su intención de demandar a sus padres por... haberlo traído al mundo<sup>33</sup>. O piénsese en el citado caso del litigante alemán que demandó a los médicos por haber mantenido con vida a su padre durante un período que a juicio de su hijo debió de ser demasiado largo. Como estos ejemplos, se podría sin dificultad aducir muchos más hoy. Parece como si el sentido común hubiera sido borrado de la faz de la Tierra.

---

<sup>32</sup>Varios autores, informe sueco *The Nordic Way*, Foro de Davos, 2015; versión PDF en internet. Algunos culpan también a los derechos clásicos de deteriorar el tejido social (p. ej. Cartabia, 84), pero aquellos derechos, como el Derecho mismo, son superficiales: no pretendían rediseñar las relaciones personales ni el entramado social, mientras que los nuevos derechos es imposible que no lo hagan.

<sup>33</sup>“Indian man to sue parents for giving birth to him”, *BBC News*, Delhi, 7 Feb. 2019. Raphael Samuel es antinatalista y cree que la desaparición de la humanidad sería buena para el Planeta. Su página de Facebook se llama Nihilanand. Al parecer, sus padres, que son abogados, han recibido el asunto con humor.

- B. No son universales. Son de origen occidental –y realmente solo de una elite occidental–, aunque los comités de la ONU los extiendan a todo el mundo, incluso designando un supervisor (el Prof. Vitit Muntarbhorn, nombrado en 2016 supervisor de los derechos LGBTI para todo el mundo con la oposición de muchos países no occidentales).
- C. Una cierta cantidad de nuevos derechos no son altruistas. Los derechos anteriores beneficiaban a todos (tutela judicial, libre expresión, inviolabilidad de domicilio) o al menos a grandes grupos desfavorecidos (así, derechos sociales). Harari, los *enhancers* y otros hablan claramente de derechos no altruistas, que nunca van a ser para todos.
- D. Como hemos dicho, no son sociales: por un lado, porque debilitan la dimensión social; por otro, porque se dirigen abiertamente a muy pocas personas: los derechos de los transexuales a usar ciertos baños benefician a un porcentaje bajísimo de la población y no representan lucha alguna contra la pobreza; en España, los matrimonios homosexuales no superan el 2,5% del total, y la maternidad subrogada, que es muy cara, interesa a unas 450 personas sobre 47 millones. Precisamente por eso tampoco son políticos, sino que producen el abandono del foro y del ágora y la reclusión en lo privado. Disminuyen nuestro control del gobierno: para garantizarlos, el gobierno –o la UE, o la ONU– tiene que interferir hasta en nuestras mentalidades; de ahí el esfuerzo por introducirlos desde la infancia.
- E. Relacionado con el anterior, otro de sus rasgos es afectar al pensamiento (así, fobias): hoy un racista no es el que desprecia a otro grupo étnico, sino también aquel que quizá lo piense; un homófobo no es solo quien maltrata homosexuales; basta que piense que el auténtico matrimonio es solo entre hombre y mujer. Acudir a las fobias es contrario a la alteridad propia del Derecho, penetra en nuestras mentes y produce inseguridad: ¿quién se sentiría seguro siendo acusado –p. ej.– de islamofobia por un observatorio talibán de fobias?
- F. Un aspecto importante es la producción, bajo el término “derechos”, de una nueva obligatoriedad. Decíamos antes que no son derechos liberales porque generan obligatoriedad. Desde que se rediseña un modelo único y es aceptado por el ordenamiento jurídico español (p. ej., matrimonio como pacto de afecto entre cualesquiera), aunque no sea obligatorio practicarlo, lo es aceptarlo como canon u *ordre public* francés. Uno puede casarse con persona del otro sexo, como hace la gran mayoría, pero el matrimonio heterosexual como tal no existe legalmente en España.

Otra explicación de la nueva obligatoriedad es que los derechos son la nueva ética, y eso suena bien, pero la ética, por definición, impone deberes; es un “catálogo de deberes” (d’Ors): saludar al vecino, cumplir las promesas, cuidar a los padres. Refuerza también la obligatoriedad el

hecho de que aquellos que versan sobre el yo, las relaciones íntimas, la vida y la muerte, hacen como de religión sustitutoria, que llega a decir al hombre postmoderno cómo debe ser y comportarse.

Una tercera explicación es el llamado “imperativo tecnológico”: si partimos de que todo lo que la técnica haga posible, se hará, daremos un paso más y pasará a *deber* hacerse, según pide el baconiano imperativo tecnológico:

“En el ámbito de la biopolítica interaccionan hoy la postura libertaria, que circula en las democracias liberales con el supuesto de que la gestión de la vida de uno es un asunto de incumbencia exclusivamente privada, y la ideología de la técnica, según la cual lo que es técnicamente factible es de suyo moralmente lícito, y quizás incluso obligatorio”<sup>34</sup>.

En España, ese carácter libertario y esa incumbencia exclusivamente privada están fuera de nuestra realidad. Hoy ni siquiera se aparenta fomentar la libertad, y todos los asuntos de este género están controlados. Puede el legislador dejar a las personas la disposición de los embriones congelados o la adopción homosexual, pero bajo una minuciosa supervisión, como la adopción por un matrimonio heterosexual.

#### *Acerca de los distintos efectos de los derechos clásicos y de los nuevos derechos*

Siendo los nuevos derechos diferentes de los clásicos, producirán diferentes resultados. Un cambio en el matrimonio y la familia lógicamente producirá un cambio social, ético y cultural, hoy ya bien visible. En cambio, por mucho que se lleve al extremo la libertad de votar, o la inviolabilidad de domicilio, no se producirá ninguna reconfiguración de la sociedad.

Otro ejemplo de la diferencia es que, si queremos eliminar absolutamente toda discriminación por razón de género, necesitaremos cambiar hasta el lenguaje, como en Canadá, con situaciones a veces pintorescas. En cambio, aunque se lleve al extremo el derecho a un juicio justo, nada de eso ocurrirá.

Similarmente, los derechos clásicos producían sociedades libres; los nuevos, no. Si profundizamos en los clásicos (aunque de por sí no son literalmente “profundos”, como no lo es el Derecho mismo) tendremos una comunidad política más libre. Si profundizamos en los derechos sociales, tendremos una sociedad más igualitaria y con más prestaciones sociales. Si profundizamos en los nuevos derechos la sociedad no necesariamente será más libre ni justa; incluso quizá sea más individualista y más desarticulada.

---

<sup>34</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 70.

## E. PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS NUEVOS DERECHOS

Como todas las cosas, los nuevos derechos plantean problemas<sup>35</sup>. Así, Cheah habla de la “producción gubernamental de la humanidad”<sup>36</sup> –y de “la humanidad producida por la gubernamentalidad global”<sup>37</sup>–. Sin llegar a tanto, ya los derechos sociales tenían el problema de reforzar al estado<sup>38</sup>. La antigua idea “a más derechos, menos poder”, debe ser revisada.

La puesta en práctica de muchos de los nuevos derechos produce conformidad social y política. Tiende a reconfigurar en horizontal las relaciones personales y las instituciones sociales afectadas. La eficacia horizontal y la irradiación de los derechos fundamentales, nacidas en la jurisprudencia alemana (sentencia *Lüth*, 1958) y hoy ampliamente aceptadas, pueden tener un efecto perturbador si se combinan con algunos nuevos derechos, por ejemplo, obligando a los viandantes a delatar a un abuelo que da un cachete a un nieto insoportable. O bien, si yo tengo derecho a convertirme en *transgender*, conforme a la mentalidad de los nuevos derechos tengo *eo ipso* derecho a que los demás me traten conforme a mi nuevo género, se abstengan de hacer bromas y no solo me respeten, sino que aprueben positivamente mi estilo de vida, pues la normatividad de mi nueva situación irradia a las demás personas. Estas ya no pueden limitarse al “vive y deja vivir” sino que tienen que conformarse con mi nuevo modelo antropológico aunque ellos no lo practiquen, con la consiguiente disminución de la tolerancia y el pluralismo. Hoy, la uniformidad crece en toda Europa e incluso en todo el mundo, y, curiosamente, los derechos son uno de sus agentes<sup>39</sup>. Se combinan, así, el individualismo, por un lado, con la conformidad y sujeción por el otro.

Esto nos reconduce a la mencionada nueva obligatoriedad. Una vez que un nuevo derecho es ética pública, se impone a la sociedad en general, como el citado *ordre public* espíritu del ordenamiento jurídico que todos deben aceptar; sin excluir –según los casos–, el riesgo de sanción legal a unos discrepantes que ya están, además, acosados, por la corrección política que no cesa de sugerirle conformidad a través de los medios y la educación. En el reciente caso de los padres musulmanes de Birmingham

---

<sup>35</sup>De nuevo, *cfr.* Pereira Sáez, “Los nuevos derechos”, *passim*.

<sup>36</sup>Cheah, Pheng, “Second-generation rights as biopolitical rights”, en Costas Douzinas and Conor Gearty, eds., *The Meanings of Rights. The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, 2014, 328; 215-232. Su enfoque es foucaultiano. Llama “derechos biopolíticos” a los económicos y sociales (227), lo cual es discutible.

<sup>37</sup>Pág. 232.

<sup>38</sup>Incluso a la clásica *free speech* puede sucederle eso. *Cfr.* la sobria primera enmienda norteamericana con la *Human Rights Act* inglesa de 1998, art. 10. El segundo, además de complicado, refuerza al poder.

<sup>39</sup>[L]os nuevos derechos individualistas son un componente esencial de la uniforme cultura legal que invade el Continente”, escribe Cartabia, 81.

que se niegan a que se den lecciones de LGBT a sus hijos<sup>40</sup> se percibe la conversión en un *ethos* general.

Otro problema. Como por primera vez en siglos, como hemos repetido, las ideologías que inspiran algunos nuevos derechos abiertamente no son altruistas, tales derechos no representan un proyecto realmente *político*, orientado a la *res publica*. Los derechos liberales tenían tras ellos un genérico liberalismo político; los sociales, un genérico socialismo. Tienen rasgos antipolíticos; cosa nada rara pues también los tienen, en general, nuestras sociedades. Resultan convenientes, en cambio, para el liberalismo financiero-tecnocrático global, que no necesita un individuo ni una sociedad fuertes ni políticamente activos, sino eficientes trabajadores, fungibles y desplazables a cualquier lugar.

Cuarto: los nuevos derechos son adecuados para la “jaula electrónica” en que vivimos, en la cual se nos dice algo así como: “usted vive controlado, con algunos derechos constitucionales recortados a causa del terrorismo, y tal vez empobrecido económicamente o sin trabajo, pero puede redefinir su propia biología cuantas veces desee, y, como puede elegir cada cuatro años entre una lista de candidatos bloqueada y otra igualmente bloqueada, es usted el ciudadano libre y soberano de una democracia occidental avanzada”.

Un quinto problema es la desconstitucionalización de los derechos. También los derechos clásicos podían resultar desconstitucionalizados por el abuso del margen de maniobra del legislador o del juez activista, pero los nuevos derechos dan un paso más, de forma que lo que dicen las constituciones, e incluso la Declaración Universal, no es resistente frente a la práctica. Así, los nuevos derechos españoles se rigen, en realidad, por leyes y sentencias, no por lo que dice la Constitución, hasta ahora nunca reformada en materia de derechos. En la ONU, la Declaración de 1948 dice lo mismo que decía entonces, pero los creadores de nuevos derechos, si quieren –p. ej.– promover nuevos derechos, citan la Declaración de Pekín, con lo que la Declaración Universal resulta desapoderada y la vida o la familia dejan de estar protegidas por la Declaración Universal, como han dejado de estarlo en España en la práctica.

---

<sup>40</sup>Parveen, Nazia, “Birmingham school stops LGBT lessons after parents protest. Hundreds of children withdrawn from Parkfield community school for day”, *The Guardian*, 4 marzo 2019. En ese corto artículo la palabra *ethos* parece tres veces. La idea de generalidad está en el programa de la discordia, titulado *No Outsiders*. “*Its ethos is to promote LGBT equality and challenge homophobia in primary schools*”, dice Parveen. Es interesante recordar que, como *ethos* significa también el carácter de una sociedad, si la comunidad musulmana inglesa no puede mantener su *ethos*, no hay multiculturalismo real.

## *Derechos, nuevos derechos y deberes*

La frase corriente “mis deseos, mis derechos”, como si la conversión fuese automática, no ha sido nunca cierta en el mundo político (ni económico) real; el *volò, ergo sum*<sup>41</sup> no es ni nunca sería así ni aunque Mayo de 1968 hubiera triunfado. Admitiremos, sin embargo, que esa lógica –lo que importa es mi deseo; que sean los demás y la realidad quien se adapte– está detrás de algunos derechos nuevos (p. ej., derecho al hijo, derecho a no haber nacido salvo con buena salud).

Los nuevos derechos ayudan a cuadrar el círculo de cada vez más libertades (de un cierto tipo) por un lado y menos libertad (política) por el otro. Los españoles de hoy, cargados de deberes, impuestos y controles, aparentamos rebosar derechos y no falta quien dice que tenemos demasiados derechos y pocos deberes. Esa cuadratura del círculo –un ominoso autoritarismo conviviendo con una aparente eclosión ilimitada de derechos– la hacen posible los nuevos derechos. Y por eso no molestan al gobernante; es más, le dan argumentos para intervenir más. Quienes sostienen que hacen falta más deberes, que tenemos demasiados derechos, encuentran ahí su parte de razón.

Samuel Moyn<sup>42</sup> dice que hay que equilibrar derechos y deberes. Pero, así como la medicina parte de que hay enfermedades, el constitucionalismo parte del inicial desequilibrio a favor del poder (Montesquieu, p. ej.). Además, no está claro que el equilibrio derechos-deberes sea la máxima aspiración del constitucionalismo, porque hay derechos que no se corresponden con deberes. La Constitución marca nuestros derechos y los deberes del Gobierno; no nuestros deberes, que ya traemos puestos solo por vivir en sociedad. Muchos deberes personales y sociales no se corresponden con derechos (deberes con nuestros descendientes, con los vecinos, etc.), pero el contrato constitucional es precisamente para que en nuestra relación con el gobierno no suceda así. *A priori*, no tenemos otros deberes para con el gobierno que los genéricos derivados de la vida social (que ya no son pocos); el gobierno no es Dios, ni siquiera un dios mortal hobbesiano, que tenga derecho a exigirnos sacrificios a cambio de nada.

En nuestra realidad, con toda la vida pautada y controlada, cargados de deberes tanto justos como injustos, ¿cómo podríamos tener muchos derechos? Cuando vivir es como ir cubriendo las casillas de un formulario, y todo lo no prohibido está minuciosamente regulado, cuando ha desaparecido la espontaneidad y ni siquiera se genera nuevo folklore,

---

<sup>41</sup> “*Volò ergo sum*, parece ser la definición más apropiada de los nuevos derechos” (Cartabia, “La Edad...”, 92).

<sup>42</sup> Moyn, Samuel, “Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance”, *Boston Review* 16-V-2016. Bastantes personas piensan así. Cartabia (68), siguiendo a Weiler, cree que la cultura de los derechos mina la de los deberes.

¿quién cree realmente que estemos rebotando derechos, salvo de los identitarios, reproductivos o similares? Para responder, basta preguntarnos: en política, ¿qué puedo hacer sin permiso ni intervención del gobierno? ¿A qué tengo derecho por mí mismo? ¿Puedo enfrentarme al poder? Basta repasar el índice del Código Penal español de 1973, redactado todavía en la Dictadura, y compararlo con el actual, que es unas cuatro veces más largo y penaliza todo lo imaginable, por la definitiva razón de que el Derecho Penal ha dejado de ser la rama jurídica de última intervención.

\* \* \*

Hemos repetido que ciertos nuevos derechos contribuyen al actual asalto a la libertad personal. Los derechos de los grandes simios apoderan a los gobiernos, pero no a nosotros (y tampoco a los simios, en realidad). Sin embargo, diversos autores insisten en ver los nuevos derechos como una explosión de libertad, como Possenti, que recalca que la biopolítica es libertaria, o Cartabia cuando habla de “la corriente libertaria de los derechos de la privacidad”<sup>43</sup>. Pero los nuevos derechos están revelándose adecuados para una sociedad de súbditos, y su expansión a veces tiene que ver directamente con el lucro (clínicas de fertilidad, gestación por subrogación).

Los derechos han pasado por diversas etapas, están en crisis y todavía podrán evolucionar, como todo; pero con sentido común y solo hasta una determinada línea roja, que quizá algunos nuevos derechos ya hayan traspasado. En cambio, no es difícil identificar un puñado de derechos clásicos que, si no existieran, habría que inventarlos. Y su supervivencia siempre será una buena noticia para el constitucionalismo y para el sujeto de los derechos: el ser humano libre, digno y con sentido común, que vive en una *polis* sometida al Derecho.

---

<sup>43</sup>Cartabia, “La Edad...”, 79. La literalidad de su frase parece compatible con nuestra idea de que es una libertad, pero antipolítica, solo para lo privado.

## LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHOS. LA PARADOJA IDEOLÓGICA DE LA *SINTIENCIA*\*

*Silvia Marrama*\*\*

1. Introducción. 2. Análisis jurídico. 2.1. Normas. 2.2. Proyectos de ley. 2.3. Jurisprudencia. 2.4. Doctrina. 3. Análisis bioético. 4. La paradoja ideológica de la *sintiencia*. 5. Conclusiones.

### 1. INTRODUCCIÓN

El viernes 9 de abril de 2021 tuve ocasión de coordinar la primer Jornada del Ciclo denominado “Desvalorización del concepto de persona”, organizado por el Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas –presidido por el Dr. Eduardo Martín Quintana–, y a la par exponer sobre “Las personas no humanas. Análisis bioético y jurídico”, mientras que la Dra. Elba Martínez Picabea de Giorgiutti lo hizo, magistralmente, sobre las objeciones genéticas al concepto de persona no humana.

El tema abordado en este ciclo de jornadas es un intento de respuesta interdisciplinaria y científica a los signos de los tiempos *veganos* que

---

\*Publicado en *Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*. Edit. Erreius. Dir. Jorge Berbere Delgado. Número 5. Año 2021. Junio 2021, con la gentil autorización de la Revista y de la autora.

\*\*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 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). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta interina a cargo de las cátedras de Legislación Agraria y de Ética y Deontología (UNER). Directora de Tesis de Grado y Doctorado y miembro de tribunales de grado y postgrado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448> [marramasilvia@gmail.com](mailto:marramasilvia@gmail.com)

vivimos<sup>1</sup>, y a la reactiva iniciativa de diversas comunidades educativas universitarias argentinas, de promoción del dictado de asignaturas de grado y postgrado o actividades extracurriculares referidas al denominado *derecho animal*<sup>2</sup>.

En efecto, el tema despierta, desde hace tiempo, particular interés entre los alumnos universitarios, tal como lo señalé al publicar el artículo titulado “Atribución discrecional de la personalidad”<sup>3</sup>.

Los argumentos de los alumnos de las carreras de humanidades y ciencias sociales que promueven los derechos de los animales pueden sintetizarse en los siguientes: “Los animales son seres iguales a nosotros. Sienten. Son inteligentes y son capaces de diferenciar entre bienestar y sufrimiento. Este solo hecho es el que éticamente nos debe mover a respetar y considerar sus derechos”. “Ellos tienen los mismos derechos que nosotros: a vivir sin ser perturbados, a desarrollarse libremente en su ambiente y a desarrollar sus hábitos naturales y comunes, pues ellos, al igual que nosotros, tienen un valor por sí mismos y no por lo que puedan servir a otros”. “Los animales sí pueden tener derechos porque el derecho desde el punto de vista moral, ético o jurídico es una creación humana que podemos modificar a placer y solo hace falta que decidamos protegerlos por ley, así como hemos decidido usarlos por ley”<sup>4</sup>. La simple lectura de los argumentos devela diversos yerros y falacias antropológicas y jurídicas.

Por su parte, la mayoría de los alumnos de las carreras relacionadas con las ciencias biológicas, en particular, los de agronomía, observan este movimiento ideológico con estupor y preocupación, en miras de su futuro ejercicio profesional.

En la actual coyuntura, mostraré desde la bioética y el bioderecho algunas aristas preocupantes del tema, tales como los peligros que encierra la desvinculación del concepto jurídico de persona del concepto ontológico de persona, y la desvalorización del concepto de persona que subyace en el debate sobre los presuntos derechos de los animales.

---

<sup>1</sup>Expresión utilizada por la Dra. María Marta Preziosa en su artículo titulado “Tiempos veganos”, 25/01/2021, disponible en <https://empresa.org.ar/2021/tempos-veganos/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

<sup>2</sup>Cfr. Polack, María Elena, “Derecho animal: la nueva materia que suma Abogacía por los casos de maltrato”, 04/10/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/derecho-animal-la-nueva-materia-que-suma-abogacia-por-los-casos-de-maltrato-nid2294013/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

<sup>3</sup>Cfr. Marrama, Silvia, *Reflexiones sobre la atribución discrecional de la personalidad*. ED 270, 25/11/2016.

<sup>4</sup>Polack, María Elena, “Derecho animal: la nueva materia que suma Abogacía por los casos de maltrato”, 04/10/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/derecho-animal-la-nueva-materia-que-suma-abogacia-por-los-casos-de-maltrato-nid2294013/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO

### 2.1. NORMAS

El Código Civil argentino (1869) consideraba a los animales como cosas (es decir, objetos materiales susceptibles de valor, cfr. art. 2.312), muebles semovientes (cfr. art. 2.318), y dentro de esta categoría los clasificaba como cosas que se mueven por sí mismas. El art. 1.124 atribuía responsabilidad a sus propietarios por los daños que los animales domésticos o feroces causasen. Pocos años después, la Ley N° 2.786 (de 1891) sancionó con penas de multa o arresto a quienes realizasen malos tratos contra los animales. La referida ley fue sustituida por la N° 14.346, de 1954, aún vigente, que impone pena de prisión de 15 días a 1 año al que infligiere malos tratos o hiciera víctima de actos de crueldad a los animales, con la finalidad de evitar conductas brutales de los seres humanos y proteger su patrimonio, que se encuentra integrado por los animales como cosas muebles. Por su parte, la Ley N° 22.421 (1981) de conservación de la fauna protege a los animales en función de los beneficios que ellos brindan al ser humano. El Código Civil y Comercial (2.015) no introdujo cambios sustanciales en la legislación referida a los animales. Su art. 227 los califica –tal como lo hacía el código anterior– como *semovientes*, respecto de los cuales las personas pueden adquirir su dominio.

En consonancia con las disposiciones civiles, el Código Penal Argentino (1921) tipifica el delito de daños (cfr. arts. 183, 184 y 206) respecto de “una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno”, y el delito de abigeato (cfr. art. 167 ter, quater y art. 277 bis), ubicado metodológicamente entre los delitos contra la propiedad.

Dentro de las numerosas normas referidas a los animales, la Ley N° 24.481 (1995) sobre patentes de invención y modelos de utilidad establece en su art. 7 que no son patentables las invenciones cuya explotación en el territorio argentino “deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente”. Paradójicamente, los legisladores argentinos promueven la habilitación legislativa de experimentación e investigación con embriones humanos congelados<sup>5</sup>, a contrapelo de lo que ocurre en la Unión Europea (cabe

---

<sup>5</sup>Cfr. Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente N° 1541-D-2019. Presentado en fecha: 05/04/2019, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>. Ver análisis del proyecto en Marrama, Silvia. Análisis del Proyecto de Ley de protección de embriones no implantados. *El Derecho* Tomo 282; N° 14.616. Publicado el 25/04/2019. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-771. Otros artículos referidos a proyectos legislativos sobre el tema pueden leerse en Marrama, Silvia. Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, *El Derecho* 261-623. (09-02-2015). Cita Digital: ED-DCCLXXV-54. Marrama, Silvia. Estrategia legislativa frente al

recordar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10 mediante la cual, en la inteligencia de que todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación constituye un embrión, interpretó que no resulta patentable el procedimiento científico que implique la destrucción de embriones<sup>6</sup>).

Otras leyes nacionales que han contemplado disposiciones respecto de los animales son la Ley N° 24.819 (1997) de preservación de la lealtad y el juego limpio en el deporte, denominada prosaicamente *ley antidoping*, que reprime con pena de prisión de 3 meses a 3 años a quien suministrare a un animal sustancias estimulantes o depresoras que pudiesen modificar su rendimiento en competencias deportivas; y la Ley N° 27.330 (2016), que prohíbe las carreras de perros en todo el territorio nacional.

A nivel provincial y municipal llaman la atención disposiciones normativas que prohíben la *eutanasia animal* y promueven la *adopción* de animales. Ambos términos jurídicos –*eutanasia* y *adopción*– se refieren a los seres humanos, sin perjuicio de lo cual estas normas los aplican de modo impropio a los animales<sup>7</sup>.

Entre ellas, la ley provincial N° 7756 de Mendoza, que declara a la provincia “como Provincia No Eutanásica, entendiéndose por tal la prohibición del sacrificio de canes y felinos como sistema de control poblacional”<sup>8</sup>, y la Ley N° 13.879 de la provincia de Buenos Aires, que prohíbe en las dependencias oficiales de toda la provincia “la práctica del

---

congelamiento de embriones humanos, *El Derecho* 269-549 (26-08-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-213. Marrama, Silvia. Violencia biotecnológica: análisis del proyecto de ley 101/14, *El Derecho* 268 -890. (08-08-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-168. Marrama, Silvia. El paradigma protectorio y no discriminatorio en el Código Civil y Comercial, *El Derecho* 268-626. (13-06-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-62. Marrama, Silvia. Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014, *El Derecho* 259-757 (02-10-2014). Cita Digital: ED-DCCLXXIV-814.

<sup>6</sup>Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV, 18/10/2011. Disponible en <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/ue201034.html> Fecha de consulta: 28/03/2021.

<sup>7</sup>El término eutanasia proviene del latín *euthanasia*, y este a su vez del griego *εὐθανασία*, que significa “muerte dulce”. La Real Academia Española lo refiere a una persona y le reconoce los siguientes significados: “1. f. Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura. 2. f. Med. Muerte sin sufrimiento físico”. Por su parte, paciente es la “4. m. y f. Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica. 5. m. y f. Persona que es o va a ser reconocida médicamente”. Por su parte la adopción “es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (cfr. art. 594 CCyC).

<sup>8</sup>Cfr. Ley N° 7.756 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 21/08/2007 y publicada el 12/09/2007 en el Boletín Oficial provincial. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/7756-local-mendoza-modificatoria-ley-7603-sobre-declaracion-mendoza-como-provincia-eutanasica-lpm0007756-2007-08-21/123456789-0abc-defg-657-7000mvmorpyel> Fecha de consulta: 31/03/2021.

sacrificio de perros y gatos”<sup>9</sup>. Por su parte y a título ejemplificativo, cito la ordenanza municipal de Paraná N° 8678<sup>10</sup> que prohíbe en la ciudad “la matanza y/o eutanasia de animales domésticos, todo acto de crueldad y maltrato, como así también, la utilización de estos para experimentación” (cfr. art. 2). Si bien la norma denomina *propietario* al *responsable* del animal (cfr. arts. 5 y 6), y el derecho de propiedad solo puede recaer –según nuestro derecho positivo vigente– sobre bienes y cosas (cfr. arts. 15 y 16 CCyC), el art. 7 de la ordenanza dispone, mediante la utilización impropia del término *adopción*, que “con el fin de disminuir la cantidad de animales sueltos en la vía pública, el municipio fomentará la adopción de animales sin dueño”.

Advierto que a la par que la legislación avanza en la protección de los animales, al punto de impedir su eutanasia, cabe lamentar que la Ley N° 26.742 (2012) –modificatoria de la ley de derechos del paciente N° 26.529 (2009)–, “legaliza” la eutanasia pasiva en el último párrafo del inc. e) del art. 2° y en los dos incisos (g) y h]) incorporados al art. 5° de la Ley N° 26.529, en abierta contradicción con lo establecido por el art. 11 de la Ley N° 26.529, que veda “desarrollar prácticas eutanásicas”, más allá de su contradicción con lo establecido por el art. 19 de la CN y concordantes disposiciones constitucionales. En efecto, la norma permite el rechazo de “procedimientos de hidratación y alimentación”, los cuales constituyen el soporte básico para la supervivencia del enfermo. Ello significa ni más ni menos que inducir a la muerte a una persona, es decir, matarla, violándose así el derecho indisponible a la vida humana. Esta modificación normativa del art. 2°, inc. e), y del art. 5°, incs. g) y h), de la Ley de Derechos del Paciente se encuentra agravada por la incorporación, en su art. 6°, de un párrafo que permite que esta eutanasia pasiva sea solicitada por los parientes del enfermo<sup>11</sup>.

Una eutanasia solicitada por parientes del enfermo fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso conocido como *Marcelo Diez*. En efecto, las hermanas curadoras del paciente –que se encontraba en estado de coma a raíz de un accidente de tránsito–, solicitaron autorización judicial para el retiro, cese y abstención de todas las

---

<sup>9</sup>Cfr. Ley N° 13.879 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 22/10/2008 y publicada el 06/11/2008 en el Boletín Oficial provincial N° 26013. Disponible en <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/2008/13879/2982> Fecha de consulta: 31/03/2021.

<sup>10</sup>Cfr. Ordenanza N° 8.678 de la Municipalidad de Paraná, sancionada el 27/07/2007, promulgada el 31/07/2007 y publicada el 12/09/2007 en el Boletín Oficial provincial N° 23.860.

<sup>11</sup>Cfr. Marrama, Silvia. Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, *El Derecho* 245-881 (11-11-2011). Cita Digital: ED-DCCLXXII-681.

Marrama, Silvia. La Ley N° 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Derecho* 248-802 (13-06-2012). ED-DCCLXXIII-128.

Marrama, Silvia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés, *El Derecho* 259-555 (01-09-2014). Cita Digital: ED-DCCLXXIV-726.

medidas de soporte vital. La Corte autorizó la supresión de la hidratación y alimentación de Marcelo Diez, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida, con fundamento en la reforma mencionada en el párrafo anterior a la Ley N° 26.529, dado que el paciente se encontraba imposibilitado de expresar su voluntad respecto de la eutanasia<sup>12</sup>.

Para finalizar este acápite, considero necesario señalar que, pese a que los considerandos de diversas normas administrativas la citan como fundamento, no constituye norma positiva vigente en Argentina la Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1977), adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

## 2.2. PROYECTOS DE LEY

Teniendo en cuenta solamente el mes de abril de 2021, se cuentan 4 proyectos de ley de protección de los animales ingresados por mesa de entradas de la cámara baja: a) Proyecto de ley de la diputada cordobesa Brenda Austin, expediente N° 1426-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 31, fecha: 14/04/2021, sobre maltrato y crueldad hacia los animales; b) Proyecto de ley de la diputada tucumana Beatriz Ávila, expediente N° 1381-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 30, Fecha: 13/04/2021, titulado Régimen de promoción, protección y preservación del animal. Se instituye el día 23 de septiembre de cada año como “día de la adopción animal”; c) Proyecto de ley de la diputada Graciela Camaño, expediente N° 1358-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 30, fecha: 13/04/2021, con el objeto de “reconocer, consagrar y asignar a los animales la categoría de ‘persona no humana’ y sujetos de derechos”; y d) Proyecto de ley de los diputados Albor Cantard, Juan Martín, Brenda Austin y Gisela Scaglia, expediente N° 1193-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 25, Fecha: 06/04/2021, que propone la incorporación de los arts. 227 bis y 1982 bis al Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo que los animales no son cosas sino seres sintientes y con necesidades biológicas y sus propietarios deben garantizar su bienestar.

El diputado Lipovetzky informó en una reunión plenaria conjunta de las comisiones de legislación penal y legislación general de la Cámara de Diputados de la Nación, celebrada el 11 de abril de 2019, acerca de la existencia de “alrededor de veinte proyectos” de reforma de la Ley N° 14.346, y mencionó además “dos proyectos nuevos que se han incorporado al temario: expediente 1120-D-2019 del señor diputado Negri, proyecto de ley por el cual se prohíbe el establecimiento de espectáculos de características circenses que ofrezcan como atractivo principal o secundario la exhibición, exposición, explotación, uso y/o participación de

---

<sup>12</sup>Cfr. CSJN, “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, 07/07/2015. Fallos: 338:556.

animales; y el expediente 1250-D-2019 de la diputada Silvia Martínez, proyecto de ley sobre protección de los animales, modificaciones a los artículos 1° y 2° de la Ley N° 14.346”<sup>13</sup>.

En líneas generales, se trata de proyectos legislativos que tienden a modificar la categoría jurídica actual de los animales –es decir, cosas–, fundados en el *carácter sintiente* que poseen, en miras de considerarlos como sujetos de derecho.

### 2.3. JURISPRUDENCIA

Existen diversos fallos en Argentina que condenan actos de crueldad contra animales con fundamento en la ley vigente N° 14.346. Me limitaré a citar la reciente sentencia del 21/10/2020 dictada por la Corte salteña en la causa “B., R. M. por actos de crueldad contra animales y amenazas con armas (dos hechos) – Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, mediante la cual se desestimó el recurso de queja interpuesto por el imputado condenado por resultar autor material y penalmente responsable de los delitos de actos de crueldad animal y amenazas con arma, en concurso real, a 3 años de prisión en suspenso y –entre otras reglas de conducta– la realización de tareas que contribuyan al aseo o mantenimiento edilicio de los espacios con los que cuenta la Dirección General de Protección Animal de la Municipalidad de Salta por 1 año. La condena se fundó en lo establecido en los arts. 1 y 3 inc. 7° de la Ley N° 14.346, y en los arts. 149 bis 1er párr. 2do sup., arts. 45, 55, 26, 27 bis inc. 8°, art. 29 3er párr., arts. 40 y 41 del Código Penal<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de ello, existe jurisprudencia que, sin andamiaje en el derecho positivo vigente, ha invocado como fundamento de sus fallos presuntos derechos de los animales y los ha considerado sujetos de derecho. Como ejemplo, cito la reciente resolución recaída en el Incidente de apelación en autos “S., F. M. sobre 89 – lesiones leves”, en la cual se debatió si los 3 perros de raza *pitbull* utilizados para cometer los delitos imputados, constituían “efectos secuestrados a restituir” a la imputada (cfr. arts. 93, 108, 112 y 114 CPPCABA) o sujetos de derechos a tutelar. En el referido proceso penal se investigaron una serie de hechos en los que la imputada habría amenazado a distintas personas con emplear a sus perros de raza *pitbull* contra ellas o sus animales domésticos y habría lesionado

---

<sup>13</sup>Versión taquigráfica de la reunión plenaria conjunta de las comisiones de legislación penal y legislación general de la Cámara de Diputados de la Nación para tratar los diferentes proyectos de ley de protección animal, 11/04/2019, disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clpenal/reuniones/vt/vtcom.html?id=5540>. Fecha de consulta: 01/04/2021.

<sup>14</sup>Cfr. Corte de Justicia de Salta. N° CJS 40.661/20, “B., R. M. por actos de crueldad contra animales y amenazas con armas (dos hechos) – Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, 21/10/2020. elDial.com - AAC086

con uno de los canes a una víctima y a su perro de raza *shar pei* chino. El incidente de apelación se originó en la resolución del juez de grado que dispuso no hacer lugar a la devolución de los perros de raza *pitbull* a la esfera de custodia de la imputada. El fallo decreta que “los animales secuestrados en las presentes actuaciones no son objetos inmateriales sino de seres vivos susceptibles de derechos”, por ello “...a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”<sup>15</sup>.

#### 2.4. DOCTRINA

La doctrina que promueve la consideración de los animales como sujetos de derecho reconoce a Zaffaroni como uno de sus principales exponentes. El autor sostiene que “la discusión acerca del bien jurídico en los delitos de maltrato de animales –que hoy existen en casi todas las legislaciones–, encierra en definitiva la cuestión acerca de la existencia de derechos de los animales o, más ampliamente, si hay sujetos de derechos no humanos”. A su juicio, el bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animales es el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, “para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos”. Luego de reconocer que esta posición es minoritaria entre los penalistas, en un párrafo que merece ser reproducido íntegramente alega, contra quienes niegan a los animales el carácter de sujetos de derecho, que “El argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal, considerada por la mayoría como un pecado de ancianidad o algo parecido”<sup>16</sup>.

La advertencia de Zaffaroni sobre el peligro de caer en la tesis genocida de vidas sin valor vital no fue tenida en cuenta por el Congreso de la Nación al sancionar la Ley N° 27.610 (2020) de aborto, denominada eufemísticamente “acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”.

---

<sup>15</sup>Cfr. Cámara de apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y Faltas de CABA - Sala I, Incidente de apelación en autos “S., F. M. sobre 89 – lesiones leves”, 13/10/2020, elDial.com – AAC079.

<sup>16</sup>Zaffaroni, Eugenio R.. La Pachamama y el humano, en Sección Doctrina. *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 29/07/2015, 16 ss. Disponible en <http://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41580.pdf> Fecha de consulta: 31/03/2021.

### 3. ANÁLISIS BIOÉTICO

Algunas de las corrientes ideológicas que promueven la consideración de los animales como sujetos de derecho los distinguen como seres *sintientes* y *conscientes*. Entienden la *sintiencia* como una capacidad de sentir que excede la mera reacción frente a un estímulo, y la asocian con la *conciencia*. Fundan sus afirmaciones en los estudios de Rodolfo Llinás, quien sostiene que “No solo los seres humanos tienen conciencia; esta le pertenece en diferentes grados a todos los animales que cuentan con sistema nervioso, y de manera particular también las propias células la poseen”<sup>17</sup>. El neurofisiólogo colombiano sostiene que la conciencia surgió del proceso evolutivo bajo la acción de la selección natural, dado que constituye un instrumento eficaz en la lucha por la supervivencia y la reproducción de los individuos. Entiende que el control de la motricidad de los organismos es el factor fundamental que ha condicionado la evolución del sistema nervioso y, en último término, la evolución de la conciencia, ya que el dirigir los movimientos del organismo es la función primordial del sistema nervioso, y afirma que los estados mentales tienen como función básica la predicción de los resultados de cada movimiento corporal. “A medida que se incrementó la complejidad de las estrategias de movimiento de los organismos, se produjo también un incremento en la capacidad predictiva del sistema nervioso que condujo hasta la mente consciente”<sup>18</sup>.

Otros juristas fundan los presuntos derechos de los animales en la posición de Peter Singer, quien identifica a la persona con el ser autoconsciente que puede sufrir, y por lo tanto puede ser considerado sujeto moral y jurídico. De este modo –señalan Vigo y Herrera–, Singer no solamente desconoce el estatus de personas de algunos seres humanos (embriones, fetos, deficientes mentales, enfermos comatosos) sino que al mismo tiempo reconoce el *status* de persona a seres no humanos, como pueden ser los monos superiores, e incluso afirma que con el tiempo se podrá demostrar que otros animales son también conscientes de su propia existencia en el tiempo y pueden razonar y sufrir. Singer afirma la existencia de una continuidad entre los animales y el hombre, y renuncia a la distinción entre animales humanos y no humanos. Por otra parte, distingue entre los conceptos de ser humano y persona. Al utilizar el término persona para referirse al ser racional en acto y autoconsciente, deduce que habría seres humanos que no son personas, sin perjuicio de lo cual afirma que todos

---

<sup>17</sup>El neurofisiólogo Rodolfo Llinás visita México, 08/04/2010, disponible en <https://www.universia.net/mx/actualidad/actualidad.orientacion-academica.neurofisiologo-rodolfo-llinas-visita-mexico-72355.html>. Fecha de consulta: 31/03/2021.

<sup>18</sup>Castro Nogueira, Laureano; Toro Ibáñez, Miguel Ángel. *Neurobiología de la conciencia: la actividad mental de la materia*. Disponible en <https://www.revistadelibros.com/articulos/neurobiologia-por-una-teoria-de-la-conciencia>. Fecha de consulta: 31/03/2021.

los seres humanos –en tanto seres capaces de sufrir– deben ser objeto de protección. “Al haber renunciado a la distinción entre animales humanos y no humanos, podríamos negarnos a establecer una distinción entre personas y aquellos que no son personas y, en vez de ello, insistir en que todos los seres vivos o, quizá más convincente, todos los seres capaces de experimentar placer o dolor tienen el mismo derecho a la vida”<sup>19</sup>.

Si bien podría calificarse –de cierto modo– alguna facultad de los animales como conciencia sensitiva<sup>20</sup>, cabe preguntarse si el carácter de persona y de sujeto de derecho radica en ella. Adelanto mi respuesta negativa: el carácter de persona y de sujeto de derecho radican en el fundamento ontológico y diferencia esencial del ser humano respecto del animal.

El carácter de persona radica en la naturaleza racional propia y distintiva del ser humano, razón por la cual los conceptos de persona y de ser humano son inescindibles. Cabe recordar que Boecio define la persona como sustancia individual de naturaleza racional. La substancia es aquello que subsiste en sí sin adherirse a otro, mientras que el accidente, por el contrario, necesita de una substancia en la cual inherir. Un hombre adulto es la misma sustancia que se encontraba en el seno materno, han cambiado sus accidentes, pero es “el mismo”, unidad ontológica que se denomina sustancia. El individuo, por su parte, es aquello que es en sí indistinto y distinto de todos los otros. Los términos individuo y persona de ninguna manera son opuestos, pero tampoco son idénticos totalmente, puesto que la persona no solo expresa a un individuo de la especie o sustancia individual sino que sobre todo significa incomunicabilidad o individualidad de subsistencia. La persona es el sujeto que tiene en sí mismo de manera indivisible, independiente e incomunicable, además de la naturaleza individual, la existencia y todos los accidentes<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup>Cfr. Singer, P. Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional. Paidós: Barcelona, 1997, 216. Cit. por Vigo, Rodolfo L.; Herrera, Daniel A.. El concepto de persona humana y su dignidad. En *Personas Humanas*. Dirs. Alegría, Héctor; Mosset Iturraspe, Jorge. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2015-3. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2015, 27.

<sup>20</sup>El significado etimológico del término *conciencia* –del latín *conscientia*– refiere al darse cuenta o al reconocimiento de algo, ya sea de algo exterior –como un objeto, una cualidad, una situación–, o bien de algo interior –como las modificaciones experimentadas por el propio yo–. Este significado a su vez puede desdoblarse en tres sentidos: (a) el psicológico; (b) el epistemológico o gnoseológico, y (c) el metafísico. En sentido (a) la conciencia es la percepción del yo por sí mismo. En sentido (b) la conciencia es el sujeto del conocimiento. En sentido (c) la conciencia es el yo. Dentro de cada uno de los sentidos (a), (b) y (c), se han establecido varias distinciones tales como: conciencia directa y refleja; conciencia no intencional e intencional, y también conciencia intelectual y sensitiva. Cfr. Ferrater Mora, J. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1951. 5ta. ed. Tomo I. A-K, 322-325.

<sup>21</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

La individuación no solo adviene al ser humano por la materia, sino sobre todo por la forma que le es propia, exclusiva e individual y que es identificada con el componente espiritual del ser humano: el alma racional. Gracias a la presencia del alma racional el cuerpo humano se determina, se organiza y se diferencia; esta es además la condición ontológica necesaria para el ejercicio de las actividades humanas inferiores y superiores, aunque no es reductible a ellas. Por eso el alma preserva la “identidad” del hombre a través del cambio de su materia. Es decir que para poder afirmar que una substancia determinada es persona, se debe evaluar si posee naturaleza racional<sup>22</sup>.

La igualdad ontológica de los hombres se fundamenta en su naturaleza racional, que los distingue de los animales, vegetales e inanimados. Porque la naturaleza de cada ser se manifiesta por su operación. Ser racional es un modo de ser que se expresa por especiales actos (de inteligencia y voluntad), los cuales hacen posibles otras funciones (lenguaje, moralidad, técnica). La presencia de un fundamento ontológico (substancia) garantiza la unidad interna y la continuidad en el tiempo del ser humano personal, desde el momento de su constitución como organismo. Si bien la persona se manifiesta mediante sus capacidades y se expresa en sus comportamientos, no se agota ni se reduce a ellos. Por lo tanto, el no ser en acto de determinados caracteres o comportamientos (tal el caso de la vida humana prenatal), no equivale a la ausencia de la persona. La persona está antes y más allá de la expresión de sus capacidades y comportamientos: es racional porque posee un alma racional e inmortal que la erige en sustancia dotada de una particular dignidad entre todas las otras sustancias materiales<sup>23</sup>.

También debo destacar el hecho de que todas las potencias humanas están transidas de racionalidad. Es decir que las potencias vegetativas y animales si bien se encuentran tanto en los animales como en los seres humanos, no se dan del mismo modo en ellos. No existe solo una diferencia de grado, sino que la diferencia es esencial.

Por otra parte, el hombre es la única criatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico, y en su superioridad sobre todo lo creado, fundada en el fin para el cual ha sido creado. La realización del fin del hombre –en lo cual radica su felicidad– consiste en alcanzar en la máxima plenitud posible para él, el objeto al cual tienden las potencias superiores de su alma racional (inteligencia y voluntad), que le son propias y lo distinguen de los animales. El objeto del acto de la inteligencia –conocer– es la verdad. El objeto del acto de

---

<sup>22</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

<sup>23</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

la voluntad –amar– es el bien. Por tanto, la felicidad del hombre consiste en conocer la verdad y amar el bien. El hombre, por tanto, supera a todas las demás criaturas por la perfección de su naturaleza racional y por su fin específico, y en ello radica su dignidad intrínseca<sup>24</sup>.

En resumen y por todo lo antes expuesto, considero<sup>25</sup> que el ser humano es un compuesto substancial de alma racional y cuerpo desde el comienzo de su existencia (la fecundación del óvulo por el espermatozoide), y que desde ese mismo momento es persona. Y que es digno por su perfección y su fin propio<sup>25</sup>.

Dada la subalternación de los saberes<sup>26</sup>, el concepto ontológico de persona descrito a partir de la definición de Boecio –substancia individual de naturaleza racional– funda el concepto de persona en el plano moral –sujeto del obrar–, y en el plano jurídico –sujeto de derechos y obligaciones–. Esta concepción es la que traslucen los principales tratados de derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su art. 2, 1. que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, y en su art. 6 que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Ello se funda en lo expuesto en su Preámbulo, que parte de la consideración de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), considerando que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, afirma en su Preámbulo que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento

---

<sup>24</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

<sup>25</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

<sup>26</sup>Cfr. Quintana, Eduardo M., *Derecho y moral: ¿separación o subalternación?*, en “El Derecho” (Buenos Aires, 19/01/93), Año XXXI, N° 8164.

del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos... Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan". "Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

Quiero finalizar este acápite afirmando categóricamente que la fundamentación ontológica del concepto de persona y de la dignidad humana jamás podrá ser superada por la mera mención de la "voluntad del legislador" o de la "voluntad de la ley" como fundamento de la negación a algún ser humano del carácter de persona o de su dignidad.

#### 4. LA PARADOJA IDEOLÓGICA DE LA *SINTIENCIA*

La promoción de la atribución de personalidad a los animales es ideológica. Entiendo la ideología como la absolutización de una parte de la verdad, erigiéndola como el todo.

Si bien puede compartirse la afirmación respecto de la existencia de potencias sensibles en los animales, su *sintiencia* no es suficiente para sostener que son ontológicamente personas y jurídicamente sujetos de derechos. Menos aún puede sostenerse la superioridad de los animales respecto de algunos hombres que atraviesan distintas circunstancias de su vida (tales como una enfermedad o una determinada edad o grado de desarrollo), superioridad que trasuntan las normas vigentes y proyectadas mencionadas en este trabajo, que otorgan protección jurídica desigual, v.gr. a animales respecto de niños por nacer.

Se evidencia así lo que denomino la paradoja ideológica de la *sintiencia*. Al respecto, cabe tener presente que el hombre es el sintiente por antonomasia. Su sensibilidad está transida de racionalidad. Y es el ontológicamente sintiente por excelencia desde el comienzo de su existencia, más allá de la aparición de la línea primitiva o neural. Es sabido en el ámbito académico que la creación de la categoría *preembrión* para referirse al embrión humano antes de los 14 días de existencia es arbitraria, y que los argumentos pseudocientíficos para fundamentarla se desarrollaron con posterioridad a que se acuñase el término<sup>27</sup>.

Sellés señala que la distinción entre el hombre y el animal a nivel vegetativo (nutrición, reproducción y desarrollo) y cinético no es solo de grado, sino que es radical, y concluye que cada una de esas funciones humanas es esencialmente distinta de las de los animales, y que tam-

---

<sup>27</sup>Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección "Doctrina". DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 46-51.

bién lo es el orden y jerarquía entre ellas. Si se toma en consideración, junto a los movimientos, el conocimiento y los apetitos sensibles, las distinciones esenciales entre el hombre y el animal son aún mayores. “El conocimiento animal es indisociable de sus apetencias y estas, de su conducta instintiva”. El hombre, por el contrario, es capaz de quebrar la vinculación que existe entre aquellas fases. “Escindirlas supone no estar encuadrado en el orden del universo, sino formar un nuevo orden según las directrices de cada quien”. De este modo, “lo superior en el hombre no es ni la tendencia ni la conducta, como en los animales, sino que estas son medios para conocer. Por eso somos conscientes de nuestras tendencias y movimientos y podemos regularlos, asunto ausente en los animales. Mientras la conducta animal regula su modo de proceder tendencial y cognoscitivo, en el hombre pasa al revés: es su conocer el que regula su tendencia y su comportamiento. Por lo demás, es obvio que la conducta humana está subsumida bajo la razón o, al menos, debería estarlo”. El animal reduce al mínimo su conocimiento sensible (en rigor, lo instrumentaliza), de modo que los asuntos por conocer que quedan al margen de su tendencia no le resultan apetecibles. En el hombre sucede lo inverso: solo el conocer lo anima. A la par, el animal reduce al mínimo su tendencia para dar paso a la conducta, de modo que lo más importante en el animal son los *movimientos* que realiza, y dado que estos son *físicos*, y todo movimiento físico –causa eficiente– está enteramente regulado y subordinado al *orden universal* –la causa final–, el animal está sometido completamente al *fin* intramundano. En el hombre, en cambio, sus movimientos están subordinados a sus tendencias, y estas, a su conocimiento sensible. “Además, el conocer sensible de sus sentidos internos (imaginación, memoria cogitativa) salta por encima del orden cósmico. En este sentido se podría llamar al hombre ‘animal supracósmico’. Pero tampoco esta es una buena definición, porque, en rigor, el hombre *no es un animal*, ni siquiera a nivel vegetativo y cinético”. En suma, si a nivel vegetativo y cinético, el hombre es *radicalmente* distinto de los animales –y no solo *de grado*–, y estas funciones son las más elementales de todo ser vivo, en rigor *el hombre –a nivel sensible– ni es ni puede ser nunca un animal*<sup>28</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

El carácter de persona radica en la naturaleza racional del ser humano. La atribución de personalidad a los animales, fundado en la *sintiencia*, es ideológica.

---

<sup>28</sup>Cfr. Sellés, Juan Fernando. Distinción entre el hombre y el animal en sus funciones vegetativas y cinética, en *Revista Persona y Bioética*, vol. 11 N° 1, Facultad de Medicina, Departamento de Bioética: Bogotá, Enero/Junio 2007.

La desvinculación del concepto jurídico de persona del concepto ontológico de ser humano, tiene como principal consecuencia negativa, la atribución discrecional de la personalidad solo a algunas personas humanas en algunas circunstancias de su vida, en razón de su estado de salud (enfermos terminales o personas con discapacidad) o su grado de desarrollo o de su edad (niños por nacer y ancianos), y desencadena –parafraseando el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos– “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”.

Sostengo que la paradoja que estos tiempos veganos presentan es la promoción de derechos de los animales por su condición de *sintientes*, por un lado, y la negación de los mismos derechos a los seres vivos sintientes por antonomasia: los seres humanos. Y afirmo que esta paradoja es ideológica, debido a que absolutiza una parte de la verdad científica.

Concluyo estas reflexiones afirmando categóricamente que la fundamentación ontológica del concepto de persona y de la dignidad humana jamás podrá ser superada por la mera mención de la “voluntad del legislador” o de la “voluntad de la ley” como fundamento de la negación a algún ser humano del carácter de persona o de su dignidad.



## ¿SUBSIDIARIEDAD EN LA CARRERA FUNCIONARIA?

*Katherine Zambrano Román\**

En primer término, cabe destacar, que el término “subsidiariedad”, como señala el profesor Soto Kloss, refiere, si se atiende a su origen latino, a “ayuda”, “auxilio”<sup>1</sup>. En este sentido, este principio supone necesariamente la existencia de grupos “menores” y “mayores”, los que, con un campo de acción más amplio auxilian, ayudan o refuerzan a los primeros, cuando estos, en determinado momento, se encuentran en dificultades para desarrollar la actividad que les es propia de manera eficiente; ayuda o auxilio que se presentará en tanto dure la situación de falencia. De esta manera, podemos decir que este principio es una manifestación de las “competencias” de cada entidad social, competencias que están dadas por sus propios fines u objeto de su actividad, que es lo que delimita su actuar dentro de la comunidad social<sup>2</sup>.

¿Es posible que al estudiar la jurisprudencia contralora y judicial respecto al personal contratado a honorarios en la función pública, exista cierta aplicación del principio de subsidiariedad? Este el tema que expondremos.

Si se analiza el derecho comparado es posible identificar dos grandes modelos de función pública diametralmente contrapuestos: por un lado, el modelo abierto o anglosajón, en el cual no existe la noción de estatuto administrativo ni de carrera funcionaria, siendo el mismo régimen el que aplica a los funcionarios públicos y al sector privado, y por el otro, el modelo cerrado o continental europeo, al que adscribe nuestro país, donde existe la carrera funcionaria<sup>3</sup>.

---

\*Abogado. Magíster en Derecho Público/Derecho Regulatorio. Universidad Católica de Chile. Se publica con las debidas notas la exposición en el Seminario internacional sobre “El principio de subsidiariedad”, organizado por las Universidades Católica de Chile y Católica Argentina/UCA, el viernes 18.6.2021 por vía zoom.

<sup>1</sup>Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago (2012), 113.

<sup>2</sup>*Ibíd.*

<sup>3</sup>Que corresponde, de conformidad a lo señalado en el artículo 3°, letra f), de la Ley N° 18.834: a un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación

En este contexto, es dable advertir que el personal al servicio de la Administración del Estado se denomina funcionario público, que son los funcionarios de planta y a contrata; ocupan un cargo público y desarrollan una función propia de la institución. A los funcionarios de planta (también llamados “de carrera”) se les aplica el régimen jurídico de carrera funcionaria; es un cargo permanente y pueden ser nombrados como titular, suplente o subrogante. Los funcionarios a contrata desempeñan una función de carácter transitorio y solo acceden a ciertos beneficios de la carrera funcionaria. El personal contratado a honorarios no son funcionarios públicos.

Así, la ley contempla una regla especial para las contrataciones a honorarios en los artículos 11 de la Ley N° 18.834<sup>4</sup>, de 1989, sobre Estatuto Administrativo (EA) y 4° de la Ley N° 18.883, de ese mismo año, que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales (EAFM), que solo autoriza tales contratos para el caso de profesionales, técnicos o expertos que realicen labores accidentales o cometidos específicos y no habituales, agregando que se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones del pertinente estatuto.

En este sentido, la Contraloría en su dictamen N° 16.220, de 1982, ha definido el contrato de honorarios como un “mecanismo de prestación de servicios que permite a la Administración del Estado, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, para realizar funciones propias del respectivo servicio, que presente el carácter de ocasional<sup>5</sup> y

---

y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.

En este sentido, el artículo 15 de la Ley N° 18.575, señala que el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.

<sup>4</sup>Artículo 11 Ley N° 18.834: Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto.

<sup>5</sup>De ahí que no pueden desarrollar tareas que correspondan a los cargos de jefatura, pues la permanencia y habitualidad que caracteriza a las labores directivas, se contraponen con la transitoriedad de los contratados a honorarios, sumado a que al no poseer la calidad de funcionarios públicos carecen de responsabilidad administrativa, salvo que detentan la calidad de agente público. Así, por regla general, si contravienen las cláusulas de su convenio solo cabe que la autoridad administrativa le ponga término y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los tribunales de justicia (dictámenes N°s 50.013, de 2000, 40.198 de 2006, de la Contraloría General).

no habitual, o presentándolo, se halle circunscrita a cometidos específicos del servicio, sin que esto signifique que una entidad pública pueda llegar a desarrollar sus funciones permanentes a través de este procedimiento<sup>6</sup>”.

En este último punto, es dable advertir, que la referida jurisprudencia administrativa contraviene lo prescrito en la legislación estatutaria, de ahí que la renovación periódica de los cometidos específicos pueda estimarse como una desviación de las potestades del pertinente organismo público<sup>7</sup>, como se analizará más adelante.

Seguidamente, y tal como lo ha señalado invariablemente esa Entidad Fiscalizadora, los contratos a honorarios constituyen una modalidad de servicios particulares a la Administración, que no otorga la calidad de funcionario público<sup>8</sup>, motivo por el cual no les son aplicables las pertinentes normas estatutarias, sino que quedan regidos por las cláusulas de sus contratos –cuyos contenidos deben ajustarse al carácter público que posee la parte que requiere sus servicios–, y supletoriamente, por las normas del Código Civil<sup>9</sup>, esto, pues el contrato a honorarios no posee en nuestro ordenamiento jurídico una configuración legal específica, sino que se le ha subsumido tradicionalmente en la categoría más genérica del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales regulado en ese último texto legal<sup>10</sup>.

En este contexto, es menester hacer presente que el Tribunal Constitucional en conocimiento de requerimientos de inaplicabilidad

---

En cuanto a los agentes públicos, tener presente lo señalado por la Contraloría en su dictamen N° 53.573, de 2015, en orden a que deben ser considerados funcionarios públicos, fundamentalmente para efectos de la responsabilidad administrativa. Calidad jurídica que se otorga a determinados contratados mediante las leyes de presupuestos del sector público (ver dictamen N° 51.669, de 2015).

<sup>6</sup>Dictamen N° 20.045, de 2003.

<sup>7</sup>Varas Marchant, K (2016): La problemática del personal a honorarios del Estado. Anuario de Derecho Público 2016, 428.

<sup>8</sup>No obstante, la misma Contraloría ha señalado que a partir de lo prescrito en el artículo 8 de la Constitución Política –y el artículo 5, inciso 8°, de la Ley N° 19.896 (introduce modificaciones al decreto Ley N° 1.263, de 1975, orgánico de administración financiera del Estado y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal)–: “Las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades administrativas establecidas en los artículos 54, 55 y 56 de la Ley N° 18575, serán aplicables asimismo a los contratados a honorarios, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga. Se les debe reconocer la calidad de servidores estatales, ya que en cumplimiento de su contrato desempeñarían una función pública, esto, para efecto de hacerles extensiva la aplicación de las normas sobre probidad administrativa, pues prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público (dictamen N° 8.260, de 2004).

<sup>9</sup>Dictamen N° 43.368, de 2012.

<sup>10</sup>Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Saldivia Herrera, Guicela: El contrato a honorarios en la Administración pública y su “laboralización” por la jurisprudencia, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*. Centro de Estudios de la Administración del Estado (Segundo Semestre 2019), 9.

por inconstitucionalidad<sup>11</sup>, ha establecido que resulta ajustada a la Carta Fundamental la regulación que el legislador proporciona respecto a las personas contratadas a honorarios en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.833<sup>12</sup>.

El problema surge en los casos en que la Administración contrata a personas bajo esta modalidad a honorarios para labores accidentales, pero de un modo artificial, pues en realidad las contrata para que desarrollen labores habituales del órgano administrativo, a través de servicios permanentes y sujetos a horario; conformándose en los hechos un vínculo de subordinación y dependencia<sup>13</sup>.

A mayor abundamiento, cabe indicar que la Administración del Estado ha utilizado en nuestro país de forma frecuente la figura del contrato a honorarios. Ejemplo de ello, es que de la información elaborada por la Dirección de Presupuestos, consta que al mes septiembre del año 2018, aquella contrató un total de 33.001 personas sobre la base de honorarios, cifra significativa si se considera que el total de los empleados del sector público llega a cerca de 300.000 personas, estando en condición de planta menos de un tercio de estas (85.101 personas), mientras que el personal a honorarios llega casi al 40% del personal de la planta existente<sup>14</sup>. Estas cifras pugnan con lo que advertía el informe de la cuarta comisión legislativa de 16 de junio de 1989, al formular observaciones a la regulación del empleo a contrata en el proyecto de la Ley N° 18.834<sup>15</sup>.

El fenómeno antes expuesto, pareciera ser consecuencia, por una parte, del aumento de las tareas encomendadas a la Administración pública en un modelo rígido de plantas, cuyo incremento requiere, como se sabe,

---

<sup>11</sup>Tribunal Constitucional, Roles 2.096, 2.097, 2.098, 2.099 (acumulados), sentencia de fecha 23 de agosto de 2012.

<sup>12</sup>Cárcamo Righetti, A., La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa. Anuario de Derecho Público 2016. 411.

<sup>13</sup>Vergara Blanco, A. (2 de mayo de 2016): Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio, en *El Mercurio*. Obtenido de <http://www.elmercurio.com/Legal>.

<sup>14</sup>Rajevic Mosler, Enrique: El empleo público en crisis: ideas para salir del marasmo, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*. Centro de Estudios de la Administración del Estado (Primer Semestre 2019), 10.

<sup>15</sup>“La Comisión Conjunta estima atendible que la Administración tenga algún grado de flexibilidad para enfrentar contingencias, pero considera que debe tratarse siempre de una situación excepcional, de lo contrario se violaría el claro mandato constitucional y de la Ley N° 18.575, en orden a que la función pública está amparada con un régimen de carrera funcionaria”; los cargos a contrata deben corresponder a “una circunstancia transitoria y de auténtica necesidad” y por lo mismo defiende la reducción al 20% de la planta de cada entidad como límite de esta categoría, ante el 30% que proponía el mensaje original, pues esta última cifra podría ser considerada inconstitucional, pues significaría casi un tercio del personal de la Administración Pública, sin carrera funcionaria”.

de una ley específica por cada servicio u órgano público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la Constitución<sup>16</sup>, lo que hace difícil su aumento, y por la otra, por la flexibilidad que el personal contratado a honorarios otorga al Estado para su entrada y salida: no es necesario realizar concursos públicos para seleccionarlos, se puede dar término a sus servicios sin antes iniciar un procedimiento sumario, y deja libre al Estado de toda la carga protectora que brinda la legislación estatutaria y laboral, tanto en materia de condiciones de trabajo –límites de jornada, regulación de descansos, por ejemplo–, como en aspectos relativos a las remuneraciones: pago de horas extras, bonos de incentivo, asignaciones especiales y otros<sup>17</sup>.

Así, se mantienen a personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad– generando un vínculo permanente por larguísimos períodos de tiempo, lo que ha llevado probablemente a la doctrina y jurisprudencia a aplicar progresivamente la legislación laboral como un régimen jurídico subsidiario de protección del trabajador en cuanto a sus derechos laborales y previsionales<sup>18</sup>.

Puntualizado lo anterior, es dable preguntarnos: ¿a qué régimen jurídico se encuentran sujetas las personas contratadas a honorarios que prestan sus servicios de forma permanente, infringiendo de este modo la “accidentalidad” que los debiera caracterizar de acuerdo a las disposiciones estatutarias reseñadas?

1° Cabe destacar, que hasta principios del año 2015<sup>19</sup>, la jurisprudencia de nuestros tribunales había estado relativamente conteste en señalar que

---

<sup>16</sup>Artículo 65.– Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

2.– Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Lo anterior, es sin perjuicio de lo establecido para las municipalidades en el artículo 121 de la Carta Fundamental que permite la creación de plantas propias por cada una de ellas, de acuerdo al procedimiento ordenado en la Ley N° 20.922, de 2016.

Artículo 121: Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita.

Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.

<sup>17</sup>Varas Marchant, K (2016), cit.

<sup>18</sup>*Ibid.*

<sup>19</sup>Ejemplo de ello es la sentencia dictada por la Corte Suprema en recurso de unificación de jurisprudencia el año 2011 (Rol 8118-2011), que determinó que el sentenciador había incurrido en infracción de ley al calificar como laboral la relación a honorarios, señalando, en síntesis: (1) no resultan aplicables al personal que presta servicios para el Estado las normas del Código del Trabajo, salvo en materias no previstas en el Estatuto Administrativo y en la medida que no sean contrarias a él, (2) la celebración del contrato a honorarios está contemplada en el Estatuto y en ese caso el personal se rige por las normas del respectivo contrato, no siendo

a las personas que prestaban servicios a honorarios en la Administración del Estado, no les resultaban aplicables las normas del Código del Trabajo, expresando, en síntesis, que aquellas se sujetan a las reglas que establezca el respectivo contrato, sin estar afectas al pertinente estatuto y menos a una normativa laboral que no se aplica en el ámbito de la Administración pública<sup>20</sup>.

En este sentido, estaba meridianamente claro en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que el Código del Trabajo no se aplicaba al ámbito de la Administración pública, salvo que el legislador hubiera dispuesto la aplicación de ese cuerpo legal para cierto tipo de actividades en el sector público (por ejemplo, para las actividades transitorias que desarrollen las municipalidades en balnearios u otros sectores turísticos o de recreación, o el personal que se desempeñe en servicios traspasados a las municipalidades, tal como indica el artículo 3° de la Ley N° 18.883); cuando se establece como el estatuto jurídico especial inherente a todos los trabajadores de una organización administrativa determinada (como ocurre con los empleados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (hoy Comisión para el mercado financiero), del Banco Central de Chile, del Instituto Nacional de los Derechos Humanos, del Consejo para la Transparencia, del Servicio Nacional para la Discapacidad y de la Comisión Nacional de Energía, etcétera); o el propio Estatuto Administrativo remitiera a normas de dicho código como regla utilizable para regular una materia determinada (como por ejemplo, según lo dispuesto en el artículo 104 bis de la Ley N° 18.834, los permisos contemplados en el artículo 66 del Código del Trabajo, se extienden a los funcionarios públicos, asimismo, el artículo 94 del Código del Trabajo, respecto a las normas de protección a la maternidad, que dispone expresamente su aplicación a los servicios de la Administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y establecimientos, empresas o corporaciones vinculadas al sector público)<sup>21</sup>.

2° A partir del 1 de abril del 2015, en el caso “Paillán con Municipalidad de Santiago”<sup>22</sup>, la cuarta sala de la Corte Suprema reconoció la relación laboral entre un trabajador transitorio y la Municipalidad de Santiago –tras

---

aplicable ese estatuto ni menos la normativa laboral, y (3) el hecho que en el contrato a honorarios se haya pactado un honorario, el derecho a feriado legal, la obligación del demandante de sujetarse a las instrucciones de su jefatura, no hace aplicable el Código del Trabajo ya que todas esas cláusulas pueden pactarse en un contrato de prestación de servicios a honorarios.

<sup>20</sup>Corte Suprema: Contreras con Fondo de Solidaridad e Inversión Social, 2012; Salazar con Universidad de Chile, 2013, y Gallardo con Municipalidad de La Florida, 2016.

<sup>21</sup>Ferrada-Saldivia (2019), cit.

<sup>22</sup>El investigador del Programa Legislativo de LyD, Sergio Morales, advierte que, “si bien se trata de un fallo para un caso en particular, el hecho de que sea a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia le da un ribete distinto. Esta figura es relativamente nueva y que se abrió con la última reforma laboral. Así, si hay fallos contradictorios en la justicia se puede recurrir a la Suprema y esta zanja la diferencia”.

haber trabajado durante más de cuatro años para esta alcaldía, esta lo despidió–, determinando que se le debía pagar todo lo que se le adeudaba como si hubiera estado contratado, indemnización sustitutiva del aviso previo; indemnización por años de servicios; recargo y compensación de feriado legal que se estipuló en el pago de más de \$ 14 millones, más reajustes e interés; cotizaciones previsionales, y además, se acogió la nulidad del despido, por lo que se sumaron las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo entre la fecha de la desvinculación y la de convalidación.

La Corte Suprema, manteniendo ese criterio en sentencias sucesivas<sup>23</sup>, en especial, en “González Vera y otros con Municipalidad de Talca” (2016), ofrece tres sólidos argumentos para el cambio jurisprudencial. Primero, reinterpreta el artículo 1° del Código del Trabajo<sup>24</sup>, declarando que tal código tiene la calidad de estatuto laboral común por lo que siempre debe aplicarse en el vínculo laboral que exista entre una persona natural y la Administración; ello a través de una lectura de la regla/excepción/y contraexcepción contenidas, respectivamente, en los incisos 1°/2°/y 3° de esa disposición legal<sup>25</sup>. Segundo, funda su decisión en el principio de

---

<sup>23</sup>Casos Medina Jorquera con Municipalidad de San Antonio (2015), Guzmán Tapia con Serviu (2015), Ríos Salazar con Serviu (2016) y González Vera y otros con Municipalidad de Talca (2016), ello con los votos de los ministros titulares de la cuarta sala: Chevesich, Blanco, Muñoz (Andrea), Muñoz (Sergio) y Cerda.

<sup>24</sup>El ámbito de aplicación de este código se encuentra precisado en el inciso primero del artículo 1°, estableciendo como regla general que regulará las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores del sector privado. Su inciso segundo contempla las exclusiones, individualizando, en lo que interesa, a los funcionarios de la Administración del Estado, siempre que se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin embargo, el inciso tercero contempla una contra excepción al inciso anterior, al señalar que esos funcionarios se sujetarán a las normas del Código Laboral en la medida que se cumplan dos requisitos: no estén sujetos a un estatuto especial, y cuando estando sujetos a uno, este tenga un vacío de regulación que debe ser suplido por la normativa laboral común, siempre que esta sea compatible con el régimen especial a que está sujeto dicho trabajador público.

<sup>25</sup>¿Qué dice la historia del inciso tercero del artículo 1 del código de trabajo respecto a la aplicación subsidiaria de ese texto legal al sector público?

En las discusiones de la Ley N° 18.620, donde se encuentra el origen de ese inciso, se tuvo en vista dos posiciones doctrinarias existentes a la época: la mayor parte de los tratadistas estimaba que atendido que el funcionario público es objeto de nombramiento y que su incorporación a la Administración no es producto de un negocio jurídico, no le debieran ser aplicables, ni aun con el carácter de subsidiario las normas laborales del sector privado. Los otros, eran de la opinión que, dado el carácter expansivo del derecho del trabajo, y que tanto el servidor público como el dependiente privado ejecutan una prestación de servicios remunerada, sería atendible tal aplicación subsidiaria. De esta manera, el proyecto de ley se inclinó por conferirle al Código del Trabajo el carácter de legislación subsidiaria del sector público en aquellas materias que no fueran incompatibles con el estatuto que los rija.

Sin embargo, de esto último no se colige –como sostiene Karla Marchant– que dicho código constituya el derecho común aplicable a todos los trabajadores dependientes y, por ende, que los estatutos especiales de los funcionarios públicos tengan el carácter de leyes especiales en relación con el Código del Trabajo. Asimismo, tampoco compartimos su opinión

la primacía de la realidad recogido en los artículos 7 y 8, inciso 1º, del Código del Trabajo<sup>26</sup>. Tercero, que la Administración no puede invocar el principio de juricidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la Ley N° 18.575<sup>27</sup>, para justificar esta artificial contratación laboral, pues eso significaría aceptar, la precariedad e informalidad laboral al interior de la Administración. Concluye así la Corte Suprema que los funcionarios contratados a honorarios al no estar regidos ni por el EA, ni por ningún otro régimen especial, se encuentran amparados por el régimen común y supletorio para todos los trabajadores, contenido en el Código del Trabajo<sup>28</sup>.

De lo antes expuesto, es posible advertir que la Corte Suprema traslada argumentos que aplicaba tradicionalmente en el ámbito del sector privado, sobre los contratos a honorarios y el ocultamiento de las relaciones laborales, al ámbito público, por similares ideas de justicia material<sup>29</sup>.

De este modo, se puede sostener que, para la jurisprudencia actual, el Código del Trabajo pasa a ser el “régimen jurídico común” de las relaciones laborales, no siendo relevante el ámbito en el que se desempeña el trabajador, ni su empleador, siendo el elemento clave: la precariedad laboral.

---

relativa a que los trabajadores a honorarios del Estado no están sujetos a un estatuto especial, y que, por ende, al verificarse los requisitos que dan vida a un contrato de trabajo –la subordinación y dependencia – es aplicable el código del trabajo, toda vez que ellos se rigen por su respectivo contrato y en su defecto por las normas del Código Civil que regulan la prestación de servicios inmateriales.

<sup>26</sup>Artículo 8, inciso primero, del Código del Trabajo: “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos, debe darse preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos”. Así, si en los hechos esa relación reúne los requisitos del artículo 7, debe dársele la calificación de laboral.

Para determinar si un determinado vínculo es de naturaleza laboral, se debe analizar si en el caso concreto concurren los elementos que dan vida al contrato de trabajo, los que de acuerdo al artículo 7 del Código del trabajo son: (1) existencia de dos sujetos: empleador y trabajador; (2) prestación de servicios personales: materiales o inmateriales; (3) pago de una remuneración determinada por dichos servicios (4) que estos se presten bajo subordinación y dependencia del empleador.

Asimismo, se ha estimado que se configura el vínculo de subordinación y dependencia, cuando concurren alguno o algunos de los siguientes elementos: (1) poder de mando del empleador y la consecuente obligación del trabajador de obedecer tales órdenes; (2) obligación de concurrir en forma habitual al lugar de trabajo; (3) cumplimiento de un horario; (4) continuidad en la prestación de los servicios; (5) supervigilancia, control y rendimiento de las funciones realizadas; (6) integración del trabajador en la organización de la empresa; (7) sometimiento al poder disciplinario de empleador; (8) el trabajo se realice en beneficio de otra persona y (9) el desarrollo del trabajo en el lugar indicado por quien lo solicita.

<sup>27</sup>Artículo 2 de la Ley N° 18.575: Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

<sup>28</sup>Vergara Blanco, A. (2016), cit.

<sup>29</sup>Ferrada-Saldivia (2019), cit.

Aclarado lo anterior, ¿podemos decir que la ayuda, auxilio o refuerzo que la Corte Suprema brinda en su línea jurisprudencial más reciente, ante la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios, va en el sentido correcto?

Expondré tres líneas argumentativas que explican por qué la referida ayuda es contraria a derecho:

1. Al aplicarse el Código del Trabajo a esa modalidad de contratación, este sustituye el total de las cláusulas contractuales por el conjunto de derechos mínimos que le reconoce al trabajador, que son la contrapartida de las obligaciones del empleador. Estas obligaciones y derechos son de difícil aplicación en el ámbito de la Administración, pues el Código del Trabajo establece derechos mínimos para los trabajadores, por ser la parte contratante más débil, los que son irrenunciables como lo señala el artículo 5° de ese texto legal<sup>30</sup>, lo que, no opera de la misma forma en el ámbito público, dado que en los casos en que se aplican las normas laborales de forma directa, como sería el caso de los funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los derechos que se consagran para los trabajadores no se configuran como “derechos mínimos”, sino que –de acuerdo a lo sostenido por la Contraloría General– como “derechos máximos”, toda vez que poseen el carácter de normas estatutarias de derecho público que constituyen mandatos imperativos que la autoridad administrativa debe respetar. Por ello, debe otorgárselos estando impedida de conferirles derechos superiores o inferiores a los que la ley establece<sup>31</sup>. Así, no existiría la posibilidad de negociar con el empleador mejores condiciones laborales, ya que las prescritas en el Código operarían como techo máximo, para no romper con la igualdad de derechos y obligaciones propios de la función pública<sup>32</sup>.

2. Los problemas se vuelven aún más complejos cuando se realiza una aplicación *in integrum* del régimen laboral al ámbito público. Por ejemplo, los derechos a huelga, sindicalización o negociación colectiva, contemplados en el código laboral, son de difícil aplicación en el ámbito público, pues su regulación descansa en supuestos distintos a los de este último. Así, respecto a la sindicalización, hay una regulación diferente de la establecida en el ámbito privado –la Ley N° 19.296<sup>33</sup>–, lo que excluiría el uso supletorio del Código del Trabajo. A su turno, en la negociación colectiva y la huelga, emplearse la norma laboral común no sería con-

---

<sup>30</sup>En sentido contrario, la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Ruc 10-4-0022780-8, de fecha 5 de octubre de 2010, considerandos 4° y 5°: “las normas que regulan la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia son irrenunciables y conforman el orden público laboral. En consecuencia, las normas laborales tienen plena aplicación en todas las relaciones de trabajo del país –públicas o privadas–.

<sup>31</sup>Dictamen N° 77.891, de 2015.

<sup>32</sup>Ferrada-Saldívia (2019), cit.

<sup>33</sup>Establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado.

sistente con el artículo 19 N° 16<sup>34</sup>, de la Constitución, y menos con los principios de legalidad e igualdad ante la ley que rigen en materia de remuneraciones de los funcionarios públicos.

3. En cuanto a las indemnizaciones en el caso de término de un contrato a honorarios, si consideramos aplicable en forma supletoria la legislación laboral, el contratado estaría habilitado para deducir una acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales o una acción por despido injustificado ante el juez laboral, solicitaría que se declare la existencia del vínculo laboral –dado que concurren los elementos de subordinación y dependencia– y se condene al empleador a pagar las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios, más las cotizaciones de seguridad social y otras prestaciones adeudadas por la existencia de una relación laboral no reconocida, sin que exista, sin embargo, fuente legal que respalde dicha erogación<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>Artículo 19.– La Constitución asegura a todas las personas:  
16.– La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

<sup>35</sup>En este punto también se han presentado requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional pidiendo declarar la inconstitucionalidad de esta interpretación, pretensión que las sentencias del Tribunal Constitucional en sus roles N°s 3.719-17, del 2 de

Además, se podrían beneficiar del derecho previsto en el artículo 162, incisos 5° a 7° del Código del Trabajo, más conocida como Ley Bustos, pues podrían exigir el pago del total de sus remuneraciones entre la fecha de despido y la del pago íntegro de las cotizaciones previsionales cuando estas no se hubieren verificado, sobre todo considerando el carácter declarativo<sup>36</sup> que le da la jurisprudencia actual a la sentencia judicial que reconoce el vínculo laboral<sup>37</sup>.

De este modo, el desconocimiento de la relación laboral por estimar el órgano administrativo que la persona está contratada a honorarios y, por tanto, regida por el contrato y la regulación civil aplicable, traería como consecuencia inesperada y gravosa para la Administración del Estado, la carga de pagar todas las remuneraciones mientras no se enteren las cotizaciones previsionales, o sea, mientras no se “convalide el despido” en términos laborales, carga desmedida para el erario público, toda vez que impone desde la firma del contrato de honorarios –por su naturaleza civil, no laboral– el pago de una alta suma de dinero en favor del contratado, sin que pueda precaverlo la Administración del Estado<sup>38</sup>; lo que implica alterar el presupuesto anual de la entidad pública<sup>39</sup>.

Lo antes expuesto, genera algunos incentivos perversos, dado que la suscripción de un contrato a honorarios por la Administración con un particular y su reconocimiento posterior por la judicatura como contrato de trabajo, podría dar lugar a un mecanismo de fraude legal por la utilización del autodespido (o despido indirecto) como fórmula de término de la relación jurídica con el órgano administrativo –como ha ocurrido–,

---

agosto de 2017, y 4.744-18, del 6 de marzo de 2019, han declarado inadmisibles por tratarse de un conflicto de legalidad y no de constitucionalidad.

<sup>36</sup>Del considerando segundo de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2018 de la CS en el caso “Yáñez con Municipalidad de Galvarino”, se colige que una naturaleza declarativa del fallo significa reconocer una situación ya existente y, por tanto, produjo sus efectos desde su surgimiento, anterior a su dictación. Mientras que, si se opta por una naturaleza constitutiva del fallo, implica que aquel produce una situación nueva, que produce desde su dictación efectos hacia el futuro.

<sup>37</sup>Corte Suprema: Comicheo con Sociedad Lagsmaq Limitada, 2015.

<sup>38</sup>Ferrada-Saldivia (2019), cit..

<sup>39</sup>Así lo reconoció la Corte Suprema en principio en Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles, 2017, criterio que posteriormente modificó, excluyendo la aplicación de la nulidad del despido a los contratos a honorarios celebrados por la Administración, lo que se fundaría en la presunción de legalidad de los actos administrativos, según lo señaló en Yáñez con Municipalidad de Galvarino, 2018: Considerando sexto: “Que la aplicación en estos casos de la institución contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que, para ello, requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido”. Considerando octavo: “Que lo anterior, no altera la obligación de enterar las cotizaciones previsionales adeudadas, por el periodo en que se reconoció la existencia de una relación laboral”.

pues el no pago de las obligaciones previsionales por la Administración, estando supuestamente obligada a ello, supone un incumplimiento grave a las obligaciones laborales, lo que habilitaría el término de la relación laboral por el particular. A su turno, se estaría consagrando jurisprudencialmente una causal de cese en el empleo público, disponible para el particular, en cualquier tiempo, con indemnización garantizada, lo que es contrario a la regulación prevista para el empleo público en nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Asimismo, abre un peligroso camino a la práctica de actos de corrupción en este ámbito, ya que las autoridades administrativas podrían suscribir contratos a honorarios con particulares a quienes se pretende beneficiar, por razones políticas o personales<sup>40</sup>.

Lo paradójico de lo anterior, es que estas prestaciones se otorgan, por vía jurisprudencial, a las personas vinculadas a la Administración del Estado por contratos a honorarios, lo que no ocurre en el caso de la contrata o planta, calidades jurídicas que estando en una condición de mayor estabilidad y protección jurídica no tienen, sin embargo, derecho al pago de una suma de dinero por el término de su relación funcional, salvo el cese de funciones por supresión del empleo previsto en el artículo 154 de la Ley N° 18.834<sup>41</sup>, aplicable también a los cargos del sistema de alta dirección pública, según la Ley N° 19.882 (artículo quincuagésimo octavo).

De este modo, a los contratados a honorarios se les daría más derechos, lo que es inconsistente con lo señalado por la Contraloría, en orden a que los derechos de los contratados bajo esa modalidad no pueden ir más allá de lo que la ley prescribe para quienes tienen la calidad de funcionarios públicos, ello importaría una discriminación arbitraria en perjuicio de los servidores de planta y a contrata<sup>42</sup>.

En consecuencia, el análisis crítico de la regulación del contrato a honorarios, contrariamente a lo que ha sostenido la Corte Suprema en los últimos años, debe hacerse desde la dimensión del derecho administrativo, porque la función pública siempre ha pertenecido a ese régimen jurídico y no al derecho laboral<sup>43</sup>. En este sentido, es dable advertir, que ese primer ordenamiento jurídico trabaja con instituciones y principios propios, distintos a los que utiliza ese último, lo que se justifica en que busca satisfacer el interés público. De este modo, mientras el derecho del

---

<sup>40</sup>Ferrada-Saldivia (2019), cit.

<sup>41</sup>Artículo 154: En los casos de supresión del empleo por procesos de reestructuración o fusión, los funcionarios de planta que cesaren en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas y que no cumplieren con los requisitos para acogerse a jubilación, tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis. Dicha indemnización no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal.

<sup>42</sup>Dictamen N° 35.841, de 2011.

<sup>43</sup>Pertenencia que obedece en gran medida a lo prescrito en el artículo 1° del Código del Trabajo.

trabajo<sup>44</sup> intenta equilibrar una relación jurídica naturalmente desigual entre el empleador y el trabajador, la relación de desigualdad que se da entre los particulares –en todo ámbito, no solo en el derecho funcional– y el Estado (que está en una posición supraordenadora) se justifica en el fin que este último tiene. Así, Pantoja resalta como una característica del derecho administrativo el ser una disciplina jurídica que tiene sus propias normas y principios, no reconociéndole una relación de especialidad respecto del derecho común o general. En este sentido, el empleo público no carece de regulación ni puede ser absorbido fácilmente por el derecho del trabajo<sup>45</sup>.

En este orden de ideas, la Contraloría en su dictamen N° 680, de 1992, ha señalado que el Código del Trabajo opera como estatuto especial aplicable a algunos trabajadores del sector público.

La nueva tesis jurisprudencial soslaya la imposibilidad jurídica que enfrentan los órganos de la Administración del Estado para contratar por regla general personas bajo el régimen jurídico laboral, no estando habilitados para ello, de hacerlo, estarían contraviniendo el principio de juricidad, dando lugar a las responsabilidades y sanciones que correspondan (incisos terceros de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental).

En este sentido, la solución jurisprudencial mayoritaria actual si se analiza con cuidado, sostiene que el contrato de honorarios suscrito por la Administración con el particular afectado es ilegal, ya que no se ajustaría a los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.883, es decir, no se estaría ante una labor accidental o cometido específico, como lo exigen estas normas, lo que lo transformaría, por contravención al supuesto de hecho definido por la ley, en un contrato de trabajo. Sin embargo, esto transforma un acto irregular en uno prohibido por el ordenamiento, pues el contrato de trabajo está proscrito en general para la Administración del Estado; fórmula jurídica aceptada solo excepcionalmente en nuestro ordenamiento para los órganos que integran la Administración, en los casos que la ley lo ordena expresamente, lo que, además, altera el régimen jurídico de creación de empleos públicos dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la CPR.

Así, el acto administrativo supuestamente ilegal –que es el que aprueba el contrato a honorarios– debiera ser declarado nulo por el tribunal, mas no ser transformado en un acto jurídico distinto –contrato de trabajo–, por no existir fuente legal que lo permita, lo que opera al margen de los artículos 38 y 65 N° 2 de la Constitución, y de los artículos 43 y siguientes de la Ley N° 18.575 y de la Ley N° 18.834<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup>Recordar que algunos de sus principios claves son el principio protector y el principio de primacía de la realidad.

<sup>45</sup>Pantoja, Rolando. *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección*. Editorial Jurídica de Chile. 2007, 87.

<sup>46</sup>Ferrada-Saldivia (2019), cit.

Aún más, si la autoridad administrativa optare por esta solución jurisprudencial, sin sentencia previa que así lo declare, por ejemplo, suscribiendo contratos de trabajo con los particulares y no contratos a honorarios, dichos contratos de trabajo serían ilegales, lo que debería ser declarado así por la Contraloría preventivamente en el trámite de toma de razón, pudiendo incluso dar lugar a las responsabilidades administrativas y civiles para dicha autoridad<sup>47</sup>.

Finalmente, es menester hacer presente, que el encubrimiento que se da en el ámbito privado no tiene cabida en el ámbito público, pues cuando la Administración del Estado contrata bajo la modalidad de honorarios, está actuando, en principio, válidamente, toda vez que la ley la habilita en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 o 4 de la Ley N° 18.883, no existiendo ni directa ni indirectamente el propósito de eludir la legislación laboral, pues ella no es aplicable; la otra opción de contratación que posee es la contrata, mas no la contratación vía régimen laboral como ocurre en el ámbito privado<sup>48</sup>.

Con lo anterior, no se pretende legitimar la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios, pues sostenemos que aquella pugna con el principio de juricidad (artículos 6 y 7 de la CPR y 2 de la Ley N° 18.575), pudiendo ser catalogada, según el criterio contenido en el dictamen N° 57.217, de 2005, de la Contraloría, como una desviación en el ejercicio de potestades públicas, ya que se utiliza un poder con una finalidad distinta de aquella para la cual fue conferida, pues la contratación que permiten los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.883, no puede significar que, mediante esa modalidad un ente público llegue a desarrollar sus labores permanentes como ocurre en algunos casos, pues la prestación de servicios personales debe ser transitoria, lo que se pierde con su reiteración en el tiempo, pues la vuelve habitual y permanente; tareas propias de la planta de personal<sup>49</sup>.

¿Qué ha hecho el legislador ante este escenario?

La verdad, poco. Podemos registrar el traspaso de hasta 20.000 personas contratadas a honorarios a cargos a contrata, garantizándole sus ingresos brutos; conforme a las leyes de presupuesto desde 2016 a 2017 se contabilizaban 13.740 traspasos siguiendo este mecanismo<sup>50</sup>.

A nivel de casos particulares existen medidas puntuales como la ampliación de plantas en servicios determinados bajo la filosofía de apostar por el modelo de carrera del Estatuto, asimismo, la Ley N° 21.094, de 2018,

---

<sup>47</sup>*Ibid.*

<sup>48</sup>Cárcamo Righetti, A. (2016), cit.

<sup>49</sup>*Ibid.*

<sup>50</sup>Balbontín Miranda, R., Rodríguez Cabello, J. y Seemann Ibar, A., (2018): Principales tendencias del empleo en el Gobierno Central. Santiago: Dirección de Presupuestos.

en su artículo 48 restringió en las universidades estatales la contratación a honorarios solo a labores accidentales habituales de la institución.

En este contexto, se podrían realizar cambios acotados pero significativos en el corto plazo, aprovechando, por ejemplo, la Ley de Reajuste del Sector Público, en la que no hay ninguna limitación en esta materia, pues se trata, a diferencia de la ley de presupuestos, de una norma que no tiene vigencia anual en los contenidos que no lo indican explícitamente, como ocurre con el reajuste mismo (si se revisa el contenido de las últimas leyes de reajuste, pueden verse modificaciones orgánicas o creación de cargos en plantas de servicios públicos)<sup>51</sup>.

Finalmente, hacer presente que cualquier reforma al Estatuto, importa que las normas debieran declararse durante su discusión como orgánicas constitucionales<sup>52</sup>, con las consecuencias en materia de quorum y control preventivo en el Tribunal Constitucional, en tanto aseguran la carrera y sus garantías, no pudiendo luego modificarse por las leyes de presupuesto, en armonía con el criterio contenido en los considerandos 20º y 30º de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 4.118, de 2017.

¿Podría, tal vez, sostenerse que la jurisprudencia contralora y judicial han venido en auxilio, en ayuda, en socorro, de la Administración del Estado, respecto de su actividad cotidiana, frente a la inoperancia del legislador para resolver el problema analizado? ¿Podría considerarse a la Contraloría General y a la Corte Suprema “entidades mayores”, que les correspondería intervenir, respecto de la Administración? La respuesta excede el tiempo que se nos ha asignado como para ser tratado aquí; en otra ocasión, si Dios quiere, volveremos sobre el punto.

---

<sup>51</sup>Rajevic (2019), cit.

<sup>52</sup>Artículo 38: Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.



IN MEMORIAM



## FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO (1930-2021) Una vocación cumplida

El pasado 5 de marzo falleció Francisco González Navarro (nacido en Málaga en 1930), en su casa de Madrid, rodeado del cariño de su mujer, María Rosa, sus hijos y nietos.

La vida profesional de Francisco González Navarro ha sido versátil y polifacética y sus aportaciones a la ciencia del Derecho son de calado y trascendentes. Técnico de la Administración Civil del Estado, desempeñó diversos puestos de trabajo en órganos diversos. Nombrado profesor numerario de Procedimiento Administrativo en la Escuela Nacional de la Administración Pública, sería este uno de los temas donde llegaría a ser una de las voces más autorizadas de nuestro país y en el extranjero. También ejerció como abogado.

Su carrera académica culminó con su nombramiento como catedrático en 1983 en la Universidad de Málaga. En 1985 fue designado magistrado del Tribunal Supremo. Su labor jurisprudencial fue ingente en cantidad y extraordinaria en calidad, por su empeño argumentativo. Durante casi seis años compatibilizó esta función jurisprudencial con la docencia. En 1998 regresó al Tribunal Supremo, en el que permaneció hasta su jubilación en 2005. Francisco González Navarro conoció el Derecho Administrativo desde todas las perspectivas imaginables. De todas ellas, su auténtica vocación, en la que se reconocía y se realizaba día a día, era la de profesor de Universidad.

Como hombre sabio, su interés alcanzó otras ramas del conocimiento, como la historia y la filosofía, imbuido como estaba del convencimiento de que el jurista que no conoce la historia o los presupuestos culturales que rodean al Derecho, ni Derecho sabe. Como inauguración de su Cátedra en la Facultad de Derecho en la Universidad de Navarra en 1983 publicó un “Programa de Derecho Administrativo Común y Foral”, acompañado de una amplia introducción. Este sería el plan para cumplir fecundamente con su vocación, en páginas escritas y en discípulos. Abrió las puertas del departamento a juristas de las Administraciones Públicas y del plural espectro de la sociedad navarra, fomentó las investigaciones en materia de Derecho Foral y suscitó vocaciones universitarias para completar su proyecto.

Desde Pamplona puso a disposición de los administrativistas su “Derecho Administrativo español”. Además de presentar una armoniosa sistematización de los conceptos tradicionales, ofreció unas memorables páginas sobre los métodos de investigación y de enseñanza: su teoría de sistemas, el estructuralismo (los grupos normativos), la tendencia a la solidaridad e inteligibilidad del ordenamiento jurídico, las revoluciones científicas, la normatividad jerarquizada y no jerarquizada, la llamada a formar hombres cultos y críticos en la Universidad, etcétera. Y, por supuesto, una aportación particularmente fecunda: la definición del Derecho

Administrativo como *Derecho del Poder para la Libertad*. Como los clásicos, sus escritos no pierden actualidad y siguen dando luz.

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA  
Y JOSÉ ALENZA GARCÍA\*  
Catedráticos de Derecho  
Administrativo

---

\*Publicado en el *ABC* de Madrid, el 11 de marzo de 2021.

# CRÓNICA



## REFLEXIONES TOMISTAS

### I. EL SENTIDO DE LA PASIÓN TOTAL

*Cristo “padeció todos los sufrimientos humanos”,  
pero su alma “seguía gozando”.*

Esta imagen siempre me ha llamado profundamente la atención. Está situada en una pequeña capilla de un antiguo castillo medieval del norte de España, en Navarra. Es el castillo de Javier, tierra de San Francisco Javier, compañero de Ignacio de Loyola. Y lo que más me asombra es su sonrisa. A pesar de estar clavado en la cruz, y por lo tanto de sufrir terriblemente, este Cristo está, sin embargo, sonriendo. Y su cara muestra una dulzura que toca el corazón, al menos a mí. ¿Sentiría lo mismo el joven navarro al verlo y rezar ante él?

Nos hemos acostumbrado tanto a ver crucifijos que nos cuesta ser conscientes del terrible suplicio que significaba la crucifixión. Y, sin embargo, no hay ingenuidad en la imagen del Cristo de Javier. No. El autor de esa talla de madera sabía lo que estaba haciendo. Es otra cosa. Como si hubiera algo mucho más grande que el dolor que laceraba cada uno de sus miembros y que el sufrimiento interior que le angustiaba. Es eso: un Amor infinito que daba sentido de trascendencia y de eternidad a tanta amargura. ¿Lo detectas en su sonrisa?

Aunque de otra manera, a su modo también Santo Tomás vislumbró esto mismo en la Pasión de Cristo, precisamente ahora que lo volvemos a recordar y a revivir por la fe en la Semana Santa y el Triduo Pascual. Su análisis siempre tan analítico, deja vislumbrar destellos de un alma enamorada al cuestionarse si la Pasión tuvo que ser necesariamente como fue, y de qué manera la vivió su protagonista. Y así, Él que como hombre sufrió todo lo humanamente posible con una intensidad inimaginable, debido a su perfecta naturaleza, simultáneamente experimentó gozo espiritual como Dios, ante el bien y el amor divinos. ¿Qué y cómo sufrió? Así lo describe nuestro autor:

En efecto, padeció todos los sufrimientos humanos. “Una, por parte de todo tipo de personas: gentiles y judíos; hombres y mujeres, jefes, súbditos y plebe, incluso familiares y conocidos, como Judas, que le traicionó, y Pedro, que le negó.

“Otra, por parte de todo aquello en que el hombre puede padecer. Cristo padeció, efectivamente, en sus amigos, que le abandonaron; en la fama, por las blasfemias proferidas contra él; en el honor y en la gloria, por las burlas y las afrentas que le hicieron; en los bienes, puesto que fue despojado hasta de los vestidos; en el alma, por la tristeza, el tedio y el temor; en el cuerpo, por las heridas y los azotes.

“La tercera, por lo que atañe a los miembros del cuerpo. Cristo padeció en la cabeza la corona de punzantes espinas; en las manos y pies, el taladro de los clavos; en la cara, las bofetadas y salivazos; y en todo el cuerpo, los azotes. Padeció también en todos los sentidos del cuerpo: en el tacto, por haber sido flagelado y

atravesado con clavos; en el gusto, porque le dieron a beber hiel y vinagre; en el olfato, porque fue colgado en el patíbulo en un lugar maloliente, llamado lugar de la calavera, a causa de los cadáveres allí existentes; en el oído, al ser herido por las voces de los blasfemos y burlones; en la vista, al ver llorar a su madre y al discípulo amado” (*Suma Teológica*, III, q. 46, a. 5, in c).

Y a pesar de que sufría terriblemente, “la parte superior del alma de Cristo seguía gozando cuando este padecía” (a. 9), ya que “nada impide que dos cosas contrarias, bajo distinta razón, se hallen en el mismo sujeto” (ad 1). Gozaba de Dios, sí, pero también veía el amor de su entrega y además los efectos de Su redención en tantas personas que recuperarían la amistad con Dios al abrirse a su infinito amor. Sí, la sonrisa de este Cristo es sincera. Como la de tantos mártires en los que, a imitación del Maestro, el amor fue más fuerte que la muerte. La muerte no tiene la última palabra.

## II. EL PENSAMIENTO CRÍTICO A LA LUZ DE AMANDA LABARCA

*“Enseñar ... nos obliga a una introspección y un examen crítico de nosotros mismos”.*

No es porque se exija hoy en los procesos formativos de toda educación secundaria, ni porque esté de moda, sino que su vigencia radica en que somos seres racionales que vivimos y actuamos a partir de lo que conocemos. Por eso podemos afirmar que el pensamiento crítico es una exigencia de nuestra racionalidad humana que requiere de ciertas condiciones para desarrollarse a cabalidad. El rostro del Tema Sello 2021 es Amanda Labarca porque, entre otras muchas cosas, valoró y transmitió la importancia de esta actitud. Veamos algo de cómo lo hizo.

Esta mujer nació en 1885 y vivió 85 años llenos de contrastes mientras rompía moldes y abría caminos para el desarrollo pleno de los miembros de su sociedad, especialmente de la mujer. Pudo recibir una educación integral (no solo intelectual sino también cultural, espiritual y moral), pues fue de las primeras mujeres de su época en completar estudios superiores, y la primera en sustentar una cátedra universitaria. Precisamente por el valor transformador de tal educación, luchó para que estuviera al acceso de todos y lo concretó no solo en sus escritos sino en la creación de instancias educativas y formativas como Institutos y los famosos Círculos de lectura para mujeres, a partir del 1915. Sabía que solo un conocimiento lo más completo posible del mundo, las ciencias, la realidad y la historia, que “incluye el pasado como un tesoro de experiencias”, y, por supuesto, de la riqueza de cada persona, nos habilita para cultivar lo mejor de cada uno y, como consecuencia, entregar lo mejor a los demás y la sociedad. Los educadores deben ser ejemplo de lo que quieren promover:

“No podemos enseñar sino por el ejemplo y esto nos obliga a una introspección y un examen crítico de nosotros mismos... Sobre todo, tenemos miedo de mirar la verdad frente a frente; a veces por cobardía, a veces, por evitarnos

el dolor de abjurar de nuestros más queridos prejuicios, preferimos vivir en la ignorancia" ("Preludios a un foro", en *Feminismo contemporáneo*, 222-3, en Web Memoria chilena).

A ello se orienta el pensamiento crítico que discierne entre lo verdadero y lo falso –etimológicamente crítica alude a lo relativo a *krinein*, verbo griego que significa separar o decidir–, es decir: facilita las bases para conseguir un conocimiento adecuado que nos habilite a vivir y decidir desde la verdad, especialmente superando lo que lleva a falsedades. Esto se concreta, en primer lugar, en contrastar los fundamentos de opiniones o afirmaciones, propios y ajenos, para validar su correspondencia o adecuación con la realidad, o, en caso contrario, corregirlos; en identificar fuentes confiables y las que no lo son, como sucede con tantas opiniones de moda, la posverdad o las *fake news*. De ahí su centralidad para tomar decisiones adecuadas o prudentes, que piden un conocimiento cabal de la realidad, mirar a la experiencia para aprender de ella, saber proyectar y considerar las circunstancias. "La prudencia verdadera es la que aconseja, juzga e impera con rectitud en orden al fin bueno de toda la vida" (*Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 13, in c). En segundo lugar, se concreta en un correcto razonamiento que concluya certeramente a partir de las premisas, sin pasos incorrectos o minimizando las influencias de intereses o afectos sobre la razón, a la que pueden enturbiar.

Al respecto, Santo Tomás indica justamente, según las dos aplicaciones del pensamiento crítico, que los juicios errados pueden deberse a una doble causa: a un conocimiento que no se ajusta a la realidad o a una incorrecta deducción racional personal. Dice: "es posible que el error acaezca en la aplicación del principio universal a algo particular por su deducción falsa o por algún supuesto falso" (*Cuestión sobre la sindéresis*, I, a 2, ad. 1). Y como buscamos por naturaleza saber, no cualquier cosa, sino la verdad, es clave poner los medios para ello evitando el error.

La educación integral y desarrollo del pensamiento crítico contribuyen, así, al bien personal y al común, a los que ayuda, a su vez, esa racionalidad cordial impulsada por Amanda Labarca.

### III. LA HUMILDAD: ESO QUE SOMOS A LA LUZ DE DIOS

*"Consiste en mantenerse dentro de los propios términos sin llegar a lo que está sobre sí".*

Dicen que cada tiempo exige de nosotros conductas para responder a sus exigencias y por eso algunas actitudes y hábitos parecen más necesarios que otros. En estos momentos nos enfrentamos a algo que remece nuestro pretendido "dominio" sobre la enfermedad y sus efectos y no tenemos respuesta a muchas incertidumbres. La vulnerabilidad humana, que han puesto aún más de relieve la pandemia y la situación social-económica, nos recuerda una verdad fundamental del ser humano: que no somos Dios, sino criaturas. Hemos recibido el ser, una

misión en la vida y una condición con la que hacerla fructificar, y esa condición humana tan peculiar, por un lado, nos lanza al infinito, a grandes conquistas y logros, incluso a superarnos a nosotros mismos hasta tocar el cielo, y, por otra, constatamos nuestras limitaciones en el obrar, sentir y conocer. Implica un equilibrio entre la conciencia de nuestra dignidad única y especial, y a la vez el saber que somos seres necesitados. Por eso, la conclusión lógica es que en este tiempo se hace especialmente necesaria la virtud de la humildad, aunque no siempre ha sido bien acogida y entendida.

No consiste en ser pisoteado por otros o en no hacer valer nuestra dignidad; no es eso, sino en reconocer la verdad de lo que somos desde el realismo. Como no es fácil vivirlo, Aquel que se hizo uno de nosotros para salvarnos y enseñarnos el camino de la verdadera y plena humanidad, Jesucristo, nos quiso dar ejemplo de humildad. Por eso, la siguiente consideración del Santo de Aquino en relación con la vivencia y las causas de la humildad, puede ser luminosa al respecto.

“Ciertamente, en Dios no cabe humildad pues la virtud de la humildad consiste en mantenerse dentro de los propios términos sin llegar a lo que está sobre sí, estando, en cambio, sometido a lo superior. Se ve, pues, que la humildad no puede convenir a Dios, que no tiene superior, por estar Él mismo sobre todas las cosas. Pero si uno se somete temporalmente por humildad al igual o al inferior, esto es porque juzga en algún sentido como superior a quien, en absoluto, es igual o inferior a Él. Luego, aunque la virtud de la humildad no convenga a Cristo según su naturaleza divina, le pertenece, sin embargo, según su naturaleza humana, haciéndose dicha humildad más laudable por su divinidad; pues la dignidad de la persona engrandece la alabanza de la humildad, como sucede cuando algún magnate se ve por cierta necesidad en trance de padecer bajezas. Mas en el hombre no puede haber dignidad más alta que la de ser Dios. Por eso la humildad del Hombre Dios es la más grande humildad, pues soportó las bajezas que convenía padeciera para salvar a los hombres, porque los hombres, inducidos por la soberbia, eran amantes de la gloria mundana. Así, pues, para que la afición humana de amar la gloria mundana se trocara en amor de la gloria divina, quiso padecer la muerte, no es una cualquiera, sino la más afrentosa, pues hay quienes no temiendo la muerte aborrecen una muerte vil y así para despreciar también esta el Señor animó a los hombres con el ejemplo de su muerte.

“[...] y mueven más obras los hechos que las palabras y tanto más eficazmente mueven cuanto más cierta es la opinión que se tiene de la bondad de quien obra de tal modo. Por lo cual, aunque se hallasen muchos ejemplos de humildad en otros, no obstante, fue convenientísimo que fueran impulsados a ello por el ejemplo del Dios hombre” (*Suma contra los gentiles*, libro IV, capítulo 55).

El peso de la soberbia nos inclina a sobrevalorarnos por encima de lo que somos, y a dar más importancia al brillo de los afanes y éxito del mundo que a lo que de verdad da valor a cuanto hacemos: el amor a Dios (superior desde el amor y el ser) traducido en buscar el bien para la más bella huella de Dios en el mundo, tú y yo: cada persona con su dignidad y su vocación especial. La humildad nos hace realistas y nos permite relacionarnos con Dios y con los demás admirando Su huella en ellos, en un amor hecho servicio y no desde el orgullo. Solo el amor construye el bien.

#### IV. FELICIDAD Y SENTIDO DE VIDA ANTE EL DESAFÍO DE LA SALUD MENTAL

*“[...] nada terreno puede saciar los deseos”.*

La vida tiene aspectos sencillos y otros complejos: ciertas cosas o sucesos los podemos comprender fácilmente, pero, sin embargo, con nosotros no sucede lo mismo. Somos difíciles de entender y también de conseguir ese logro al que todos aspiramos: la felicidad. Algo puede ayudar en esto el análisis de las dimensiones personales que presenta un conocido educador español recientemente fallecido (Abilio de Gregorio). De cada una brotan unas necesidades cuya satisfacción influye en la felicidad con un peso distinto, y que, de no identificarse correctamente, la pueden poner en riesgo. De ahí los efectos en el desafío del bienestar y salud mental.

Se trata de las dimensiones biológica, psicosocial y de sentido. Las necesidades de la primera se satisfacen materialmente y provocan placer o, en su defecto, dolor. Sus tendencias son necesarias para la supervivencia, y, al responder al instinto, requieren de la templanza o autodomínio para moderarlas y ordenarlas. Los bienes materiales y lo que generan son medios necesarios –pensemos, por ejemplo, en alimentos, ropa, dinero o instrumentos–, pero necesitan ser ordenados para contribuir a la felicidad, pues por su dinámica intrínseca generan nuevos deseos dado que no nos pueden saciar totalmente. Por eso esta dimensión no es suficiente por sí misma y requiere de otra superior.

La dimensión psicosocial es más elevada y más apunta a la afirmación del yo, a la seguridad interior. Sus necesidades, de orden afectivo, se orientan al reconocimiento y aceptación propia y ajena. Esta necesidad de estima y aprobación suele traducirse en búsqueda de fama, alabanzas, éxito laboral-académico, poder, etc. Su logro genera alegría, y tristeza su contrario. Aparece aquí, sin embargo, el riesgo de la vanidad y amor propio desordenado, la búsqueda frenética de satisfacciones personales, incluso a costa de la paz interior que brota de una conciencia abierta al bien y asentada en la verdad. Por eso también esta dimensión requiere ser ordenada por la justicia y ser perfeccionada a partir de una dimensión que le dé mayor perspectiva.

Por fin, la tercera dimensión es la trascendente o de sentido: la espiritual y apunta más allá de la persona, a algo o Alguien que la trasciende y puede dotar su vida de sentido. Es todo aquello bueno capaz de ser referente absoluto y permanente como la entrega al bien de los otros, el aporte creativo para mejorar cuanto nos rodea, el conocimiento de la verdad, una vida moralmente buena y, sobre todo, la relación con Dios, que nos trasciende y es Origen y Meta de nuestra vida. Dios aparece aquí como el Bien Supremo capaz de saciar los deseos más profundos. La integración adecuada de esta tercera dimensión implica una madurez que permita discernir entre lo subjetivo y el bien en sí mismo y obrar en consecuencia saliendo así de uno mismo y superando el egocentrismo. Por eso completa y perfecciona las anteriores dimensiones. La satisfacción de esta necesidad de sentido genera –incluso en medio de vaivenes– una serenidad profunda y estable, mientras que su ausencia provoca vacío y sinsentido interior.

Esta dimensión es clave para el equilibrio interior y la felicidad hasta el punto de que la posesión de un bien lo suficientemente trascendente y valioso, genera tal plenitud interior, que permite sobrellevar con paciencia las insatisfacciones de las dimensiones biológica (cansancio, enfermedad, carencias físicas) y psicosocial (rechazos, incomprendimientos, humillaciones, dificultad en relaciones interpersonales). La razón es porque se mueve en el ámbito de los fines y no de los medios que, por lo mismo, de alguna manera se relativizan y pueden encajar en un sentido trascendente.

No nos extraña que el gran sabio Tomás de Aquino, que abordó aspectos vitales de la persona humana con mucho interés y profundidad resumiera a su estilo lo que implica la felicidad:

“[...] la felicidad es llamada bien perfecto, como si integrara en sí misma todo lo deseable. Evidentemente ese bien no es un bien terreno; pues quienes poseen riquezas, desean todavía más, quienes disfrutan de los placeres aún quieren disfrutar en mayor medida, y lo mismo sucede en las restantes cosas. Y si no buscan más bienes o placeres, sí desean, por el contrario, conservarlos o sustituirlos por otros. Nada duradero se encuentra en las cosas terrenas, luego nada terreno puede saciar los deseos. [...] [ni hacernos plenamente felices]. Por otra parte, la perfección final y el completo bien de cualquier cosa dependen de algo superior, porque hasta las mismas cosas corporales se vuelven mejores por su fusión con otras mejores, peores al mezclarse con otras peores; como cuando se mezcla oro con plata mejora esta, mientras que si se mezcla con plomo resulta de peor calidad. Consta que todo lo terreno es inferior a la mente humana (lo espiritual). [...] Además, la mente humana conoce el bien universal a través del entendimiento y lo desea por medio de la voluntad; el bien universal únicamente se encuentra en Dios. Luego nada hay que pueda hacer feliz al hombre, saciando su ansiedad, más que Dios” (*La monarquía*, I, 8, 26-28).

Lo trascendente –especialmente la relación personal y viva con Dios– da su verdadero sentido y orientación a lo relativo a lo biológico y psicosocial, asumiéndolo y a la vez elevándolo. Lleva consigo necesariamente la práctica de ciertos hábitos morales perfectivos –denominados virtudes– que facilitan la integración de las dimensiones. Por eso contribuye a la felicidad al ordenar todo lo demás y darle su sentido más integral, aunque en esta vida aún no pueda ser perfecta ni completa.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO\*

---

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

## REFLEXIONES ÉTICAS

### I. RECIEDUMBRE

Antigua virtud, un poco olvidada en nuestro tiempo, donde la debilidad es más común que la fuerza tanto en los cuerpos como en los espíritus. Persona recia se decía de la que mantenía tan sólidos los principios morales como los músculos, entrenados para sostener rejas de arado y espadas de notable envergadura –hoy guardadas en los museos–, que nos hacen ver tras ellas a fornidos campesinos y guerreros de cota y malla, al mismo tiempo que ágiles al cultivar sus campos, defender su hacienda o limpiar los caminos de malezas, así como de asaltantes o forajidos.

En tiempos de piedra y de hierro, de fríos y calores que se combatían con el fugo de unos leños o con las aguas limpias de ríos y arroyos. Hombres y mujeres, viejos y niños entrenaban la reciedumbre en todas sus vertientes: mental, afectiva, moral y espiritual.

Con ligereza solemos decir de ellos que vivieron tiempos de oscuridad y privaciones, compañeros de un mundo hostil, acostumbrados a sufrir más que a gozar, a trabajar más que a descansar. Tiempos recios, sin duda, que engendraron personalidades de acendradas virtudes humanas, sostenidas en sólidas virtudes de la fe y esperanza divinas. La disciplina no se explicaba en tratados. Se enseñaba y practicaba en la casa y en la escuela, en la iglesia y en el foro, en la guerra y en la paz de caseríos, caminos y ciudades amuralladas.

Los tiempos eran recios, porque los hombres los sostenían con su cuerpo y con su alma, quejándose poco y trabajando mucho. Era entonces más natural adquirir el sentido de la responsabilidad del trabajo y la convivencia con un armazón moral y espiritual que tenía firmeza similar a la que desarrollaban sus cuerpos. Fueron capaces de construir esos edificios indestructibles que hasta hoy perduran; puentes y acueductos, templos románicos y catedrales góticas de inigualable esplendor y belleza. Eran hombres de recias convicciones y de habilidades siempre en progreso.

Esos hombres nos encaran nuestra debilidad, frivolidad y pereza en el mundo en deterioro material y moral, que se aleja del que ellos nos heredaron. Hoy los oigo gritar: ¿Por qué y cuándo perdisteis el temple que a nosotros asistió y destruisteis el mundo de fe y los monumentos de piedra que os construimos? Podemos traducir el viejo nombre: fortaleza, resiliencia, laboriosidad, constancia, responsabilidad, autocontrol, solidaridad, colaboración, generosidad, estética, piedad. Todas estas palabras estaban incluidas en lo que llamaron los antiguos reciedumbre, que más allá de los músculos residía en las mentes y en los espíritus de nuestros antepasados. ¡Padres, maestros, gobernantes y pastores impongámonos la tarea de recuperar la reciedumbre de antaño! ¡Menos tibiezas y más reciedumbre! ¡Menos leyes y más convicciones!

## CRISIS MORAL

Las crisis no afectan a los lugares ni a los tiempos. Solamente afectan a las personas. Es necesario tener esto en cuenta al tratar de entender la realidad que nos afecta en estos días y que hace referencia a salud, finanzas, educación, empresas, trabajo, instituciones y comunidades.

Cicerón se quejaba de lo mismo hace un poco más de dos mil años, cuando exclamaba en el Senado romano: *O tempora, o mores*—añorando tiempos y costumbres mejores. El filósofo, maestro y jurisconsulto se anticipaba así a lo que hoy nos acontece y que muchos atribuyen a la pandemia, la violencia, el desempleo, la baja de la producción y la hecatombe de las estructuras políticas. Todo lo que afecta al hombre es por causa de los propios hombres que, en lugar de gobernar con sabiduría, lo hacen con negligencia e incluso con villanía. En lugar de dirigir la naturaleza hacia el hombre, lo hacen al revés. Y el error colectivo desemboca en lo que llamamos ruina ecológica o crisis planetaria.

No hay crisis económica. Ni en Europa, ni en América, ni en Asia. Lo que hay es déficit moral en las personas—dirigentes y dirigidos—. Unos y otros hacemos poco esfuerzo por perseguir lo que es bueno para todos, optando por hacer solo lo que nos place personalmente. El resultado está a la vista: robos, mentiras, parricidios, violaciones, envidias, desorden, confusión de roles, corrupción, violencia, con todos los mandamientos en el olvido.

Y para más remate, los otros mandamientos, los que se refieren a la relación del hombre con Dios, están siendo defenestrados por doquier. Todo el conjunto sumado produce el caos o *la crisis del medio ambiente* del mundo. Está claro que la crisis que todos reconocemos no es una fatalidad, es simplemente un pecado a ciencia y conciencia con todas sus consecuencias. Cuando el hombre se olvida de Dios, termina olvidándose también del hombre. Lo dijo hace unas décadas Pablo VI. Aunque da la impresión de que los cristianos—todavía mayoría estadística en Occidente—le hicimos poco caso. Juan Pablo II nos recordó que el amor es más fuerte, pero tampoco nos decidimos a probarlo.

La crisis generalizada no es producto de la economía, sino de la moral y la fe. Si para resolver la primera hay que acudir a Harvard o a Chicago, para la segunda y la tercera habría que volver a Roma. A la de los Séneca y Cicerón, a la de Pablo de Tarso y Agustín de Hipona. Los tiempos no son ni buenos ni malos. Nosotros somos el tiempo, escribía nuestro gran San Agustín. La crisis somos nosotros.

JESÚS GINÉS ORTEGA\*

---

\*Profesor de Ética, Universidad Santo Tomás.

## II. VIDA FÍSICA Y VIDA ESPIRITUAL

Nuestra conciencia, en cambio, nos empuja hacia una libertad responsable, en la que debemos procurar traducir en una vida de fe nuestras convicciones religiosas. Y en una época como la nuestra, defendamos la vida física de los seres humanos, pero sobre todo la vida espiritual

Comienzo a escribir este artículo el 25 de marzo, en el que la Iglesia celebra la Solemnidad de la Anunciación y de la Encarnación, así como nuestra Conferencia Episcopal quiere que se celebre también el Día de la Vida.

El evangelio de hoy, Lc 1,26-36, es uno de mis favoritos. Encontramos en él, en las palabras del ángel Gabriel, “llena de gracia” el fundamento escriturístico de la Inmaculada Concepción, y la respuesta de María “¿Cómo será eso, pues no conozco varón?” (Lc 1,34), respuesta que nos indica que María, recién llegada a la pubertad, estaba perfectamente informada. De hecho, a mí me gustaba iniciar mis clases de educación sexual a mis alumnos, con la lectura de este texto, en conformidad con lo que el Concilio Vaticano II ha dicho: “Hay que iniciarlos (a los niños y adolescentes) en una positiva y prudente educación sexual” (Declaración *Gravissimum educationis* N° 1). En Lc 1,34 y también en Lc 1,44, en la frase de Isabel “en cuanto tu saludo llegó a mis oídos, la criatura saltó de alegría en mi vientre” queda claro que ambas creían que lo que ambas llevaban en su vientre era un ser humano.

Actualmente los avances científicos, como las ecografías, confirman cada vez más que son seres humanos y existe sobrada evidencia científica de que la vida empieza en el momento de la fecundación. Algunos de estos avances son claros hasta para un profano en la materia: muchos padres y abuelos llevan en sus móviles la foto de la ecografía de sus hijos y nietos a los que les falta todavía bastante para nacer. Recuerdo que en un debate televisivo llevé la foto de un feto de diez semanas, es decir cuando abortarlo es legal. Nadie pudo negarme que aquello era un ser humano, aunque mi rival abortista me soltó: “Enseñar eso es un frivolidad”.

En España, donde nuestro Gobierno quiere ser más progre que nadie, tenemos desde hace poco la eutanasia, con la protesta de muchos médicos y personal sanitario, que abrazaron esa profesión convencidos que la finalidad natural, primaria y principal de la medicina y del progreso científico-técnico es la defensa y la protección de la vida, no su eliminación. No olvidemos además que la diferencia entre *Gobierno anticatólico* y *Gobierno perseguidor* está en que el primero promulga leyes anticatólicas y el segundo además no respeta la conciencia de sus súbditos, induciéndoles así a pecar, por temor a las represalias. El nuestro es claramente ambas cosas.

Por supuesto si el actuar contra la propia conciencia está mal, es mucho peor obligar a otro a actuar contra su conciencia. San Juan XXIII, en el *Catecismo Joven de la Iglesia Católica* nos dice. “Hacer violencia a la conciencia de la persona es hierla gravemente, dar el golpe más doloroso a su dignidad” (N° 297). Jesucristo en el episodio de la curación del parálítico (Mc 2,1-12; Mt 9,1-8; Lc 5,17-26) nos señala claramente que para él es mucho más importante el perdón de los pecados que la curación del parálítico. Y es que *la vida eterna es mucho más importante que la vida temporal*. Ello nos debiera hacer reflexionar sobre la importancia del pecado

en nuestras vidas, como nos enseña el ejemplo de los mártires que consideraron mucho más importante no hacer el pecado que salvaguardar su vida temporal.

Ahora bien, ¿cómo llegamos al pecado? Dentro del orden moral y jurídico no solo tengo derechos, sino también deberes. No se puede reivindicar la libertad de conciencia para encubrir el terrorismo, el aborto, la eutanasia, donde por cierto me voy encontrando con varias personas de varios lugares que me han dicho: “creemos que a nuestro familiar le eutanasiaron, por supuesto sin contar con él ni con nosotros”, el abuso y la perversión de menores, la violación, el narcotráfico, en pocas palabras, el hacer el mal. Se viola la libertad de conciencia cuando la invocación a la conciencia es una excusa para quitarse de en medio obligaciones básicas o cuando se fuerza a otras personas a actuar contra ella. Ante el crimen, hasta la neutralidad es malvada e inmoral. Frente a este problema San Juan Pablo II en su Exhortación Apostólica *Reconciliatio et Paenitentia* nos dice: “El *sentido del pecado* tiene su raíz en la conciencia moral del hombre y es como su termómetro”... “Sin embargo sucede frecuentemente en la Historia, durante períodos de tiempo más o menos largos y bajo la influencia de múltiples factores, que se oscurece gravemente la conciencia moral en muchos hombres”... “Es inevitable que en esta situación quede oscurecido *también el sentido del pecado*, que está íntimamente unido a la conciencia moral, a la búsqueda de la verdad, a la voluntad de un uso responsable de la libertad. Junto a la conciencia queda también oscurecido el *sentido de Dios*, y entonces, perdido este decisivo punto de referencia interior, se pierde el sentido del pecado (Nº 18).

Nuestra conciencia, en cambio, nos empuja hacia una libertad responsable, en la que debemos procurar traducir en una vida de fe nuestras convicciones religiosas. Y en una época como la nuestra, defendamos la vida física de los seres humanos, pero sobre todo la vida espiritual.

### PRESCINDIR DE DIOS, ¿LIBERTAD O ESCLAVITUD?

En teoría hago lo que me da la gana, hasta que me encuentro con las otras personas, que tienen la misma libertad total que yo y como en muchas cosas no pensamos lo mismo, tiene que haber alguien que resuelva la disputa entre yo y el otro, entre los otros y yo.

Uno de los problemas que se nos plantea en el momento actual es si el no creer en Dios o, simplemente, ¿el prescindir de él, aumenta o disminuye nuestra libertad?

A primera vista parecería que la increencia favorece nuestra libertad. En efecto si fuese así nada impediría, aparentemente, *que yo pudiese realizar hacer aquello que quisiera, no tener que obedecer a nadie, ser mi propio dios*. Y es que si Dios no existe, si no hay un Ser Supremo por encima de mí, automáticamente paso a ser o mi propio Ser Supremo y puedo hacer lo que me venga en gana. Pero veamos qué sucede si prescindo de Dios y aplico esos tres principios que, en teoría, me debieran dar la libertad.

Ahora bien los exorcistas como el padre Amorth me echan un jarro de agua fría, advirtiéndome que los tres principios que he enumerado provienen del Demonio, es decir del mentiroso por excelencia. Más aún, que esos tres principios, que he destacado en cursivas, son las tres grandes leyes del satanismo, tan difundido hoy.

Y es que si nos fijamos atentamente, estos tres principios, *que aparentemente me llevan a una libertad omnímoda, en realidad me la quitan*. En teoría hago lo que me da la gana, hasta que me encuentro con las otras personas, que tienen la misma libertad total que yo y como en muchas cosas no pensamos lo mismo, tiene que haber alguien que resuelva la disputa entre yo y el otro, entre los otros y yo. No hay problema, pienso, como soy demócrata, que sea la voluntad popular la que resuelva el asunto. ¿Pero dónde encuentro la voluntad popular? Pues muy sencillo, en el Parlamento. Pero cualquiera que sepa cómo funcionan los Parlamentos, al menos el nuestro, saben que los diputados tienen una obligación que se llama disciplina de Partido, que les impide votar como a ellos les gustaría, con lo que aquellos que tienen la mayoría, que en nuestro caso se llaman Pedro Sánchez y Pablo Iglesias pueden decidir a su antojo cuáles van a ser las leyes. Y además, como para ellos Dios no existe, ni siquiera tienen la barrera de que “hay que obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hch 5,29), porque la dignidad humana para ellos no proviene de Dios, sino que mis derechos es algo que me concede el Estado, que, por tanto, puede también quitármelos.

Tras esto, está claro que tengo que hacerme una pregunta: ¿dónde queda mi libertad? Porque creo que la he dejado por el camino, como lo prueba el hecho que en muchísimos casos no se me admite lo que es un derecho inalienable, causa su violación de tantos martirios: la objeción de conciencia.

Junto a estos tres principios, hay tres preguntas fundamentales a las que debo dar una contestación adecuada: ¿de dónde vengo, a dónde voy y cuál es el sentido de la vida?

*¿De dónde vengo?* Acepto el evolucionismo, pero este me plantea un problema: el mundo tiene edad, tiene un origen, lo cual me plantea dos posibles respuestas. O hay un Ser Supremo, Creador del Universo, o es un fruto del azar o de la casualidad. Por supuesto creo como mucho más lógica y racional la primera respuesta. Que sea el Universo o mi propia persona fruto de la casualidad o de una energía impersonal, no racional, me parece demasiada casualidad, tanto más cuanto que descubro en el Universo y en mí auténticas maravillas.

*¿A dónde voy?* Que tengo que morirme, eso es claro. Que todo termine con la muerte, me parece una estafa que haría irrealizable mi máximo deseo de *ser feliz siempre*. Con lo cual entramos en la tercera pregunta: *¿cuál es el sentido de la vida?*

La respuesta a esta pregunta nos la da la Revelación. Jesucristo se ha hecho hombre para salvarnos y abrirnos las puertas del cielo. Después de la muerte nos espera la resurrección: “los que hayan hecho el bien resucitarán para la vida, y los que hayan hecho el mal, para la condenación” (Jn 5,29). “Cada hombre, después de morir, recibe en su alma inmortal su retribución eterna en un juicio particular que refiere su vida a Cristo, bien a través de una purificación, bien para entrar inmediatamente en la bienaventuranza del cielo, bien para condenarse inmediatamente para siempre” (*Catecismo de la Iglesia Católica* N° 1022).

## PERSONAL SANITARIO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La inmensa mayoría de los médicos y del personal sanitario ha escogido su profesión pensando que su tarea era sanar y, en todo caso, ayudar a los pacientes, pero en ningún caso matarlos, es decir no se sienten con vocación de asesinos

En los países que se consideraba formaban parte del llamado Occidente cristiano era indiscutible que su sistema de valores se basaba en la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables como fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, y es que “no puede haber verdadera democracia si no se reconoce la dignidad de cada persona y no se respetan sus derechos” (San Juan Pablo II, Encíclica *Evangelium vitae*, N° 101).

Estos valores encontraron su formulación en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU del 10 de diciembre de 1948. Pero pronto una serie de ideologías, radicalmente opuestas al Cristianismo, como la relativista y positivistista empezaron a cuartear estos derechos con nuevos presuntos derechos, como el derecho al aborto y a la eutanasia, que, en realidad, son opuestos y contradictorios a los valores humanos y cristianos y a lo que una conciencia cristiana o simplemente dotada de sentido común cree y defiende.

Como nuestro Gobierno participa plenamente de esta mentalidad criminal anticristiana y antivida no tiene que extrañarnos que la ministra de Igualdad, Irene Montero, señalase hace pocos días su intención de regular la objeción de conciencia de los médicos para que “no esté por encima del derecho a decidir sobre su cuerpo” de las mujeres y que estas puedan abortar en “un hospital público, cercano a su domicilio, eligiendo el método y con todas las garantías para sus derechos”. *Es un argumento muy comunista y, por cierto, también muy nazi.*

Como la inmensa mayoría de los médicos y del personal sanitario ha escogido su profesión pensando que su tarea era sanar y, en todo caso, ayudar a los pacientes, pero en ningún caso matarlos, es decir *no se sienten con vocación de asesinos*, no nos extraña que el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) ha defendido que dificultar la objeción de conciencia del personal sanitario es “una mala solución que resulta inaceptable, ilegal e injusta”. También la Academia Nacional de Medicina de Francia se posiciona sobre la ley de eutanasia y apuesta por los cuidados paliativos, porque *no está en la misión del médico dar la muerte.*

Para un cristiano el libro de *Hechos de los Apóstoles* nos recuerda que “hay que obedecer a Dios antes que a los hombres” (5,29 y 4,19), y por ello el seguimiento de la propia conciencia es un deber moral y religioso, que en el plano civil se fundamenta en el artículo 18 de la Declaración de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

Pero si el actuar contra la propia conciencia está mal, es mucho peor obligar a otro a actuar contra ella. Pasar por alto la conciencia de otro, ignorarla o presionarla, es atentar contra su dignidad. San Juan XXIII, en el *Catecismo Joven de la Iglesia Católica*, en su versión inglesa, nos dice. “Hacer violencia a la conciencia de la persona es hierirla gravemente, dar el golpe más doloroso a su dignidad. En cierto sentido es más grave que matarla” (N° 297), y Jesucristo en el evangelio de San Mateo afirma. “No tengáis miedo a los que matan el cuerpo, pero no pueden matar el alma. No; temed al que puede llevar a la perdición alma y cuerpo” (Mt 10,28). Nada hay peor que empujar a otro hacia el pecado y por ello, por mantenerse fieles a su conciencia, muchas personas han ido a la cárcel e incluso han sido ejecutadas.

En estos momentos en que se discute si el Presidente abortista de Estados Unidos puede o no recibir la Comunión, recuerdo que para el Concilio Vaticano II el aborto y la eutanasia son prácticas infamantes (cf. GS 27) y que “tanto el aborto como el infanticidio son crímenes nefandos” (GS 51), doctrina mantenida

a lo largo de los siglos y que *siempre se ha considerado como causa más que suficiente para no permitir el acceso a la comunión a quienes no se han arrepentido y confesado.*

PEDRO TREVIJANO E.\*

### III. LIBERTAD DE PENSAMIENTO

En 1984, explicando las artimañas empleadas por el Partido para transformar el pensamiento de la gente, George Orwell relata que ocupaba un lugar preferente hacer creer que “tanto el pasado como el mundo externo existen solo en la mente”. Ante lo que Winston Smith, el protagonista de la novela, se rebela, diciendo: “El mundo material existe, sus leyes no cambian. Las piedras son duras; el agua, líquida; los objetos sin sujeción caen hacia el centro de la Tierra. La Libertad significa libertad para decir que dos más dos son cuatro. Si eso se admite, todo lo demás se da por añadidura”. La libertad, para Orwell, se funda en la verdad; y ya se sabe que nada ofende tanto (sobre todo en épocas de engaño universal) como la verdad. Por eso todos los tiranos que en el mundo han sido han tratado de escamotear la verdad de las cosas; y el hombre libre ha aspirado a desentrañarla. En esto debería consistir la “libertad de pensamiento”. Pero... ¿de veras esta es la “libertad de pensamiento” que hoy proclamamos?

No puede serlo por la sencilla razón de que nuestra época no reconoce la existencia de la verdad, que Orwell consideraba premisa de la libertad. El subjetivismo niega que la verdad de las cosas pueda ser conocida, pues considera que el entendimiento está limitado por la experiencia. El relativismo afirma que lo que las cosas son desde nuestra perspectiva y coyuntura no lo serían si la perspectiva y la coyuntura fuesen distintas. El escepticismo, en fin, nos impone dudar de todo, pues considera que somos incapaces de alcanzar la verdad. La verdad cierta de las cosas se ha evaporado del todo, lográndose aquel anhelo del Partido que exigía que tanto el pasado como el mundo externo solo existiesen como figuraciones mentales. Curiosamente, esto no ocurre bajo un poder dictatorial como el que imaginó Orwell, sino bajo regímenes democráticos. Pero tal vez, como afirmaba Kelsen en *De la esencia y valor de la democracia*, “la causa democrática parecería desesperada si se partiera de la idea de que puede accederse a verdades y captarse valores absolutos”.

Al no reconocerse la existencia de la verdad (o ante la imposibilidad de acceder a ella), ya no puede existir adecuación del intelecto a las cosas (que era la definición aristotélica de verdad). Abolida la verdad, se invocó en un principio la objetividad, que presupone imparcialidad; pero nadie puede creer seriamente que un sujeto que no reconoce la existencia de la verdad pueda ser otra cosa sino subjetivo. Luego, el concepto de objetividad fue sustituido por los de sinceridad

---

\*Publicados en *Infocat*, 29.3, 3.4 y 20.7.2021.

o autenticidad, que ya solo pueden presumir de “decir lo que uno piensa (o siente)”. La verdad se convierte, entonces, en coherencia con las ideas propias, que naturalmente habrán de ser subjetivas; pero, una vez sustraída la adecuación del intelecto a las cosas, ¿cómo sabemos que esas ideas que creemos propias no son en realidad ideas inducidas por otros? ¿Cómo sabemos que estamos diciendo lo que pensamos y no lo que otros nos han “predispuesto” o “enseñado” a pensar? ¿Cómo sabemos que estamos pensando y no tan solo “sintiendo”? A fin de cuentas, nada hay tan “sincero”, tan “auténtico”, como la expresión de sentimientos. Y nada tampoco tan fácil de excitar, de estimular y, en definitiva, de inducir: no hace falta sino comprobar la facilidad con que unas imágenes lanzadas a través de la tele logran indignarnos o conmovernos; o la celeridad con la que logran “movilizarnos” a través de las redes sociales. Cuando la verdad ha sido sustraída, nada más sencillo que “suministrar” pensamientos que nos hagan sentir auténticos.

Así lo creía Adam Smith, cuando afirmaba que, “en las sociedades opulentas, pensar es una operación muy especial, reservada a un reducido número de personas, que suministran todo el pensamiento que debe disponer la multitud de los que penan”. Así también Rousseau, cuando explicaba cómo se “creaba” la llamada cínicamente “opinión pública”: “Corregid las opiniones de los hombres y sus costumbres se depurarán por sí mismas”. En *Un mundo feliz*, la fábula futurista de Huxley, esta “libertad de pensamiento” se creaba durante el sueño, mediante un mecanismo repetitivo que hablaba sin interrupción al subconsciente; en nuestra época, se logra a través de los métodos de control social y condicionamiento de los espíritus de todos conocidos, que nos enseñan lo que podemos pensar y lo que debemos rechazar, lo que conviene decir y lo que conviene callar, para poder seguir siendo aceptados en la manada y acogidos en el redil, donde nos aguardan en el comedero los pensamientos permitidos que podemos rumiar y deglutir tranquilamente, para alivio de nuestras penas.

JUAN MANUEL DE PRADA\*

#### IV. DECÁLOGO DE DON QUIJOTE A SANCHO

“Sancho: hijo, atento a este tu Catón, que quiere aconsejarte, y ser norte y guía que te encamine y saque a seguro puerto de este mar proceloso donde vas a engolfarte; que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones.

1. “Primeramente, has de temer a Dios; porque en el temerle está la sabiduría, y siendo sabio no podrás errar en nada.

---

\*Publicado en *Portaluz*, 17.6.2016.

2. “Lo segundo, has de poner los ojos en quien eres, procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que puede imaginarse. Del conocerte saldrá el no hincharte, como la rana que quiso igualarse con el buey.

3. “Haz gala, Sancho, de la humildad de tu linaje, y no te desprecies de decir que vienes de labradores, y preciate más de ser humilde virtuoso, que pecador soberbio. Innumerables son aquellos que de baja estirpe nacidos han subido a la suma dignidad; y de esta verdad te pudiera traer tantos ejemplos, que te cansaran.

4. “Mira, Sancho, si tomas por medio a la virtud y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a príncipes y señores; porque la sangre se hereda, pero la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale.

5. “Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

6. “Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia. Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún enemigo tuyo, aparta las mientes de su injuria, y ponlas en la verdad del caso. No te ciegue la pasión propia en la causa ajena; que los yerros que en ella hicieres, las más de las veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a costa de tu crédito y aún de tu hacienda.

7. “Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera despacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.

8. “Al que has de castigar con obras, no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones.

9. “Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción, considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y, en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente; porque, aunque los tributos de Dios todos son iguales, más respandece y campea, a nuestro ver, el de la misericordia que el de la justicia.

10. “Si estos preceptos y estas reglas sigues, Sancho, serán luengos tus días, tu fama será eterna, tus premios colmados, tu felicidad indecible; casarás tus hijos como quisieres; títulos tendrán ellos y tus nietos; vivirás en paz y beneplácito de las gentes, y, en los últimos pasos de la vida, te alcanzará el de la muerte en vejez suave y madura, y cerrarán tus ojos las tiernas y delicadas manos de tus terceros netezuelos.

“Esto que hasta aquí te he dicho son documentos que han de adornar tu alma”.

M. DE CERVANTES SAAVEDRA\*

---

\**Don Quijote de la Mancha*, Segunda Parte, cap. XLII (en edic. del IV Centenario. Alfaguara. Madrid. 2004, 868-870).

## V. RELATIVISMO

*Nos hacemos conservadores a medida que envejecemos, eso es cierto. Pero no nos volvemos conservadores porque hayamos descubierto tantas cosas nuevas que eran espurias. Nos volvemos conservadores porque hemos descubierto tantas cosas viejas que eran genuinas.*

G.K. Chesterton

*Dices que todo es más o menos lo mismo y que estás listo para cualquier compromiso.  
Entonces ¿por qué ruta vas a caminar?  
¿Te vas a unir a varias Iglesias?  
¿Te vas a acomodar a todas las morales y vas a ajustarte a todas las conciencias?*

Cardenal Francisco Xavier Nguyen Van Thuan  
*Mil y un pasos en el Camino de la Esperanza*

Estas palabras del cardenal Van Thuan, que partió a la Casa del Padre el 16 de septiembre de 2002, muestran bien a las claras el problema ante el que nos encontramos y que, a lo mejor, se tiene por algo de poca importancia o, en fin, algo que bien podemos obviar en pro de una vida, digamos, tranquila en el mundo y sin las persecuciones que, como sabemos, vamos a recibir pues es lo que le pasó al Maestro y, en eso, tampoco vamos a ser más que Él.

No es poca cosa, de todas formas, que quien se dice cristiano deambule de aquí para allá sin fijarse en su propia fe ni bueno puede ser que su alma se pierda con tanta facilidad por los recovecos del presente que no se dé ni cuenta.

En la Misa Pro Eligendo Pontífice, celebrada allá por el 18 de abril de 2005, como Decano del Colegio Cardenalicio, Joseph Ratzinger dijo algo que resultaría, de todo punto, importante no olvidar: “Mientras que el relativismo, es decir, dejarse ‘llevar a la deriva por cualquier viento de doctrina’, parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida solo el propio yo y sus antojos”.

Al parecer, estamos sometidos a tal dictadura que, además, es sostenida no solo por personas que se dicen contrarias a la religión sino también por los mismos cristianos que, sometidos al mundo y a su mundanidad, no son capaces de obviar las llamadas de la Bestia.

Pero no solo dijo eso el entonces cardenal Ratzinger sino que aportó, para defensa de la situación actual, una verdad bastante notable: frente a lo que el mundo entiende por medida de las cosas, “nosotros tenemos otra medida: el Hijo de Dios, el verdadero hombre. Él es la medida del verdadero humanismo”. Define, además, lo que debería ser, para los cristianos, una fe “Adulta”. No es aquella que, aparentemente cumple con los preceptos establecidos en las Sagradas Escrituras pero, en verdad, no siente eso que hace porque se deja llevar por cualquier novedad o sigue “las olas de la moda”.

Bien sabemos que los valores cristianos no son voladeros ni se dejan someter a lo que, en cualquier momento, pueda entenderse por conveniente. La Fe, en esto, no es relativa sino que se asienta sobre unas bases suprahumanas, divinas, de Dios, que la amparan y la constituyen como instrumento de amor y de paz.

Por eso, como cordura, prudencia y moderación podemos definir lo que el ya emérito Santo Padre denominó “medida perfecta”: supone cordura porque nos muestra el camino recto y perfecto para alcanzar la salvación eterna; es prudente porque nos indica cómo no debemos actuar, hacia qué no debemos ir y, sobre todo, por qué es necesario actuar como nos dice; y, por último, es moderada porque solo presenta como extremo la entrega total al otro y, en último término, amor total, dar la propia vida como hizo el Maestro, Hijo de Dios y hermano nuestro.

Esa media que, al fin y al cabo, es la que Dios nos proporcionó para que fuéramos capaces de sobrellevar el andar por este mundo ha de hacernos fácil la decisión de no abandonar al Creador porque nos corresponda ser mundanos para estar bien con el mundo que, además, de ninguna de las maneras va a aceptar nuestra tibieza como algo a premiar sino, además, como síntoma de debilidad que, sin duda, sabrá aprovechar en detrimento de la fe cristiana.

Por eso, si nos dejamos llevar por lo que, de relativo, hay en la ideología básica del hoy caeremos en eso que para Luigi Giussani (fundador de Comunión y Liberación) es el mayor de los problemas. Él lo plasma perfectamente cuando dice que “El hombre como medida de todas las cosas: este es el enemigo, el único enemigo de Cristo”.

Pero, entonces, ¿Cómo nos puede servir reconocer a Cristo como la medida perfecta del humanismo?

Para nosotros ha de sernos útil en multitud de aspectos. Por ejemplo, en nuestra relación con los demás, la medida de servicio de Jesús nos ha de servir para darnos plenamente en ese valor. No sustituiremos, en eso, la voluntad de Dios, ni llenaremos el lugar que dejaría vacío su amor por otros bienes que lo sean materiales; la medida de humildad del Maestro nos ha de proporcionar instrumentos para prevenir la soberbia y otros excesos de nuestro yo; la medida de misericordia de Jesús nos ha de demostrar que la bondad ha de sobreponerse a la tentación de respuesta a la ofensa.

En esto no podremos sustituir a Dios por lo banal porque nuestra existencia depende del respeto y la confirmación de su voluntad en nuestras vidas y de la forma que tengamos de ser fieles a sus mandatos y a sus bienaventurados consejos de Padre.

El caso es que todo esto dicho hasta ahora tiene mucho que ver con los valores y principios que nosotros, cristianos que estamos en el mundo pero que sabemos no somos del mundo, debemos defender porque, de lo contrario, ya sabemos qué van a hacer con ellos: exacto, tirarlo en el cubo de la basura de la historia muy a pesar de que sepamos que los mismos no pueden morir del todo porque son defendidos por Dios y por su Hijo, Jesucristo.

El relativismo hace mucho daño. Y no lo hace porque sea, digamos, una ideología contraria a lo que se pueda defender desde un pensamiento llamado tradicional. No. No es por eso porque de ser así bien que podría terminarse con el mismo con el simple juego de las elecciones. Y bien sabemos que la cosa no va por ahí sino que se mete bien dentro.

Esto lo decimos porque es algo que acecha nuestra vida espiritual y, así, la misma material, desde nuestro propio corazón: se adentra en el mismo y lo corrompe todo: nuestra visión del mundo y, en fin, lo que acabamos llevando a cabo.

Ser relativista es, al fin y al cabo, no aceptar nada como válido, no tener valores fuertes que encaucen una vida y, sobre todo, no dar nada por verdad, ni la Verdad misma porque con eso cualquier cosa es admisible, lo que termina por hacer que nada valga nada.

Aquí, con el relativismo, todo está perdido. Bueno, está perdido lo que debe ser fundamento de ser creado por Dios a su imagen y semejanza. Y ahí radica el peligro en el que podemos caer si nos sometemos, de pies a cabeza pero, sobre todo, de corazón, a esa forma de pensar que establece que tanto vale una cosa como la otra o, mejor, que tanto vale lo bueno como lo malo y que, según convenga, así debemos hacer. Y ahí nada hay seguro salvo la falta de seguridad más absoluta.

De todas formas, según son las formas del mundo, del siglo, ser relativista puede venir la mar de bien para según qué espíritus de hoy. Así, por ejemplo, se evita cualquier tipo de discusión con un contrario que, por propia definición, deja de serlo porque nada es cierto y verdad; por ejemplo, se fomenta una paz que, en el fondo, es falsa porque puede venirse abajo en cuanto convenga que se venga abajo según las necesidades de los fuertes y, desde abajo, de la masa social llamada pueblo con ánimo manipulador.

Ser relativista hoy no es algo que abunde poco. No. Al contrario, es la verdad: hay superabundancia de personas que creen que lo mejor es no mojarse ni con agua y, mucho menos, en discusiones sobre valores o principios que vaya usted a saber qué valor tienen...

Al contrario, debemos hacer aquellos que creemos en unos valores que tenemos por buenos y que, por tanto, son los que dirigen nuestras vidas y haciendas. Y es hacer otra cosa es hacernos un flaco favor a nosotros mismos porque no siempre se puede vivir en la ficción de que todo es importante aunque así nada lo sea y, además, fomenta eso en nosotros una inseguridad tan grande que nada bueno vamos a obtener de un ser así, de un comportarse así o de un vivir así.

Resulta, de todas formas, curioso que no debamos alejarnos, esta vez tampoco, de lo que dicen nuestras Sagradas Escrituras. Y es que ya dijo Jesucristo algo que, de ser seguido a rajatabla, haría que muchas cosas cambiasen para bien. Y es que ya sabemos que alguna predicación tuvo que decir, según veía las cosas, que donde era sí, debía seguir siendo sí y donde es no, no debía ser. Y ahí es donde radica lo que creemos aceptable.

Ahora bien, debemos saber que lo que es sí tiene que ver con nuestros valores tradicionales y una cultura que denominamos judeocristiana porque es ahí donde están nuestras raíces. Y es que de otra forma, seguro que nos equivocamos, erramos y terminamos andando por mal camino.

ELEUTERIO FERNÁNDEZ GUZMÁN\*

---

\*Artículo publicado en *The Traditional Post* y en *Infocat*, 20.7.2021.

## VI. LA CONCIENCIA COMO ÍDOLO

Una grave confusión impregna la *revisión doctrinal de la ley natural* con que el catolicismo personalista de hoy *pretende actualizar la teología moral* según los parámetros de la filosofía moderna. Esta confusión consiste, en esencia, en hibridar el orden del ser con el orden caído de la conciencia subjetiva, como si la ley de la naturaleza humana fuera la misma cosa que la ley de la conciencia subjetiva.

Juan Fernando Segovia, en la Revista *Verbo* [núm. 493-494 (2011), 191-226], analiza este asunto con un excelente examen crítico del texto de 2009 de la Comisión Teológica Internacional, *En busca de una ética universal. Nueva perspectiva sobre la ley natural*. Allí demuestra sobradamente que “la renovación de la doctrina de la ley natural emprendida por la CTI conduce a confundir la ley de la naturaleza humana con la ley de la conciencia personal” (197). Que es, precisamente, el error de fondo de esta teología moral modernizada que, desde hace decenios, domina el panorama institucional, y que ahora, con *Amoris laetitia*, encuentra su glorificación. Porque sí, A.L. es personalista.

Es una confusión de carácter humanista, que no hace ascos a la tergiversación de la doctrina tomista con objeto de amalgamar el pensamiento clásico con los esquemas ideológicos del existencialismo ético. Y es una confusión que viene de tiempo atrás. Porque la falsificación de la doctrina tomista, no nos engañemos, no es exclusiva de *Amoris laetitia*. Malinterpretar a Santo Tomás hace tiempo que es un vicio del catolicismo actualizado, y no exclusivo de un Rahner o un Maritain; lleva tiempo siendo un mal hábito oficial. Solo así se entiende el prestigio inmenso de un situacionista como Häring, o la disidencia generalizada contra *Humanae vitae*, o el rechazo, ya masivo, de la teología moral clásica.

Pero al pensamiento católico tradicional no puede sino repugnar el énfasis que pone el personalismo en la autoposesión, la automoción y la autocualificación moral del yo, que la escuela de Mounier y Maritain, Balthasar y Guardini no duda en glorificar. La maniobra ha sido sutil: se sustituye el bien por el valor, y se hace que la voluntad aspire a él por sí sola, como si se autocrea. Entonces ya no es posible remitirse, para hallar el camino recto del obrar, a la naturaleza de las cosas, sino antes bien hay que dejar a la conciencia subjetiva ponerse a teorizar sobre cómo le gustaría que fueran las cosas, y sin ser coaccionada ¡! Lo esencial es autoposeerse espiritualmente.

En la síntesis escolástica tomista, en cambio, la primacía del ser señala que, como no puede ser de otro modo, *el obrar debe seguir al ser*. De aquí se desprende que la moralidad del acto consiste en moverse rectamente en el orden ontológico natural y sobrenatural.

Pero ahora se enseña lo contrario, que es el ser el que debe seguir al obrar; porque para el personalismo la ley natural no es un *a priori*, la moralidad se encuentra subordinada a la estructura subjetiva del yo, que actúa autónomamente, *escogiéndose a sí mismo, en realidad, cada vez que escoge un valor*. Cuando se decide rectamente, según la mentalidad personalista, no es que se haya elegido la ley moral, es que se ha elegido *al yo eligiendo la ley moral*.

Es común, entonces, comenzar a hablar de la ley natural en clave tomista, para luego introducir sutiles cambios subjetivistas que trastocan el sentido de la misma. Y así, afirmar sin timidez que se es tomista sin serlo en realidad, y sin

quererlo ser. Lo comenta, precisamente, Juan Fernando Segovia, del texto antes dicho de la CTI, que hemos puesto como ejemplo: “Cuando la CTI explica la experiencia moral, comienza siguiendo a Santo Tomás con bastante rectitud (n.º 39 a 41) para girar luego hacia el personalismo” (200). Y dado que el personalismo desustancia a la persona, desustancia también la moral convirtiéndola en una cuestión de valores.

Y es que asistimos, desde el nacimiento del humanismo moderno, a un intento sistemático de transformar el orden del ser en el orden del devenir. Para ello, el ser humano se considera un proyecto total que, según la idea sembrada por Pico de la Mirandola sobre la dignidad humana, carecería de límites definidos. De esta forma, el humanismo no se reduce a un aspecto del saber, como puede ser la gramática o la retórica, sino se extiende a la totalidad del hombre, se vuelve *integral*, deviene *personalista*. El hombre sería un proceso sin *a priori* alguno; no tendría, ya, que contemplar la naturaleza de las cosas, sabiamente ordenadas por Dios; le bastaría mirarse a sí mismo y decidir qué quiere ser, a qué valor autodirigirse como causa eficiente de sí mismo. Pero, como muy bien explica Juan Fernando Segovia:

“El concepto de proyecto, aplicado a la persona, es opuesto al de unidad sustancial, en la medida que ‘proyecto’ dice de un hacerse libre y autodeterminado de algo o alguien que no está determinado, en tanto que ‘unidad sustancial’ menta una realidad individual ya existente, que ‘es’ y no se está haciendo” (206).

Esta es la mentalidad de fondo que late en *Amoris laetitia*, o en documentos como el ejemplo citado de la CTI. No es extraño, pues, que la exhortación apostólica acuda a él en busca de fundamentación, afirmando que:

“Por ello, un pastor no puede sentirse satisfecho solo aplicando leyes morales a quienes viven en situaciones ‘irregulares’, como si fueran piedras que se lanzan sobre la vida de las personas. [...] En esta misma línea se expresó la Comisión Teológica Internacional: ‘La ley natural no debería ser presentada como un conjunto ya constituido de reglas que se imponen *a priori* al sujeto moral, sino que es más bien una fuente de inspiración objetiva para su proceso, eminentemente personal, de toma de decisión’” (A.L. n. 305).

Lo dice muy clarito: no hay que considerar la ley natural un *a priori* moral, sino una fuente de inspiración “objetiva” (es decir, externa al sujeto) para el proyecto subjetivo de toma de decisión. O lo que es lo mismo: la fuente primera de la moralidad no sería la ley natural, sino la voluntad que decide. Esto es: que no es el obrar el que ha de seguir al ser (que no debería ser considerado un *a priori*) sino que el ser debe seguir al obrar, y de esta forma el sujeto pueda autocrearse, autodefinirse, autocualificarse moralmente.

Combinar tomismo y filosofía hegeliana, como pretende hacer la teología moral actualizada que intentan vendernos desde hace decenios, da malos frutos. El juicio moral dejaría de ser *teórico* (porque ya no contempla el bien en la naturaleza de las cosas, buscando en ella la verdad, según el plan divino); para pasar a hacerse *teórico*.

Y así, bajo esta óptica, resulta comprensible, por desgracia, que el mencionado documento de la CTI, en clave hegeliana, apele a la teorización invocando una supuesta *elaboración del proyecto global para la persona* (n. 79) por parte de la razón. También *Amoris laetitia* remite el juicio moral al ideal teórico, al proceso de discernimiento.

Es un rasgo moderno: desvincular la vida moral del orden creado para conceder el protagonismo a los valores ideados por la mente de cada cual, sin que la ley natural sea *el a priori decisivo*; lo principal es que cada persona pueda elaborar el proyecto ético que prefiera, y por supuesto que el Estado se lo reconozca como derecho, y a ser posible se lo subvencione generosamente. Si es un proyecto cristiano, tanto mejor. Pero si no lo fuera, ¿qué pasaría? No pasaría nada. ¿Acaso lo importante no es, para esta mentalidad, poder elegir? ¿No es un derecho casi absoluto poder autodeterminarse, y además, dicen, basado en la dignidad humana?

Mientras el pensamiento católico siga encadenado a esta manera de pensar, claramente subjetivista y antropocéntrica, poco bueno podemos esperar. La perfección moral seguirá siendo, como pretende *Amoris laetitia*, un ideal de la conciencia, un valor teórico a elegir, cuya transgresión no impediría estar en gracia. Y así, se podría pecar cincuenta veces al día y no perder la justificación.

Porque, al fin y al cabo, los actos pecaminosos serían tan solo etapas de un proyecto personal de vida, movimientos vitales de la voluntad autocreadora, determinada a lo que quiere, sin más; sin otra regla *a priori* que la propia decisión, y sin otro norte que la persona.

ALONSO GRACIÁN\*

## VII. A 90 AÑOS DE LA *QUADRAGESIMO ANNO* DE PÍO XI

El recuerdo de la *Quadragesimo Anno* de Pío XI (15 de mayo de 1931) indefectiblemente nos lleva a recordar la Carta Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (5 de mayo de 1891) y el comienzo de un camino del pensamiento social cristiano a partir de fines del siglo XIX.

1. Ante todo, Pío XI destaca dos aspectos preliminares de la *Rerum novarum*. La primera es la expresa fundamentación magisterial que el Papa Pío XI no duda en afirmar categóricamente, indicando la meditación “prudente” ante Dios Nuestro Señor en que inició sus labores, unido al “asesoramiento de los doctos” y la urgencia de “la conciencia de su apostólico oficio” (QA, 8). De este modo nos ilustra, por una parte, la relevante tarea pontificia en la materia y, por la otra, la paciente y profunda labor intelectual que debe sostener el discurso socialcristiano en tal relevante instancia.

En segundo lugar, resalta la calificación de la *Rerum Novarum* como un documento recordado como “egregio” e “insigne” (QA, 2). Desde esa perspectiva

---

\*Publicado en *Infocat*, 27.3.2021.

nos anima a revisar el amplio y sólido magisterio de León XIII, del que podríamos destacar –en el ámbito social y político– *Arcanum* (sobre la familia) del 10 de febrero de 1880; *Diuturnum* (sobre la autoridad política) del 29 de junio de 1881; *Immortale Dei* (sobre la constitución cristiana del Estado) del 1º de noviembre de 1885; *Libertas* (sobre la libertad) del 20 de junio de 1888 y *Sapientiae christianae* (sobre los deberes de los ciudadanos cristianos) del 10 de enero de 1890. Memorables documentos que nos siguen ilustrando sobre cuestiones sociales siempre vigentes: la familia, el poder, el Estado, la libertad y la educación para los casos mencionados.

2. En el mismo sentido, la *Quadragesimo Anno* afirma la necesidad de ser “fieles al consejo de San Ambrosio, según el cual ‘ningún deber mayor que el agradecimiento’...” (QA, 16), en este caso a León XIII. Se destaca la labor eclesial, en lo doctrinal, para beber en los manantiales del bien “en la defensa de los pobres y de los débiles, una caridad de padres y una constancia de pastores...”; y el incentivo a continuar en el estudio de la ciencia social y económica.

No puede soslayarse, frente a la magnitud intelectual del documento y a sus impactos prácticos, la ideologización que acosó a la Doctrina Social de la Iglesia –y, en no pocos lugares e instituciones, continúa en su labor de presunta reconstrucción o de reinterpretación a partir de las ideas dominantes del fin del siglo– en que se intentó ocultar cuando no menospreciar las iniciativas sociales que se empezaron a multiplicar con la labor de los citados pontífices. En algunos casos imbuidos en una suerte de complejo de inferioridad frente a las presuntas bondades de la sociología u otras ciencias, olvidaron este surgimiento de “una verdadera doctrina social de la Iglesia” que muchos fomentaron y enriquecieron (incluidos muchos laicos, movimientos y centros de estudios, aún en tiempos de la educación católica limitada cuando no prohibida en muchos países). En el propio texto bajo estudio se afirma que la caridad no puede encubrir jamás la injusticia, ni tolerarla ni siquiera si fuese sancionada por los legisladores, antes bien impulsa el alivio a la miseria de los pobres y marginados.

3. En la primera parte de la *Quadragesimo Anno* se pasa revista a los puntos principales de la *Rerum Novarum* (cf. QA, 16-40): la exclusión del liberalismo y del socialismo como soluciones políticas a la crisis –el primero porque fue impotente para superar los graves problemas (muchos provocados por el mismo régimen) y el segundo porque acrecienta las injusticias con remedios peores que la enfermedad–; la imperiosa necesidad de atender a la religión, en cuanto voz de la espiritualidad del ser humano en su respuesta al Evangelio de Cristo.

En la segunda parte se expone la doctrina económica y social de la Iglesia (QA, 41-98). Nuevamente, nos encontramos con una enseñanza perenne, y hoy más que nunca necesaria para volver a pregonar: la Iglesia debe dirigir a los hombres a la felicidad eterna. En esos términos, Pío XI considera impropio “inmiscuirse sin razón en estos asuntos terrenos. (*Ubi arcano*, 23 de diciembre de 1922)”, lo que no significa renunciar a interponer su autoridad –nunca en problemas técnicos– sino en aquellos en que está en juego cuestiones morales. En especial trata sobre el derecho de propiedad, entendido en términos tomistas como derecho natural secundario, nunca negándolo o relegándolo al exclusivo dominio estatal, ya que en ambos casos ello nunca redundaría en beneficio del bien común, sino como algo

“social e individual” (y de vuelta la alusión expresa a la “familia”, para que ellas “puedan atender a sus necesidades propias y a las de su familia”). Rechaza, de este modo, al individualismo y al colectivismo, así como diferencia el derecho de propiedad de su ejercicio, que debe cumplirse en plena justicia con los demás.

Por último, en la tercera parte (QA, 99-148) enuncia los cambios profundos operados después de León XIII, tanto en la economía en general como en el socialismo (hoy denominado el “socialismo real” porque las teorías políticas de antaño se habían recogido por parte de movimientos y líderes que alcanzaron el poder político, caso Lenin y Stalin, etcétera). Si bien, en el campo económico, el desarrollo industrial de la mano capitalista se abría paso aceleradamente, subsistía una extensa y mayoritaria producción agrícola y ganadera en muchos países, en el marco de dos regímenes antagónicos: la libre concurrencia y la dictadura económica.

Las consecuencias derivadas de tal escenario no pueden ser sino funestas y las soluciones propuestas se orientan al necesario equilibrio de justicia en las relaciones entre el capital y el trabajo, donde deben plasmarse los “principios de la recta razón o de la filosofía social cristiana sobre el capital y el trabajo y su mutua coordinación” (QA, 110).

El otro problema planteado, el socialismo, se encuentra dominado –dice explícitamente la Encíclica– en el marco de un “bloque violento” dominado por el comunismo, donde las restricciones a la libertad, las matanzas y la violencia sobre los pueblos se extiende con mayor virulencia hacia la Iglesia católica.

4. No obstante lo anteriormente expuesto y, sin perjuicio de los significativos aportes apuntados, debe destacarse que la exposición medular del documento es la enunciación del “principio de subsidiariedad”, expresado textualmente así:

“...sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos” (QA, 79).

Partiendo del principio antropológico que guía toda la estructuración de la ética social católica y teniendo en cuenta el margen de libertad personal de cada uno de los ciudadanos, aparte de la saludable iniciativa individual y social en cada comunidad, el enunciado recepta la libre iniciativa, la responsabilidad personal y las instancias sociales como vivificadoras de la sociedad. De tal manera aprecia que las instancias superiores o institucionales de una comunidad no deben hacer lo que las inferiores o subordinadas puedan hacer por sí, lo que alcanza en el orden político al respeto de la sociedad de fomento, barrio, localidad, departamento, provincia, etc., frente al Estado nacional; o en el orden económico la libre empresa en el marco regulatorio claro e igualitario por parte de las autoridades competentes, y así en todas las demás expresiones sociales.

Este principio de subsidiariedad es de particular importancia para la Argentina de hoy, tentada por los estatismos en toda instancia de su estructura jurídico-política a lo que se suma el facilismo de dictar leyes en el marco de una “pseudoresponsabilidad intransferible del estado”, en cuyo marco presenciamos diariamente su intromisión en la responsabilidad ineludible de los padres frente a sus hijos y en otros tantos aspectos de la vida social.

En definitiva, el documento promueve remedios concretos: la cristianización de la vida económica mediante la justa distribución de las riquezas en el marco de una mayor atención a la ley de la caridad, que es vínculo de perfección.

ENRIQUE A. AGUIRRE\*

## VIII. ANTE LO QUE PASA EN EL MUNDO

Ante la situación del mundo surgen continuamente preguntas: ¿qué está pasando realmente? ¿Quiénes son los protagonistas de las decisiones más importantes? ¿Existen planes y agendas para controlar el futuro?

No resulta fácil encontrar respuestas bien fundamentadas. En parte, por la complejidad de los hechos. En parte, por la existencia de desinformaciones. En parte, porque hay quienes actúan detrás del escenario de algunos acontecimientos que dejan una huella profunda en el mundo.

A pesar de tantas dificultades, es posible retomar un análisis sencillo que permite comprender un poco mejor lo que pasa a nuestro alrededor. Fue escrito por san Agustín, precisamente en un momento de grandes cambios en lo que era el Imperio romano.

El análisis es conocido en su formulación más sintética: “dos amores construyeron dos ciudades, el amor a sí mismo hasta el desprecio de Dios, la terrena, y el amor a Dios hasta el desprecio de sí mismo, la celeste” (San Agustín, “La ciudad de Dios”, libro XIV, 28).

El texto refleja las dos opciones que cada ser humano, en lo personal y en grupo, tiene ante sí. La primera surge desde ese amor propio que termina en el desprecio de Dios. La segunda arranca del amor a Dios que lleva al desprecio de uno mismo.

El texto de san Agustín desarrolla algunos detalles que diferencian a las dos ciudades. El primero consiste en el tipo de gloria: la ciudad terrena se glorifica a sí misma, la ciudad terrena se orienta a dar gloria a Dios.

La segunda diferencia radica en el deseo de dominio: la ciudad terrena busca someter, controlar, esclavizar, desde una ambición de poder que genera tantos males. La ciudad celeste se construye desde el servicio, la renuncia, la entrega.

La tercera diferencia radica en la fortaleza: la ciudad terrena está en manos de los poderosos (hoy diríamos, en quienes viven de la violencia, del abuso, de la

---

\*Publicado en *Revista Argentina (Tercera Época)*, Buenos Aires, 12.7.2021.

explotación de los débiles). La ciudad celeste recurre a Dios como su verdadera fortaleza.

La cuarta diferencia está en el modo de buscar los bienes (del cuerpo o del alma, o ambos). La ciudad terrena los busca sin conocer ni dar gracias a Dios, hasta llegar a la idolatría. La ciudad celeste piensa y vive según la verdadera piedad, la que rinde culto a Dios y busca que Él llegue a ser todo en todos.

Ante lo que pasa en el mundo, ante los miedos difundidos en la prensa, ante los proyectos defendidos por intelectuales o por organizaciones nacionales o internacionales, ante las decisiones de los parlamentos y los gobiernos, hay que preguntarnos siempre: ¿qué amores mueven a unos y a otros?

Quienes buscan construir un presunto mundo perfecto lejos de Dios, incluso contra Dios, están bajo el influjo del mal, y llevan al pecado, con todas sus consecuencias nefastas a lo largo de los siglos y también en nuestros días.

En cambio, quienes trabajan por un mundo abierto a Dios y, por lo mismo, orientado hacia el bien temporal y eterno de cada ser humano, permiten la conversión auténtica, promueven decisiones basadas en la esperanza, y trabajan por el triunfo de una civilización del amor y de la verdadera paz.

P. FERNANDO PASCUAL\*

---

\*Publicado en *Portaluz*, 2.4.2021.



# DOCUMENTOS



RADIO MESSAGE OF HIS HOLINESS PIUS XII TO  
PARTICIPANTS IN THE NATIONAL CATECHETICAL  
CONGRESS OF THE UNITED STATES IN BOSTON\*

Pontifical Palace in Castel Gandolfo

Saturday, 26 October 1946

Venerable brethren of the Episcopate, beloved sons of the clergy secular and regular, Our most dear children of the laity, members all of the Body of Christ (1 Cor. 12, 27), what wonder that you have responded with such loyal and holy enthusiasm to the invitation of Boston's zealous and large-hearted Archbishop, and from the wide-spread sections of the three Americas have flocked to this National Congress! That Body of which you are members has been threatened. That Body of Christ which is His Church (Eph. 1, 23), is menaced not only by hostile powers from without, but also by the interior forces of weakness and decline. You have been alerted to the danger. The growing weakness, the devitalizing process that has been going on –We speak with sorrow in Our heart– going on in not a few parts of the Church is due chiefly to an ignorance or at best a very superficial knowledge of the religious truths taught by the loving Redeemer of all.

Oh, We are fully aware of the magnificent results being achieved in the Catholic missions among the infidels throughout the world: three million and more receiving instruction in the Faith, almost half a million entering the Church each year. Nor does the instruction of the new converts cease at their baptism; with the glowing fervour of those who have found an unsuspected treasure they are eager to increase and deepen their knowledge of eternal Truth; and the missionaries, priests, brothers and sisters assisted by their devoted lay catechists do not fail them. But your Congress has been interested rather in those who live in countries where the true Faith has flourished for generations, in those also who were born of Catholic parents and duly baptized; and these We have in mind when We say that the vigour of the Church and its growth are menaced by their failure really to grasp the Truth they profess.

On the eve of His passion, having finished the Last Supper, only a brief hour or two before He entered into the crushing agony of Gethsemane, surrounded by His Apostles, who for all their weakness of the moment clung to Him with

---

\**Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, VIII, Ottavo anno di Pontificato, 2 marzo 1946 - 1° marzo 1947, pp. 285-289. Tipografia Poliglotta Vaticana.

the deepest affection of their hearts, Jesus raising His eyes to heaven spoke: "Father, the hour has come! Glorify Thy Son, that Thy Son may glorify Thee... in order that to all whom Thou hast given Him He may give everlasting life. This is everlasting life, that they may know Thee, the only true God, and him whom Thou hast sent, Jesus Christ" (*Jo.* 17, 1-3).

To know the only true God, to know that He is, to know who He is: that is the first and indispensable step towards life ever-lasting. Now God is not an empty word applied to some phantom conjured up out of the black caves of paganism. God is not some abstract idea decked out by scholars in alluring language to catch the adulation of vain and self-centered men and women; nor is he to be identified with the more palpable institution called the State, which at times would presume to vaunt itself the source and end of all man's rights and duties and liberties. Before the beginning of all these things the only true God, your God, was existing. He transcends all that is; and all that is, derives its being from Him. "Before the mountains were made or the earth and the world was formed, from eternity to eternity Thou art God" (*Ps.* 89, 2). "In the beginning, O Lord, Thou didst found the earth, and the heavens are the works of thy hands. They shall perish, but Thou remainest; all of them shall grow old like a garment, but Thou art always the self-same and Thy years shall not fail" (*Ps.* 101, 26-28). Millions may hurry along the streets of great cities absorbed in their business or pleasure or sorrows with never a thought of God; yet the only true God is no less real; it is He who sustains them in their existence. Men gather to enact the laws of a people, or with the praise-worthy purpose of lifting their fellow-men out of the morass of misery and despair sown by injustice, the while they deliberately exclude recognition of the supreme law-giver and universal sovereign; yet the only true God is no less real for all that. And if He has given to His creature, man, the spiritual capacity to deliberate and willfully to act, He will most certainly demand of him a strict accounting of his thoughts and conduct. St. Paul made that clear when he wrote to the Romans: "We shall all stand at the judgment-seat of God... everyone of us will render an account for himself to God" (*Rom.* 14, 11-12).

Is not this denial or neglect of God, Creator and Supreme Judge of man, the fountainhead of the rising flood of evil that appalls the serious-minded today, and strews the path of human life with so many broken homes? If men believing in God, to echo St. Paul again, if men believing in God do not glorify Him as God and give thanks; if their faith is kept in a hidden closet of their private chamber, while immodesty, malice, avarice and all manner of wickedness are given full use of the drawing-room and public resorts, is it surprising that God should give them up in the lustful desires of their heart to uncleanness, so that women have changed the natural use for that which is against nature, men become full of envy and murder, contention, hateful to God, irreverent, proud, haughty, disobedient to parents, without affection, without fidelity, without mercy? (*Rom.* 1, 18-32). Men must be brought to be conscious of the fact of God's existence, of their utter dependence on His power and love and mercy, and of their moral obligation to shape their daily lives according to His most holy will.

And is that will so difficult to learn? Has not God made it clear to those who seek to know? In the first of the two letters which he sent to this congregation at Corinth St. Paul reminds them that when he first came among them he professed to know only one subject. It was Jesus Christ, and Him crucified. Now St. Paul was a learned and cultured man, well read in the law, a university man he would be called today; yet as pastor of souls he had only one absorbing interest, one consuming desire, to bring his people to Jesus Christ, crucified. For this, he knew it, is eternal life to know the only true God and Him whom He sent, Jesus Christ.

To know Jesus crucified is to know God's infinite love for man. "By this hath the charity of God appeared towards us, because He hath sent his only begotten Son into this world, that we may live by Him" (1 Jo. 4, 9). "And we have seen", again it is the disciple whom Jesus loved speaking, "and to testify that the Father hath sent His Son to be the Saviour of the world (1 Jo. 4, 14). "If God has so loved us, we also ought to love one another" (*ibid.* II).

To know Jesus crucified is to know God's horror of sin; its guilt could be washed away only in the precious blood of God's only begotten Son become man.

Perhaps the greatest sin in the world today is that men have begun to lose the sense of sin. Smother that, deaden it –it can hardly be wholly cut out from the heart of man– let it not be awakened by any glimpse of the God-man dying on Golgotha's cross to pay the penalty of sin, and what is there to hold back the hordes of God's enemy from over-running the selfishness, the pride, the sensuality and unlawful ambitions of sinful man? Will mere human legislation suffice? Or compacts and treaties? In the Sermon on the Mount the divine Redeemer has illumined the path that leads to the Father's will and eternal life; but from Golgotha's gibbet flows the full and steady stream of graces, of strength and courage, that alone enable man to walk that path with firm and unerring step.

Those graces are channelled to your souls through the Church. Christ's work was not wholly accomplished at his death. In one sense it was only beginning. He has finished, finished perfectly the work assigned him by the Father to do in his mortal body. But He would live on to ensure that his beloved creatures should profit by the redemption He had wrought. And so He told his disciples that He was going to build a church; its foundation, the basis of its strength and unity, would be one of them, Peter. Impregnable against the powers of evil, imperturbable amid the crash of mere human institutions, deriving always its comprehensiveness and its oneness from him who in an unbroken, continuous line would be the successor of the first Christ-Vicar, it was to carry on until time and space are no more, until the book of human history is closed. He gave it the divine mandate to go forth and to teach all men of all nations. It would be the pillar and mainstay of the truth. It would be the holy mother imparting to her children a life of faith and sanctity which is the pledge of everlasting life. It would be his beloved spouse, for whom he delivered himself up, that He might sanctify her... that she might be holy and without blemish (*Eph.* 5, 26 ff.).

That is the soul-stirring challenge sent from the Heart of Christ to the National Congress, as it brings to a close the crowded days of spiritual and apostolic activity: that the Church might be holy and without blemish. It cannot be such, unless its members understand the fullness of the beauty of their Faith and of their obligations as members of Christ's Body. For surely to be obliged to be holy and without blemish in the sight of God is a beautiful thing, is it not? It is to reflect, however imperfectly, the sheer white holiness of God.

Instruction then is necessary, it is indispensable, not only for children in Sunday-schools and growing youth in higher classes. Religious instruction should hold a place of honour in college and university curricula. Millions, you well know, never enter college or university; and yet from their number will come leaders in important spheres of your national life. Are they to approach their tasks with the most meagre, shallow knowledge of their God, of their loving Redeemer and their Mother the Church? What a vast harvest is opened up to your zealous labours! And how deep is the consolation that fills Our paternal heart when We hear of the constantly increasing strides you are making, under the stimulating guidance and example of your Bishops, towards reaping that harvest! Priests will not suffice for the work; the sisters, to whom the Church in America owes such an incalculable debt, will not suffice. The laity must lend their valiant cooperation; and first of all Catholic parents should deem it their sacred duty to equip themselves so that they may be able to explain at least the simpler catechisms to their inquiring children.

This year and this month the Church is commemorating the third century that has passed since that giant of a hero, Isaac Jogues, and his lay companion, John Lalande, won the glory of martyrdom near Auriesville in what is now the State of New York. You are familiar with their story of zeal, suffering, sacrifice. They were catechists, come to teach the truths of God's revelation in the new world. You are successors to their apostolate. They have joined the white-robed army of martyrs before the throne of the Lamb; but their affection for the land of their adoption and their glory is all the stronger. With confidence, then, We appeal to their powerful intercession in behalf of the Confraternity of Christian Doctrine, while as a token of Our keen, paternal interest We impart to all its members and especially to all who have taken part in the Eighth National Congress in Boston the Apostolic Benediction\*\*.

---

\*\*Vid, sobre la pérdida del sentido de pecado su parágr. 5.

JUAN PABLO II  
AUDIENCIA GENERAL  
Miércoles 12 de noviembre de 1986

EL PECADO COMO ALIENACIÓN DEL HOMBRE

1. Las consideraciones sobre el pecado desarrolladas en este ciclo de nuestras catequesis, nos obligan a volver siempre a ese primer pecado del que se habla en *Gén 3*. San Pablo se refiere a él como a la “desobediencia” del primer Adán (cf. *Rom 5, 19*), en conexión directa con esa *transgresión del mandamiento del Creador* concerniente al “árbol de la ciencia del bien y del mal”. Aunque una lectura superficial del texto puede dar la impresión de que la prohibición se refería a una cosa irrelevante (“no debéis comer del fruto del árbol”), quien hace un análisis de él más profundo se convence con facilidad de que el contenido aparentemente irrelevante de la prohibición *simboliza una cuestión totalmente fundamental*. Y esto aparece en las palabras del tentador quien, para persuadir al hombre a que actúe contra la prohibición del Creador, lo anima con esta instigación: “Cuando comáis de él, se os abrirán los ojos, y seréis como Dios en el conocimiento del bien y del mal” (*Gén 3, 5*).

2. A la luz de este hay que entender, según parece, que ese árbol de la ciencia y la prohibición de comer sus frutos tenían el fin de recordar al hombre que no es *como Dios*: ¡es solo una criatura! Sí, *una criatura particularmente perfecta porque está hecha a imagen y semejanza de Dios*, y con todo, siempre y *solo una criatura*. Esta era la verdad fundamental del ser humano. El mandamiento que el hombre recibió al principio incluía esta verdad expresada en forma de advertencia: Recuerda que eres una criatura llamada a la amistad con Dios y solo Él es tu Creador: “¡No quieras ser lo que no eres! No quieras ser “como Dios”. *Obra según lo que eres*, tanto más cuanto que *esta es ya una medida muy alta*: la medida de la “imagen y semejanza de Dios”. Esta te distingue entre las criaturas del mundo visible, te coloca sobre ellas. Pero al mismo tiempo la medida de la imagen y semejanza de Dios *te obliga a obrar en conformidad con lo que eres*. Sé pues fiel a la Alianza que Dios-Creador ha hecho contigo, criatura, desde el principio.

3. Precisamente esta *verdad*, y por consiguiente el *principio primordial* de comportamiento del hombre, no solo ha sido puesto en duda por las palabras del tentador referidas en *Gén 3*, sino que además ha sido *radicalmente contestado*. Al pronunciar esas palabras tentadoras, la “antigua serpiente”, tal como le llama el *Apocalipsis* (*Ap 12, 9*), formula por primera vez un criterio de interpretación al que recurrirá luego el hombre pecador muchas veces intentando afirmarse a sí mismo e incluso crearse una ética sin Dios: es decir, el criterio según el cual Dios es “alienante” para el hombre, de modo que si este quiere ser él mismo, ha de acabar con Dios (cf., por ejemplo, Feuerbach, Marx, Nietzsche).

4. La palabra “alienación” presenta diversos matices de significado. En todos los casos indica la *usurpación* de algo que es propiedad de otro. ¡El tentador de *Gén*

3 dice por primera vez que el Creador ha “usurpado” lo que pertenece al hombre-criatura! Atributo del hombre sería pues el “ser como Dios” lo cual tendría que significar la exclusión de toda dependencia de Dios. De este presupuesto metafísico deriva lógicamente el rechazo de toda religión como incompatible con lo que el hombre es. De hecho, las *filosofías ateas* (o antiteístas) *sostienen que la religión es una forma fundamental de alienación* mediante la cual el hombre se priva o se deja expropiar de lo que le pertenece exclusivamente a su ser humano. Incluso al crearse una idea de Dios, el hombre se aliena a sí mismo, porque renuncia, en favor de ese Ser perfecto y feliz imaginado por él, a lo que es originaria y principalmente *propiedad suya*. La religión a su vez acentúa, conserva y alimenta este estado de autodesposesión en favor de un Dios de creación “idealista” y por eso es uno de los principales coeficientes de la “expropiación” del hombre, de su dignidad, de sus derechos.

5. Sobre esta falsa teoría, tan contraria a los datos de la historia y a los datos de la psicología religiosa, quisiera hacer notar aquí que presenta varias analogías con la narración bíblica de la tentación y de la caída. Es significativo que *el tentador* (“la antigua serpiente”) de *Gén 3*, no ponga en duda la existencia de Dios, y ni siquiera niegue directamente la realidad de la creación; es verdad que en ese momento histórico eran para el hombre hasta demasiado *obvias*. Pero, a pesar de ello, el tentador –en la propia experiencia de criatura rebelde por decisión libre– intenta meter en la conciencia del hombre ya *al principio*, casi en “germen”, lo que constituye el núcleo de la *ideología de la alienación*. Y con ello opera una radical inversión de la verdad sobre la creación en su esencia más profunda. En lugar del Dios que dona generosamente al mundo la existencia, del Dios-Creador, en las palabras del tentador, en *Gén 3*, se presenta a un Dios “usurpador” y “enemigo” de la creación, y especialmente del hombre. En realidad el hombre es precisamente el destinatario de una particular dádiva divina, al haber sido creado “a imagen y semejanza de Dios”. De este modo la verdad es excluida por la no-verdad; es *cambiada en mentira*, porque queda manipulada por el “padre de la mentira”, tal como el Evangelio llama al que ha obrado esta falsificación al “principio” de la historia humana: “El es homicida desde el principio... porque la verdad no estaba en él. Cuando habla la mentira, habla de lo suyo propio, porque él es mentiroso y padre de la mentira” (*Jn 8, 44*).

6. *Al buscar la fuente de esta mentira*, que se encuentra al principio de la historia como raíz del pecado en el mundo de los seres creados y dotados de la libertad a imagen del Creador, vienen nuevamente a la memoria las palabras del gran Agustín: *Amor sui usque ad contemptum Dei* (*De Civitate Dei*, XIV, 28: *PL 41, 438*). La mentira primordial tiene su fuente en el odio, que lleva al desprecio de Dios: *contemptus Dei*. Esta es la medida de negatividad moral que se ha reflejado en el primer pecado del hombre. Esto hace comprender mejor lo que San Pablo enseña cuando califica el pecado de Adán como “desobediencia” (cf. *Rom 5, 19*). El Apóstol no habla de *odio directo a Dios, sino de “desobediencia”, de oposición a la voluntad del Creador*. Este será el carácter principal del primer pecado de la historia del hombre. Bajo el peso de esta herencia *la voluntad del hombre debilitada e inclinada hacia el mal*, estará permanentemente expuesta a la *influencia del “padre de la mentira”*. Esto se constata en las distintas épocas de la historia.

Lo atestiguan en nuestros tiempos los varios modos de negación de Dios, desde el agnosticismo al ateísmo e incluso antiteísmo. De diversos modos se inscribe en ellas *la idea del carácter "alienante" de la religión* y de la moral que encuentra en la religión la propia raíz, precisamente tal como había sugerido al principio el "padre de la mentira".

7. Pero si se quiere mirar la realidad sin prejuicios y llamar a las cosas por su nombre, hemos de decir francamente que *a la luz de la Revelación y la fe*, hay que dar la vuelta a la teoría de la alienación. ¡Lo que lleva a la alienación del hombre es precisamente el pecado, es únicamente el pecado! Es precisamente el pecado el que desde el "principio" hace que el hombre esté en cierto modo "desheredado" de su propia humanidad. El pecado "quita" al hombre, de diversos modos, lo que decide su verdadera dignidad: la de imagen y semejanza de Dios. ¡Cada pecado en cierto modo "reduce" esta dignidad! Cuanto más "esclavo del pecado se hace el hombre" (Jn 8, 34), tanto menos goza de la libertad de los hijos de Dios. Deja de ser dueño de sí, tal como exigiría la estructura misma de su ser persona, es decir, de criatura racional, libre, responsable.

La Sagrada Escritura subraya con eficacia este concepto de alienación, mostrando una triple dimensión: la alienación del pecador de *sí mismo* (cf. Sal 57/58, 4: *alienati sunt peccatores ab utero*), de Dios (cf. Ez 14, 7: [*qui*] *alienatus fuerit a me*; Ef 4, 18: *alienati a vita Dei*), de la comunidad (cf. Ef 2, 12: *alienati a conversatione Israel*).

8. El pecado es por lo tanto no solo "contra" Dios, sino también *contra el hombre*. Tal como enseña el Concilio Vaticano II: *El pecado merma al hombre, impidiéndole lograr su propia plenitud* (*Gaudium et spes*, 13). Es esta una verdad que no necesita probarse con elaboradas argumentaciones. Basta simplemente constatarla. Por lo demás, ¿no ofrecen quizá elocuente confirmación de ello tantas obras de la literatura, del cine, del teatro? En ellas el hombre aparece debilitado, confundido, privado de un centro interior, enfurecido contra sí y contra los otros, dominado por no-valores, esperando a alguien que nunca llega, casi con la experiencia del hecho de que, una vez perdido el contacto con el Absoluto, acaba perdiéndose a sí mismo.

Por eso es suficiente *referirse a la experiencia*, tanto a la interior como a la histórico-social en sus distintas formas, para convencerse de que *el pecado es una enorme "fuerza destructora"*: destruye con virulencia engañosa e inexorable el bien de la convivencia entre los hombres y las sociedades humanas. Precisamente por eso se puede hablar justamente del *pecado social* (cf. *Reconciliatio et paenitentia*, 16). Pero dado que en la base de la dimensión social del pecado se encuentra siempre el pecado personal, hace falta sobre todo poner de relieve, *lo que el pecado destruye en cada hombre*, su sujeto y artífice, considerado en su concreción de persona.

9. A este propósito merece citarse una observación de Santo Tomás de Aquino, según el cual, del mismo modo que en cada acto moralmente bueno el hombre como tal se hace mejor, así también en cada acto moralmente malo el hombre como tal se hace peor (cf. I-II q.55, a. 3; q. 63, a. 2). El pecado, pues, destruye en el hombre ese bien que es esencialmente humano, en cierto sentido "quita"

al hombre ese bien que le es propio, “usurpa” al hombre a sí mismo. En este sentido, “quien comete pecado es esclavo del pecado”, como afirma Jesús en el Evangelio de Juan (*Jn* 8, 34). Esto es precisamente lo que está contenido en el concepto de “alienación”. El pecado, pues, es la verdadera “alienación” del ser humano racional y libre. Al ser racional compete tender a la verdad y existir en la verdad. *En lugar de la verdad sobre el bien, el pecado introduce la no verdad*: el verdadero bien es eliminado por el pecado en favor de un bien “aparente”, que no es un bien verdadero, habiendo sido eliminado el verdadero bien en favor del “falso”.

La alienación que acontece con el pecado toca la esfera cognoscitiva, pero a través de la conciencia afecta a la voluntad. Y lo que entonces sucede en el terreno de la voluntad, lo ha expresado quizá del modo más exacto San Pablo al escribir: “El bien que quiero hacer no lo hago; el mal que no quiero hacer, eso es lo que hago. Entonces, si hago precisamente lo que no quiero, señal que no soy yo el que actúa, sino el pecado que llevo dentro. Cuando quiero hacer lo bueno, me encuentro inevitablemente con lo malo en las manos. ¡Desgraciado de mí! (*Rom* 7, 19-20. 21. 24).

10. Como vemos, la real “alienación” del hombre –la alienación de un ser hecho a imagen de Dios, racional y libre– no es más que la esclavitud del pecado (*Rom* 3, 9). Y este aspecto del pecado lo pone de relieve con toda fuerza la Sagrada Escritura. El pecado es no solo “contra” Dios, es al mismo tiempo “contra” el hombre.

Ahora bien, si es verdad que el pecado implica según su misma lógica y según la Revelación, castigos adecuados, el primero de estos castigos es el pecado mismo. ¡Mediante el pecado el hombre se castiga a sí mismo! En el pecado está ya inmanente el castigo, alguno se atreve a decir: ¡Está ya el infierno, como privación de Dios!

“¿Pero me ofenden a mí –pregunta Dios por medio del Profeta Jeremías–, no es más bien a ellos para su vergüenza?” (*Jer* 7, 19). “Sírvente de castigo tus perversidades, y de escarmiento tus apostasías” (*Jer* 2, 19). Y el Profeta Isaías lamenta: “Nos marchitamos como hojas todos nosotros, y nuestras iniquidades como viento nos arrastran... Has ocultado tu rostro de nosotros y nos has entregado a nuestras iniquidades” (*Is* 64, 5-6).

11. Precisamente este “entregarse (o autoentregarse) del hombre a sus iniquidades” explica del modo más elocuente el significado del pecado como alienación del hombre. Sin embargo, el mal no es completo o al menos es remediable, mientras el hombre es consciente de ello, mientras conserva el sentido del pecado. Pero cuando falta también esto, es prácticamente inevitable la caída total de los valores morales y se hace terriblemente amenazador el riesgo de la perdición definitiva. Por eso, hemos de recordar siempre y meditar con gran atención estas graves palabras de Pío XII (una expresión que se ha hecho casi proverbial): *El pecado del siglo es la pérdida del sentido del pecado* (cf. *Discorsi e Radiomessaggi*, VIII, 1946, 288).

## ¿QUÉ IBA A ANUNCIAR SAN JUAN PABLO II EL DÍA DE SU ATENTADO, HACE 40 AÑOS?

Hoy, día 13, Nuestra Señora de Fátima se cumplen 40 años del atentado que sufrió San Juan Pablo II en la Plaza de San Pedro, cuando saludaba a los fieles y se dirigía a la Audiencia.

Se conoce al autor material, Ali Agca. A pesar de las sospechas no se ha podido demostrar la existencia de servicios secretos como autores intelectuales. Las dudas ahí siguen. Desconozco lo que había detrás de ese atentado, pero era un día señalado por otros motivos, por un anuncio. Al margen de las motivaciones políticas, intentar detener lo que el Papa iba a anunciar, el día de la Virgen de Fátima, convirtió ese día también en una metáfora. *Remasterizo* lo que escribí hace unos años.

Era 1981, no nos enterábamos de las noticias por Internet. *La confusión era enorme*, en especial los días siguientes, en los que la vida del Papa pendía de un hilo. A los que vivimos aquello, yo era muy jovencito, se nos quedó grabado que el amor al Papa no tenía tanto que ver con la papolatría o derivados como con el cariño, un cariño filial, fuerte y sobrenatural.

Resultó que el hilo era muy resistente, estaba sujetado por Nuestra Madre, *Nuestra Señora de Fátima*, como Juan Pablo II reconoció en más de una ocasión. El entonces Cardenal Ratzinger lo confirmaba en la explicación sobre el "Tercer Secreto de Fátima":

¿No podía el Santo Padre, cuando después del atentado del 13 de mayo de 1981 se hizo llevar el texto de la tercera parte del "secreto", reconocer en él su propio destino? Había estado muy cerca de las puertas de la muerte y él mismo explicó el haberse salvado, con las siguientes palabras: "...fue una mano materna a guiar la trayectoria de la bala y el Papa agonizante se paró en el umbral de la muerte" (13 de mayo de 1994).

De aquella "Audiencia", que no llegó a celebrarse, *sí se guarda el texto del discurso que iba a pronunciar*, una bella conmemoración del 90 aniversario de la publicación de la Encíclica "Rerum Novarum" y una *alocución con un anuncio importante sobre la familia y la vida*. Impresiona la narración "oficial" en *L'Osservatore Romano*, ed. en español, 17 de mayo de 1981, página 287:

La audiencia general del miércoles 13 de mayo pasa a la historia por el triste episodio del sacrilego atentado contra el Papa, sobre el que referimos en la pág. 1. En realidad la audiencia no llegó a celebrarse. A las 5 de la tarde, la plaza de San Pedro estaba inundada de fieles: de 30 a 40 mil romanos y peregrinos. Entre ellos estaban los siguientes grupos de habla hispana: religiosas del Instituto de Hijas de María; religiosas de las Escuelas Pías, que toman parte en su IV conferencia general; el consejo general y las provinciales de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús; peregrinos de México, Guatemala, Bolivia y Argentina; y la peregrinación de la catedral de Castelló de Ampurias (Gerona), así como un grupo de matrimonios españoles. El Papa

entró en la plaza en su “jeep” blanco y pasó, como siempre, junto a las vallas saludando a los presentes. Apenas había terminado de dar la primera vuelta, cuando sucedió el atentado. La inmensa multitud quedó atónita y sumida en la más profunda consternación. La única reacción común fue la plegaria. Los altavoces explicaron lo acaecido y la inmensa asamblea comenzó a rezar... La voz del Vicario de Cristo no llegó a oírse. Juan Pablo II tenía preparados sus discursos. [...]

Publicamos estos textos que, aunque no han sido leídos, pasan a formar parte de las “enseñanzas pontificias” con un carácter especial por las circunstancias en que no fueron pronunciados.

El anuncio era nada más y nada menos que la primera decisión tomada a raíz del Sínodo sobre la Familia, la creación del “Pontificio Consejo para la Familia” (en *Motu proprio* firmado unos días antes) y del “Instituto internacional de Estudios sobre matrimonio y familia”, el luego llamado “Pontificio Instituto Juan Pablo II para estudios sobre el Matrimonio y la Familia” en la Universidad de la diócesis del Papa, la Lateranense:

Deseo anunciaros ahora que *con el fin de responder adecuadamente a las expectativas sobre problemas concernientes a la familia*, expresadas por el Episcopado del mundo entero, sobre todo con ocasión del último Sínodo de los Obispos, he considerado oportuno instituir el “Pontificio Consejo para la Familia” que sustituirá al *Comité para la Familia* que, como es sabido, dependía del Pontificio Consejo para los Laicos.

A este nuevo organismo –que estará presidido por un cardenal coadyuvado por un consejo de presidencia formado por obispos de distintas partes del mundo– corresponderá promover la pastoral de la familia y el apostolado específico en el campo familiar, aplicando las enseñanzas y orientaciones impartidas por las instancias competentes del Magisterio eclesial, para que se ayude a las familias cristianas a cumplir la misión educativa, evangelizadora y apostólica a que están llamadas.

Además he decidido fundar en la Pontificia Universidad Lateranense, que es la Universidad de la diócesis del Papa, un “Instituto internacional de Estudios sobre matrimonio y familia” que comenzará su actividad académica el próximo octubre. Dicho instituto se propone prestar a toda la Iglesia la aportación de la reflexión teológica y pastoral sin la que la misión evangelizadora de la Iglesia se vería privada de una ayuda esencial. Será un lugar donde la verdad sobre el matrimonio y la familia se estudie a fondo a la luz de la fe y con la contribución también de las distintas ciencias humanas.

Pido a todos que acompañen con la oración estas dos iniciativas que quieren ser un signo más de la solicitud y estima de la Iglesia hacia la institución matrimonial y familiar, y de la importancia que esta le atribuye en orden a su propia vida y a la vida de la sociedad.

Los frutos de ambas instituciones son, fueron, evidentes. Y cualquiera con un mínimo de experiencia en gestión sabe que *la estructura responde a las prioridades*. No solo en grandes empresas o ministerios. En cualquier familia al niño enfermo, si hace falta, se le cambia de cama o de cuarto para poder vigilarle de

cerca, para poder saber qué fiebre tiene a cualquier hora de la noche o poder suministrarle la medicina que prescribió el médico, aunque no le apetezca o le sepa mal, aunque no sea consciente de que sabe a fresa y es necesaria para que se ponga bueno.

En un hospital, sea de campaña o no, la unidad de cuidados o de vigilancia, está situada de modo que sea sencillo el acceso a todos los especialistas y equipos.

Del Sínodo de la Familia de 1980 nos quedó una espectacular Exhortación apostólica, el Consejo Pontificio para la Familia y la Academia para la Vida. Da la sensación de que lo que no consiguió detener la bala de Agca se esté consiguiendo por otros medios. Es una pena dilución en un *megadicasterio*, y el rumbo que está tomando la Academia y el Instituto.

El papa santo sobrevivió. Su médico, Rodolfo Proetti contaba en 2008:

¿Por qué se salvó del atentado? Si por nosotros los médicos o por otros medios; no lo sabré nunca. Lo que sí sé es que Juan Pablo II recuperó casi perfectamente su forma física. Recuerdo que siempre nos decía a los médicos: Me fío de vuestra competencia y de la Divina Providencia, o sea, que se fiaba, pero con reservas.

El Consejo y el Instituto comenzaron a rodar. En noviembre de 1981 el Papa nos regaló la "*Familiaris Consortio*"; a los pocos meses, al cumplirse un año del atentado, realizaba un viaje apostólico –y de acción de gracias– a Fátima.

Unos tres años antes de fallecer, el Cardenal Caffarra, a quien Juan Pablo II encargó poner en marcha estas iniciativas desvelaba el contenido de la carta que le envió Sor Lucía y que se encuentra en el archivo del Instituto:

Al inicio de este trabajo –cuenta el Cardenal– *escribí a sor Lucía de Fátima, a través del obispo*, porque directamente no se podía hacer. Inexplicablemente, aunque no esperaba una respuesta, porque le pedía solo oraciones, *me llegó a los pocos días una larguísima carta autógrafa*, que hoy está en los archivos del Instituto.

En esa carta de Sor Lucía está escrito que *el enfrentamiento final entre el Señor y el reino de Satanás será sobre la familia y sobre el matrimonio*.

No tenga miedo, añadía, porque quien trabaje por la santidad del matrimonio y de la familia será siempre combatido y odiado de todas formas, porque este es el punto decisivo.

Tanto en 1981 como hoy el panorama *siempre es esperanzador*, como Juan Pablo II, lo afrontamos abandonados en la Divina Providencia, al cuidado de los que competentemente tienen que actuar y con las palabras reconfortantes del Cardenal Ratzinger en la explicación del Tercer secreto:

Que una "mano materna" haya desviado la bala mortal muestra solo una vez más que no existe un destino inmutable, que la fe y la oración son poderosas, que pueden influir en la historia y, que al final, la oración es más fuerte que las balas, la fe más potente que las divisiones.

JUANJO ROMERO\*

---

\*Publicado en *Infocat*, 13.5.2021.

## CARDENAL DZIWI SZ: JUAN PABLO II “PAGÓ UN ALTO PRECIO PERO EL INTENTO DE ASESINATO NO INTERRUMPIÓ SU MISIÓN”

“El atentado contra Juan Pablo II fue la consecuencia de su firme exigencia de respeto a los derechos humanos, especialmente en el contexto de la esclavitud del totalitarismo. En aquella época, un Papa así era incómodo para muchos”. Así lo asegura el cardenal Stanislaw Dziwisz en el 40º aniversario del atentado

El cardenal Dziwisz señala en declaraciones a Polskifr.fr que San Juan Pablo II se pronunció con firmeza, desde el principio de su pontificado, en defensa de los pueblos perseguidos y oprimidos y de las sociedades esclavizadas por el totalitarismo.

“Él mismo procedía de *Polonia, un país que vivió las atrocidades del nazismo y del comunismo en el siglo XX*. Comprendió perfectamente el daño causado por la violencia totalitaria utilizada por las autoridades contra ciudadanos individuales y sociedades enteras. Por eso exigió con firmeza que se respetaran los derechos y la dignidad de todos los seres humanos. Pagó un alto precio por ello, pero el intento de asesinato no interrumpió su misión”, dijo el veterano secretario de San Juan Pablo II.

Añadió que *los momentos posteriores al intento de asesinato fueron muy dramáticos* porque el Papa estuvo en serio peligro de perder la vida a causa de las heridas. “Sosteniendo al Santo Padre desplomado y sangrando mucho, yo estaba conmovido; pero sabía que teníamos que actuar para salvar su vida”. San Juan Pablo II, a pesar del dolor, mantuvo la calma, se encomendó a Dios y a María, y ya por el camino hacia el hospital, *perdiendo el conocimiento, me dijo que perdonaba al asesino*”, recuerda el cardenal Dziwisz.

También destaca que, tras su convalecencia, San Juan Pablo, *a pesar de las medidas de seguridad introducidas, no evitó los encuentros con la gente* y las peregrinaciones al extranjero, y siguió predicando su mensaje con valentía. “Dijo repetidamente que su vida se había salvado gracias a María. Visitó al asesino en la cárcel y habló con él durante un rato. Los enemigos del Papa no consiguieron detenerle con la violencia; tenía una misión encomendada por Dios, que siguió hasta el final”, señaló el cardenal Dziwisz\*.

---

\*Infocat, 13/05/2021.

DISCORSO DI SUA SANTITÀ PIO PP. XII  
AGLI UOMINI DI AZIONE CATTOLICA  
NEL XXX° DELLA LORO UNIONE\*  
Domenica, 12 ottobre 1952

Nel contemplare questa magnifica adunanza di Uomini di Azione Cattolica, la prima parola che viene alle Nostre labbra é di ringraziamento a Dio per averCi fatto dono di un così grandioso e devoto spettacolo; poi, di riconoscenza a voi, diletti figli, per averlo voluto attuare dinanzi al Nostro sguardo esultante.

Noi ben sappiamo quali minacciose nubi si addensano sul mondo, e solo il Signore Gesù conosce la Nostra continua trepidazione per la sorte di una umanità, di cui Egli, Supremo Pastore invisibile, volle che Noi fossimo visibile padre e maestro. Essa intanto procede per un cammino che ogni giorno si manifesta più arduo. mentre sembrerebbe che i mezzi portentosi della scienza dovessero, non diciamo “cospargerlo di fiori”, ma almeno diminuire, se non addirittura estirpare, la congerie di triboli e di spine che lo ingombrano.

Di tanto in tanto però –a confermarCi in questa trepida ansia– vuole Gesù nella sua bontà che le nubi si squarcino e appaia trionfante un raggio di sole; segno che i nubi anche più oscuri non distruggono la luce, ma soltanto ne nascondono il fulgore.

Ed ecco ora un pacifico esercito di uomini militanti nell’Azione Cattolica Italiana; cristiani vivi e vivificatori; pane buono e insieme preziosissimo fermento in mezzo alla massa degli altri uomini; centocinquanta mila, la maggior parte padri di famiglia, che vivono il loro battesimo e si adoperano a farlo vivere dagli altri. Né siete tutti. Centinaia di migliaia di Uomini Cattolici, trattenuti da gravi motivi, sono qui presenti con l’ardore del loro spirito, della loro fede, del loro amore. Uomini maturi e di ogni condizione: dirigenti, professionisti, impiegati, insegnanti, operai, lavoratori dei campi, militari: tutti fratelli in Cristo, tutti uniti come in un solo palpito di un unico cuore.

Vorremmo che poteste ammirare anche voi la stupenda visione che si offre in questo momento ai Nostri occhi; brameremmo che sentiste nel profondo dell’animo con quanto amore Noi vorremmo –se fosse possibile– scendere in mezzo a voi e abbracciarvi tutti, come se foste uno solo.

Diletti figli! Voi siete venuti a Roma per festeggiare il trentennio della vostra Unione –la prima delle Associazioni Nazionali di A. C.– Cinque anni or sono, gli Uomini che convennero nell’Urbe erano settanta mila; oggi quel numero è raddoppiato ed è qualche cosa di più che un simbolo del moltiplicato fervore della vostra vita cristiana.

In quell’ormai lontano settembre del 1947 Noi benedicemmo il vostro Labaro e vi appuntammo una medaglia d’oro. Vogliamo dirvi qui, al cospetto di Roma e dell’Italia, che voi avete ben corrisposto alla Nostra aspettazione in questi anni di lotte acute per la civiltà cristiana e italiana. Quella medaglia sta bene là, sul vostro vessillo, perchè voi siete stati fra i principali artefici della resistenza, che l’Italia, per sè e per il mondo, ha opposta alle forze del materialismo e della tirannia.

Oggi a mezzodì un nuovo concerto di campane si è aggiunto allo squillo sonoro di tutti i sacri bronzi dell’Urbe, che salutano Maria e invitano i fedeli ad

onorarla. In quell'ora voi avete inteso di fare a Noi, Vescovo di Roma, un dono particolarmente gradito. Nel cuore di un popolatissimo quartiere della Nostra diletta Città, per impulso dell'infaticabile vostro Assistente Ecclesiastico Centrale, sui disegni di un giovane architetto membro della Azione Cattolica, fra la meraviglia di quanti hanno potuto osservare la complessità del progetto e la rapidità della esecuzione, grazie alla bravura e alla tenacia delle maestranze, la vostra Unione ha fatto sorgere, con tutti gli edifici e le opere annesse, una bella e spaziosa chiesa, sede di parrocchia, intitolandola a S. Leone Magno.

Noi stimiamo di non far torto a nessuno dicendo che di questo Pontefice, grandissimo fra i grandi, pochi conoscono la intrepida attività per il bene civile e sociale di Roma e d'Italia, per conservare la purezza della fede e per riordinare e rafforzare l'organizzazione ecclesiastica; forse non molti ricordano che una gran parte della sua operosità fu spesa nella lotta contro l'eresia monofisita, la quale negava in Cristo due nature, la umana e la divina, realmente distinte, senza fusione nè mescolanza.

Ma tutti sanno che, mentre Attila, re degli Unni, scendeva vittorioso in Italia, devastando la Venezia e la Liguria, e si apprestava a marciare su Roma, Leone Papa rincorò Imperatore, Senato e popolo, tutti in preda al terrore; poi partì inerme e andò incontro all'invasore sul Mincio. E Attila lo ricevette degnamente e tanto si rallegrò della presenza del *summus sacerdos*, che rinunziò ad ogni azione di guerra e si ritirò oltre il Danubio. Questo memorabile fatto avvenne nell'autunno dell'anno 452, onde Noi siamo lieti di commemorarne qui solennemente con voi la decimoquinta ricorrenza centenaria. Diletti figli, Uomini di Azione Cattolica! Quando abbiamo appreso che il nuovo tempio doveva essere dedicato a S. Leone I, salvatore di Roma e dell'Italia dall'impeto dei barbari, Ci è venuto il pensiero che forse voi volevate riferirvi alle condizioni odierne. Oggi non solo l'Urbe e l'Italia, ma il mondo intero è minacciato.

Oh, non chiedeteCi qual è il "nemico", nè quali vesti indossi. Esso si trova dappertutto e in mezzo a tutti; sa essere violento e subdolo. In questi ultimi secoli ha tentato di operare la disgregazione intellettuale, morale, sociale dell'unità nell'organismo misterioso di Cristo. Ha voluto la natura senza la grazia; la ragione senza la fede; la libertà senza l'autorità; talvolta l'autorità senza la libertà. È un "nemico" divenuto sempre più concreto, con una spregiudicatezza che lascia ancora attoniti: Cristo sì, Chiesa no. Poi: Dio sì, Cristo no. Finalmente il grido empio : Dio è morto; anzi : Dio non è mai stato. Ed ecco il tentativo di edificare la struttura del mondo sopra fondamenti che Noi non esitiamo ad additare come principali responsabili della minaccia che incombe sulla umanità: un'economia senza Dio, un diritto senza Dio, una politica senza Dio. Il "nemico" si è adoperato e si adopera perchè Cristo sia un estraneo nelle Università, nella scuola, nella famiglia, nell'amministrazione della giustizia, nell'attività legislativa, nel consesso delle nazioni, là ove si determina la pace o la guerra.

Esso sta corrompendo il mondo con una stampa e con spettacoli, che uccidono il pudore nei giovani e nelle fanciulle e distruggono l'amore fra gli sposi; inculca un nazionalismo che conduce alla guerra.

Voi vedete, diletti figli, che non è Attila a premere alle porte di Roma; voi comprendete che sarebbe vano, oggi, chiedere al Papa di muoversi e andargli incontro per fermarlo e impedirgli di seminare la rovina e la morte. Il Papa deve, al suo posto, incessantemente vigilare e pregare e prodigarsi, affinché il lupo non

finisca col penetrare nell'ovile per rapire e disperdere il gregge (cfr. *Io.* 10, 12); anche coloro, che col Papa dividono la responsabilità del governo della Chiesa, fanno tutto il possibile per rispondere all'attesa di milioni di uomini, i quali –come esponenti nello scorso febbraio– invocano un cambiamento di rotta e guardano alla Chiesa come a valida ed unica timoniera. Ma questo oggi non basta: tutti i fedeli di buona volontà debbono scuotersi e sentire la loro parte di responsabilità nell'esito di questa impresa di salvezza.

Diletti figli, Uomini di Azione Cattolica! L'umanità odierna disorientata, smarrita, sfiduciata, ha bisogno di luce, di orientamento, di fiducia. Volete voi con la vostra collaborazione –sotto la guida della sacra Gerarchia– essere gli araldi di questa speranza e i messaggeri di questa luce? Volete essere portatori di sicurezza e di pace? Volete essere il grande, il trionfante raggio di sole che invita a destarsi dal torpore e a fortemente operare? Volete divenire –se così a Dio piacerà– animatori di questa moltitudine umana, in attesa di avanguardie che la precedano?

Allora è necessario che la vostra azione sia anzitutto *cosciente*.

L'uomo di Azione Cattolica non può ignorare ciò che la Chiesa fa e intende di fare. Egli sa che la Chiesa vuole la pace; che vuole una più giusta distribuzione della ricchezza; che vuole sollevare le sorti degli umili e degli indigenti; sa che Cristo, Dio fatto uomo, è il centro della storia umana; che tutte le cose sono state fatte in Lui e per Lui. Egli sa che la Chiesa, quando auspica un mondo diverso e migliore, pensa ad una società avente per base e fondamento Gesù Cristo con la sua dottrina, i suoi esempi, la sua redenzione.

In secondo luogo bisogna che la vostra azione sia *illuminatrice*.

Nelle vostre fabbriche, nei vostri uffici, per le strade, nei luoghi ove prendete il sano svago o il necessario riposo, vi capiterà d'imbattervi in uomini "che hanno occhi per vedere e non vedono" (*Ezech.* 12, 2). Oggi, per esempio, s'incontra povera gente persuasa che la Chiesa, che il Papa, vogliono lo sfruttamento del popolo, vogliono la miseria, vogliono –parrebbe inimmaginabile– la guerra! Gli autori e i propagatori di queste orrende calunnie riusciranno a sfuggire alla giustizia degli uomini, ma non potranno sottrarsi al giudizio di Dio. "Verrà un giorno...!" Signore, perdona loro! Intanto però è necessario di cogliere ogni occasione per aprire gli occhi a quei ciechi, spesso piuttosto vittime d'inganno che colpevoli.

Ancora : occorre che la vostra azione sia *vivificatrice*.

L'Azione Cattolica non sarà veramente tale, se non agirà sulle anime. Le grandi adunanze, i magnifici cortei, le pubbliche manifestazioni, sono certamente utili. Ma guai a confondere gli strumenti col fine per il quale debbono essere adoperati! Se la vostra azione non portasse la vita dello spirito dove è la morte; se non cercasse di sanare quella stessa vita dove è malata; se non la fortificasse dove è debole; sarebbe vana. Sappiamo che la vostra Presidenza Generale ha approntato un programma di lavoro "capillare", per rendere efficiente la presenza dei cattolici militanti in ogni luogo e con tutte le persone, in mezzo a cui vivono. Di quella "base missionaria", come si è voluto chiamarla, siate dunque voi i principali componenti e propulsori.

La vostra azione sia inoltre *unificatrice*.

Siate uniti fra i membri di una stessa Associazione; uniti fra le diverse Associazioni; uniti con gli altri "rami" dell'Azione Cattolica. Ma siate uniti e fatevi promotori di unione anche con le altre forze cattoliche, che combattono le vostre stesse incruente battaglie e son pretese a vincere la vostra stessa lotta. –Diletti

figli! Volete essere forti? Volete essere, con l'aiuto di Dio, invincibili? Siate pronti a sacrificare al bene supremo dell'unione, non diciamo i capricci –è chiaro–, ma, anche qualche idea o programma, che potesse sembrarvi geniale. L'unione, tuttavia, non è unicità; questa distruggerebbe la varietà delle forze; varietà che non ha soltanto un valore estetico, ma arreca altresì vantaggi strategici e tattici di primissimo ordine.

La vostra azione sia finalmente *obbediente*.

Nessuno più di Noi desidera che il laicato esca da un certo stato di minorità, oggi più che mai immeritato nel campo dell'apostolato. Ma, d'altra parte, è evidente la necessità di una obbedienza pronta e filiale, ogniqualevolta la Chiesa parla per istruire le menti dei fedeli e per dirigerne l'attività. Essa si guarda bene dall'invadere la competenza dell'Autorità civile. Ma quando si tratta di questioni che toccano la religione o la morale, è dovere di tutti i cristiani, e specialmente dei militanti di Azione Cattolica, di adempire le sue disposizioni, di comprendere e seguire i suoi insegnamenti. Vorremmo anzi aggiungere che anche nel seno dell'Azione Cattolica è necessario di osservare una stretta disciplina fra i vari gradi delle Associazioni. Quando infatti si ha di fronte un esercito di ferrea organizzazione, a quale pericolo si esporrebbe una milizia scompaginata, nella quale ognuno si credesse autorizzato a giudicare e ad agire di proprio arbitrio?

Ed ora, prima di concludere queste Nostre parole, vorremmo affidarvi una "consegna". Voi certamente ricordate che nello scorso mese di febbraio abbiamo rivolto ai fedeli di Roma una calda esortazione, affinché il volto anche esterno dell'Urbe appaia fulgido di santità e di bellezza. Dobbiamo dire che clero e popolo sono fervidi all'opera, acciocchè non rimangano vane le Nostre speranze, non sia frustrata la Nostra fiducia. Ma Noi abbiamo al tempo stesso espresso l'augurio che il potente risveglio, a cui abbiamo esortato Roma, sia "presto imitato dalle vicine e lontane diocesi, affinché ai Nostri occhi sia concesso di veder tornare a Cristo non soltanto le città, ma le nazioni, i continenti, l'umanità intera". Per questo, che potremmo chiamare "secondo tempo", Noi contiamo sugli Uomini di Azione Cattolica, su tutta l'Azione Cattolica.

Allora, mentre gli empi continuano a diffondere i germi dell'odio, mentre gridano ancora: "Non vogliamo che Gesù regni sopra di noi": "*nolumus hunc regnare super nos*" (Luc. 19, 15), un altro canto si leverà, canto di amore e di liberazione, spirante fermezza e coraggio. Esso si leverà nei campi e nelle officine, nelle case e nelle strade, nei parlamenti e nei tribunali, nelle famiglie e nella scuola.

Diletti figli, Uomini di Azione Cattolica! Fra qualche istante Noi impartiremo con tutta l'effusione del Nostro cuore paterno l'Apostolica Benedizione a voi, ai vostri cari, alle vostre opere, alle vostre Associazioni. Poi riprenderete il vostro cammino, tornerete alle vostre dimore, ritroverete il vostro lavoro.

Portate dappertutto la vostra azione illuminatrice e vivificatrice.

E sia il vostro canto un canto di certezza e di vittoria.

*Christus vincit! Christus regnat! Christus imperat!\**

---

\**Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, XIV, Quattordicesimo anno di Pontificato, 2 marzo 1952 - 1° marzo 1953, pp. 357-362. Tipografia Poliglotta Vaticana. A.A.S., vol. XXXIV (1952), n. 16, pp. 830-835.

MENSAJE DE LOS PRESIDENTES  
DE LAS CONFERENCIAS EPISCOPALES  
DE LA UNIÓN EUROPEA  
Los obispos europeos reclaman libertad de  
culto durante la pandemia y vías seguras  
y legales para los migrantes

Los presidentes de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea han enviado un mensaje a las instituciones europeas y a los Estados miembros en el que piden que se establezcan vías seguras y legales para los migrantes y refugiados que acuden al continente. También piden que durante la pandemia se garantice la libertad de culto.

En su mensaje a las instituciones europeas, los presidentes de las Conferencias Episcopales indican que la crisis actual “es una oportunidad espiritual para la conversión. No debemos limitarnos a dedicar todos nuestros esfuerzos a volver a la ‘vieja normalidad’”.

Igualmente recomiendan “que se faciliten vías seguras y legales para los migrantes, y corredores humanitarios para los refugiados, mediante los cuales puedan venir a Europa con seguridad y ser acogidos, protegidos, promovidos e integrados” e indican que “Europa no puede ni debe dar la espalda a las personas que proceden de zonas de guerra o de lugares donde son discriminadas o no pueden gozar de una vida digna”.

Los prelados reclaman también que se respete la libertad religiosa a la vez que se cumplen las medidas sanitarias necesarias:

“Un elemento crucial para la Iglesia en muchos Estados miembros durante la pandemia es el respeto de la libertad de religión de los creyentes, en particular la libertad de reunirse para ejercer su libertad de culto, respetando plenamente los requisitos sanitarios”.

RECUPERAR LA ESPERANZA Y LA SOLIDARIDAD

Los presidentes de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea han enviado un mensaje a las instituciones europeas y a los Estados miembros.

La Iglesia Católica en la Unión Europea, representada por los presidentes de las Conferencias Episcopales de los Estados miembros, desea dirigir *un mensaje de esperanza y un llamamiento a la solidaridad* a las instituciones europeas y a los Estados miembros en esta crisis que nos ha sobrecogido.

Un mensaje en el que reafirmamos nuestro compromiso con la construcción de una Europa que ha traído la paz y la prosperidad a nuestro continente, y con

sus valores fundacionales de solidaridad, libertad, inviolabilidad de la dignidad humana, democracia, Estado de derecho, igualdad y defensa y promoción de los derechos humanos. Los Padres Fundadores de la Unión Europea estaban convencidos de que Europa se forjaría en la crisis. Con nuestra fe cristiana en el Cristo Resucitado tenemos la esperanza de que Dios puede convertir todo lo que sucede en algo bueno, incluso aquellas cosas que no comprendemos y que parecerían malas. Esta fe es el fundamento último de nuestra esperanza y de nuestra fraternidad universal. Como Iglesia Católica en la Unión Europea, junto con otras Iglesias hermanas y comunidades eclesiales, proclamamos y damos testimonio de esta fe y, junto con miembros de otras tradiciones religiosas y personas de buena voluntad, nos comprometemos a construir una fraternidad universal que no deje a nadie fuera. La fe nos llama a salir de nosotros mismos y ver en el otro, especialmente en aquellos que sufren y están marginados, a un hermano y una hermana, y a estar dispuestos igualmente a dar nuestra vida por ellos.

La *pandemia que nos ha azotado* en estos últimos meses ha sacudido muchas de nuestras seguridades anteriores y ha revelado nuestra vulnerabilidad y nuestra interconexión. Los ancianos y los pobres de todo el mundo han sufrido lo peor. A esta crisis que nos sorprendió y nos pilló desprevenidos, los países europeos respondieron al inicio con miedo, cerrando las fronteras nacionales y exteriores, algunos incluso negándose a compartir entre sí los muy necesarios suministros médicos. A muchos nos preocupaba que la propia Unión Europea, como proyecto económico, político, social y cultural, estuviera en peligro. Nos percatamos entonces, como dijo el Papa Francisco, que estamos en el mismo barco y que solo podemos salvarnos a nosotros mismos si permanecemos juntos. Con una renovada determinación, la Unión Europea comenzó a responder de forma conjunta a esta dramática situación. Demostró su capacidad para redescubrir el espíritu de los Padres Fundadores. Es de esperar que el Plan de recuperación del Covid-19 y el Plan reforzado del presupuesto de la UE para el periodo 2021-2027, que se han acordado en la reunión del Consejo Europeo de julio y que actualmente se negocian entre el Consejo y el Parlamento Europeo, reflejen ese espíritu.

El futuro de la Unión Europea no depende únicamente de la economía y las finanzas, sino también del desarrollo de *un espíritu común y una nueva mentalidad*. Esta crisis es una oportunidad espiritual para la conversión. No debemos limitarnos a dedicar todos nuestros esfuerzos a volver a la “vieja normalidad”, sino que debemos aprovechar esta crisis para lograr un cambio radical para mejorar. Ello obliga a replantear y reestructurar el actual modelo de globalización garantizando el respeto al medio ambiente, la apertura a la vida, la importancia de la familia, la igualdad social, la dignidad de los trabajadores y los derechos de las generaciones futuras. El Papa Francisco, con su Encíclica *Laudato Si*, ha proporcionado una brújula para conformar una nueva civilización. En su nueva Encíclica *Fratelli Tutti*, firmada hace unas semanas sobre la tumba de San Francisco de Asís, llama a toda la humanidad a la fraternidad universal y a la amistad social, sin olvidar a los marginados, a los heridos y a los que sufren. Los principios de la Doctrina Social de la Iglesia, como la dignidad humana y la solidaridad, así como la opción preferencial por los pobres y la sostenibilidad, pueden ser los principios rectores para construir un modelo diferente de economía y sociedad tras la pandemia.

La *solidaridad* es un principio fundamental de la Doctrina Social de la Iglesia y es el núcleo del proceso de integración europea. Más allá de las transferencias internas de recursos de acuerdo con las políticas de cohesión, la solidaridad debe

entenderse en términos de “actuar juntos” y de “estar abiertos para integrar a todos”, especialmente a los marginados. En este contexto, cabe mencionar que la vacuna Covid-19, cuando esté disponible, debe ser accesible a todos, especialmente a los pobres. Robert Schuman señaló que las naciones, lejos de ser autosuficientes, deben apoyarse mutuamente, y que la solidaridad supone la convicción de que el interés real de cada nación es reconocer y aceptar en la práctica la interdependencia de todos. Para Schuman, una Europa unida prefigura la solidaridad universal de todo el mundo sin distinciones ni exclusiones. Por ello, la Declaración de Schuman señaló la responsabilidad especial de Europa con respecto al desarrollo de África. En la misma línea, pedimos ahora el incremento de la ayuda humanitaria y la cooperación para el desarrollo, y la reorientación de los gastos militares hacia los servicios sanitarios y sociales.

La solidaridad europea debe extenderse urgentemente a los refugiados que viven en condiciones inhumanas en los campos y están seriamente amenazados por el virus. La solidaridad hacia los refugiados no solo significa la financiación, sino también la apertura proporcional de las fronteras de la Unión Europea, por parte de cada Estado miembro. El *Pacto sobre la Migración y el Asilo* presentado por la Comisión Europea puede considerarse como un paso hacia el establecimiento de una política europea común y justa en materia de migración y asilo, que debe evaluarse cuidadosamente. La Iglesia ya se ha pronunciado sobre la acogida, distinguiendo entre los distintos tipos de migración (regular o irregular), entre los que huyen de la guerra y la persecución y los que emigran por motivos económicos o ambientales, y la necesidad de tener en cuenta las cuestiones de seguridad. Sin embargo, pensamos que hay ciertos principios, valores y obligaciones jurídicas internacionales que siempre deben ser respetados, independientemente de las condiciones de las personas involucradas, principios de actuación y valores que son la base de la identidad de Europa y tienen su origen en sus raíces cristianas. También recomendamos que se faciliten vías seguras y legales para los migrantes, y corredores humanitarios para los refugiados, mediante los cuales puedan venir a Europa con seguridad y ser acogidos, protegidos, promovidos e integrados. En este sentido, es conveniente colaborar con las instituciones eclesíásticas y las asociaciones privadas que ya trabajan en este campo. Europa no puede ni debe dar la espalda a las personas que proceden de zonas de guerra o de lugares donde son discriminadas o no pueden gozar de una vida digna.

Un elemento crucial para la Iglesia en muchos Estados miembros durante la pandemia es el respeto de la libertad de religión de los creyentes, en particular la libertad de reunirse para ejercer su libertad de culto, respetando plenamente los requisitos sanitarios. Esto es aún más evidente si consideramos que las obras de caridad nacen y también se arraigan en una fe vivida. Declaramos nuestra buena voluntad de mantener el diálogo entre los Estados y las autoridades eclesíásticas para encontrar la mejor manera de conciliar el respeto de las medidas necesarias y la libertad de religión y de culto.

A menudo se ha dicho que el mundo será diferente después de esta crisis. Pero depende de nosotros que sea mejor o peor, si salimos de esta crisis fortalecidos en la solidaridad o no. Durante estos meses de pandemia, hemos sido testigos de muchos signos que nos han despertado la esperanza, desde el trabajo del personal sanitario y el de quienes cuidan de los ancianos, hasta los gestos de compasión y creatividad de las parroquias y comunidades eclesiales. Muchos, en estos meses difíciles, han tenido que hacer considerables sacrificios, renunciando

do al reencuentro con sus seres queridos y estando cerca de ellos en momentos de soledad y sufrimiento, y a veces, incluso, de su fallecimiento. En su mensaje *Urbi et Orbi* del Domingo de Pascua, el Papa Francisco se dirigió en particular a Europa, recordando que *después de la Segunda Guerra Mundial este continente pudo resurgir y superar las rivalidades del pasado, gracias a un proyecto concreto de solidaridad*. Para el Papa es más urgente que nunca *que esas rivalidades no recobren fuerza, sino que todos se reconozcan parte de una única familia y se sostengan mutuamente*. Hoy, la Unión Europea se encuentra frente a un desafío histórico, del que dependerá no solo su futuro, sino el del mundo entero.

Aseguramos a todos los que lideran y trabajan en las instituciones europeas y en los Estados miembros, que la Iglesia permanece a su lado en el esfuerzo común de construir un futuro mejor para nuestro continente y el mundo. Todas las iniciativas que promuevan los auténticos valores de Europa serán apoyadas por nosotros. *Confiamos en que de esta crisis podamos salir más fuertes, más sabios, más unidos y más solidarios, cuidando más del hogar común y siendo un continente que impulse al mundo entero hacia una mayor fraternidad, justicia, paz e igualdad*. Ofrecemos nuestras oraciones por todos y les bendecimos de todo corazón. ¡Que el Señor nos acompañe en nuestro peregrinaje hacia un mundo mejor!\*

*S.Em. Gualtiero Cardenal Bassetti, Arzobispo de Perugia-Città della Pieve, Italia*

*S.E. Mons. Georg Bätzing, Obispo de Limburgo, Alemania*

*S.Em. Jozef Cardenal De Kesel, Arzobispo de Malinas-Bruselas, Bélgica*

*S.E. Mons. Éric Marie de Moulins d'Amieu de Beaufort, Arzobispo de Reims, Francia*

*S.E. Mons. Stanisław Gądecki, Arzobispo de Poznań, Polonia*

*S.E. Mons. Jan Graubner, Arzobispo de Olomouc, República Checa*

*S.E. Mons. Gintaras Linas Grušas, Arzobispo de Vilna, Lituania*

*S.Em. Jean-Claude Cardenal Hollerich, S.J., Arzobispo de Luxemburgo, Presidente de la COMECE*

*S.E. Mons. Philippe Jourdan, Administrador Apostólico, Estonia*

*S.E. Mons. Czesław Kozon, Obispo de Copenhague, Dinamarca, Conferencia Episcopal Nórdica*

*S.E. Mons. Dr. Franz Lackner, O.F.M., Arzobispo de Salzburgo, Austria*

*S.E. Mons. Eamon Martin, Arzobispo de Armagh, Irlanda*

*S.Em. Juan José Cardenal Omella y Omella, Arzobispo de Barcelona, España*

*S.E. Mons. José Ornelas Carvalho, S.C.I., Obispo de Setúbal, Portugal*

*S.E. Mons. Aurel Percă, Arzobispo de Bucarest, Rumanía*

*S.E. Mons. Christo Proykov, Obispo Eparca de San Juan XXIII de Sofía, Bulgaria*

*S.E. Mons. Zelimir Puljić, Arzobispo de Zadar (Zara), Croacia*

*S.E. Mons. Sevastianos Rossolatos, Arzobispo de Atenas, Grecia*

*S.E. Mons. Charles Jude Scicluna, Arzobispo de Malta*

*S.E. Mons. Youssef Antoine Soueif, Arzobispo de Trípoli del Líbano (Maronita), Chipre*

*S.E. Mons. Viktors Stulpins, Obispo de Liepāja, Letonia*

*S.E. Mons. Johannes H. J. van den Hende, Obispo de Róterdam, Países Bajos*

*S.E. Mons. András Veres, Obispo de Győr (Raab), Hungría*

*S.E. Mons. Stanislav Zore, O.F.M., Arzobispo de Ljubljana, Eslovenia*

*S.E. Mons. Stanislav Zvolenský, Arzobispo de Bratislava, Eslovaquia*

---

\*Infocat, 18/11/2020.

# LA PERSECUCIÓN A LA EDUCACIÓN CATÓLICA EN ESPAÑA COMUNISTA HOY

## Una ley de muy mala educación

Nos lamentamos, pero también debemos saber reaccionar, contra el cerrojo legislativo en tiempos de pandemia que se nos quiere imponer con una ley de educación abusiva y totalitariamente impuesta, sin escuchar a nadie de los interesados.

Era el umbral del nuevo siglo, del nuevo milenio también. Todo eran conjeturas con los relojes digitales y los dispositivos electrónicos cuyos chips se temían que saltaran por los aires con toda su información archivada al llegar la nueva calenda. Aquel año 2000 tuvo su pizca de incertidumbre dejándonos un poco en vilo hasta que engullimos las doce uvas al filo de entrar juntos en el uno de enero. Pero no pasó nada. Los temores milenaristas de quienes pensaban que acabaría el mundo, se fueron diluyendo con la misma rapidez como nos las indujeron los alarmistas que nunca faltan ante circunstancias que no controlamos. No obstante, hubo un mensaje –al menos uno–, que no tuvo esa inconsistencia, ni se vio afectado por el susto, la prisa o la improvisación. En aquel cambio de siglo y de milenio, alguien nos invitó a ver la historia toda desde una atalaya distinta.

San Juan Pablo II escribió una carta para decirnos lo que él veía y esperaba en aquel evento histórico de los dos mil años de cristianismo. La tituló *Novo millennio ineunte*, al comienzo del nuevo milenio. En sus primeras líneas nos dejó algo tan hermoso como consolador: se “nos invita a recordar con gratitud el pasado, a vivir con pasión el presente y a abrirnos con confianza al futuro: ‘Jesucristo es el mismo, ayer, hoy y siempre’ (Hb 13,8)”. Esta era la clave de la historia en sus tres tiempos verbales cuando es contemplada y vivida desde Jesucristo: el pasado, no recordado con rencor y pesadumbre, sino con gratitud; el presente, no abrazado con desdén o violencia, sino con pasión; y el futuro, no esperado con temor y zozobra, sino con confianza. Verdadera actitud de una visión cristiana de la historia, teniendo paz en medio de las dificultades, y gozar de libertad dentro de tanto intento cercenador de nuestros derechos y obligaciones.

Vivimos en un momento en el que hay quienes se afanan en un poder que se quiere perpetuar a cualquier precio, sin ningún principio moral, sino construido desde el engaño y la mentira, desde las alianzas con quienes deshacen la historia de un pueblo para falsearla, desde la inconfesable pretensión de imponernos sus postulados valiéndose de cualquier artimaña por obscena o tramposa que sea con tal de conseguir lo que se pretende, aunque sea censurando nuestros derechos más elementales.

Miran ellos la historia con los tres tiempos verbales completamente pervertidos en su relato: el pasado se mira con resentimiento, para reescribirlo diciendo que sucedió lo que a ellos les hubiera gustado, exhibiendo una honestidad demasiado deudora de sus flagrantes mentiras; el presente se construye desde el engaño de quien impunemente se contradice sin ningún rubor, diciendo digo donde dijeron diego, para sacar tajada de cualquier complicidad vendiéndose al mejor postor en sus torticeras patrañas usando de la insidia que enfrenta y divide un pueblo; y el futuro, se prepara desde la impostura excluyente de todo y de todos los que

nos sean de los suyos, controlando el pensamiento, el sentimiento y la libertad, persiguiendo una educación que no coincida con su ideología.

De esta manera, el pasado, el presente y el futuro, usados como herramienta para cambiar la sociedad por parte de estos lacayos de sí mismos, reyezuelos advenedizos que nos imponen su dictadura inmoral, sus mentiras compulsivamente repetidas, su hoja de ruta revolucionaria. Nos lamentamos, pero también debemos saber reaccionar, contra el cerrojo legislativo en tiempos de pandemia que se nos quiere imponer con una ley de educación abusiva y totalitariamente impuesta, sin escuchar a nadie de los interesados (docentes, familias, asociaciones, sindicatos, alumnos). Si en España hay 19.184 centros escolares de la red estatal, 9.632 pertenecen a los centros concertados y privados. Hablamos de 4.400.000 alumnos en los primeros y de 2.140.000 en los segundos. Son demasiadas familias burladas, despreciadas, en nombre de una ideología que pretende labrar un futuro controlando la nueva generación domesticada para sus fines, una vez que han querido reescribir el pasado y pervertir el presente. Es conocida esta revolución que tanta muerte y destrucción ha descrito en su reciente historia\*.

† FR. JESÚS SANZ MONTES, OFM  
Arzobispo de Oviedo

---

\**Infocat*, 15.11.2020.

# CARTA PASTORAL SOBRE LA COHERENCIA EUCARÍSTICA EN LA VIDA PÚBLICA 1º.5.2021

El Arzobispo de San Francisco, Salvatore J. Cordileone, publicó el 1 de mayo de 2021 una carta pastoral sobre la dignidad requerida para la recepción de la Sagrada Comunión en la que insiste en que cualquier católico que cooperara con el mal del aborto debería abstenerse de recibir la Eucaristía.

“Es fundamentalmente una cuestión de integridad: recibir el Santísimo Sacramento en la liturgia católica es abrazar públicamente la fe y las enseñanzas morales de la Iglesia católica, y desear vivir en consecuencia”, escribió Cordileone. “Todos pecamos de diversas maneras, pero hay una gran diferencia entre luchar por vivir de acuerdo con las enseñanzas de la Iglesia y rechazar esas enseñanzas”.

La carta pastoral del arzobispo llega tras la creciente cobertura mediática sobre si el presidente Biden debe ser admitido a la Sagrada Comunión dentro de la Iglesia Católica.

Dentro de su carta hay una sección específica para los funcionarios públicos católicos que defienden el aborto. “Ustedes están en posición de hacer algo concreto y decisivo para detener la matanza”, dijo. “Por favor, detengan la matanza. Y, por favor, dejen de pretender que defender o practicar un grave mal moral –que acaba con una vida humana inocente, que niega un derecho humano fundamental– es de alguna manera compatible con la fe católica. No lo es. Por favor, vuelva a casa a la plenitud de su fe católica”.

Según la tradicional enseñanza de la Iglesia esbozada por el arzobispo, la cooperación formal y la cooperación material inmediata con el mal, como el caso del aborto, impide recibir la Sagrada Comunión. “La enseñanza y la disciplina de la Iglesia sobre la idoneidad para recibir la Sagrada Comunión ha sido coherente a lo largo de su historia, remontándose a los primeros tiempos”, señaló el arzobispo.

“La enseñanza de nuestra fe es clara: quienes matan o ayudan a matar al niño (incluso si se oponen personalmente al aborto), quienes presionan o animan a la madre a abortar, quienes pagan por ello, quienes proporcionan ayuda financiera a organizaciones para proporcionar abortos, o quienes apoyan a candidatos o a la legislación con el propósito de hacer del aborto una ‘opción’ más fácilmente disponible, están cooperando con un mal muy grave”, declaró el arzobispo Cordileone. “La cooperación formal y la cooperación material inmediata en el mal nunca está moralmente justificada”.

## COMUNIÓN SACRÍLEGA. MAL SOBRE MAL

El arzobispo cita la enseñanza de San Pablo en Primera de Corintios para explicar el peligro de recibir la Sagrada Comunión mientras se coopera con un mal grave, un acto que la Iglesia siempre ha considerado indigno: “Por tanto, quien coma el pan o beba el cáliz del Señor indignamente, tendrá que responder del cuerpo y la sangre del Señor. La persona debe examinarse a sí misma, y así comer el pan y

beber la copa. Porque el que come y bebe sin discernir el cuerpo, come y bebe juicio sobre sí mismo (1 Cor 11,27-29)".

También incluye el testimonio del padre de la Iglesia primitiva San Justino Mártir, quien enseñó que "nadie puede compartir la Eucaristía con nosotros a menos que crea que lo que enseñamos es verdad; a menos que sea lavado en las aguas regeneradoras del bautismo para la remisión de sus pecados, y a menos que viva de acuerdo con los principios que nos dio Cristo".

## OCCIDENTE NIEGA LA EVIDENCIA

El arzobispo aborda la importancia de dar testimonio de la verdad sobre el grave mal del aborto. "Durante décadas, la cultura occidental ha negado la dura realidad del aborto. El tema está envuelto en sofismas por sus defensores y la discusión sobre él está prohibida en muchos lugares".

## NO ES UN PECADO OCASIONAL

"En el caso de personajes públicos que se identifican como católicos y promueven el aborto, no se trata de un pecado cometido en debilidad humana o de un lapsus moral: se trata de un rechazo persistente, obstinado y público de la enseñanza católica", escribe. "Esto añade una responsabilidad aún mayor al papel de los pastores de la Iglesia en el cuidado de la salvación de las almas".

"Estoy convencido de que esta conspiración de desinformación y silencio está alimentada por el miedo a lo que significaría reconocer la realidad con la que estamos tratando".

"El derecho a la vida en sí mismo es el fundamento de todos los demás derechos. Sin la protección del derecho a la vida, no tiene sentido hablar de otros derechos", constata, señalando que la ciencia es "clara" sobre cuándo comienza esta vida. "Una nueva vida humana, genéticamente distinta, comienza en la concepción".

El arzobispo Cordileone tiene cuidado de subrayar que "el aborto nunca es un acto exclusivo de la madre. Otros, en mayor o menor grado, comparten la culpabilidad cuando se perpetra este mal".

Señaló que su responsabilidad como párroco y pastor de almas le exige ser claro tanto en la gravedad del mal del aborto como en las razones por las que una persona que procura, ayuda o promueve el aborto de cualquier manera no puede recibir la Santa Comunión a menos que primero se arrepienta y sea absuelta en confesión.

"Hablando por mí", dijo, "siempre tengo presentes las palabras del profeta Ezequiel... Tiemblo al pensar que si no desafío con franqueza a los católicos bajo mi cuidado pastoral que abogan por el aborto, tanto ellos como yo tendremos que responder ante Dios por la sangre inocente".

## ALABA A LOS PROVIDA

Al final de su carta, el arzobispo da las gracias a quienes en la vida pública se mantienen firmes en la causa de los no nacidos:

“Vuestra valiente y firme postura frente a lo que a menudo es una oposición feroz da valor a otros que saben lo que es correcto pero que de otro modo podrían sentirse demasiado tímidos para proclamarlo de palabra y de obra”.

El arzobispo Cordileone también se dirige a las mujeres que han abortado y a otras afectadas por el aborto. “Dios os ama. Nosotros os amamos. Dios quiere que os curéis, y nosotros también, y tenemos los recursos para ayudaros. Por favor, acudid a nosotros, porque os amamos y queremos ayudaros y queremos que os curéis”, plantea, añadiendo que quienes se han curado del aborto pueden convertirse en tremendos testigos del Evangelio de la Misericordia. “Por lo que habéis soportado, vosotros más que nadie podéis convertirlos en una poderosa voz para la santidad de la vida”.

El arzobispo de San Francisco concluye la carta invitando a todos los de buena voluntad a “trabajar por una sociedad en la que cada nuevo bebé sea recibido como un precioso regalo de Dios y acogido en la comunidad humana” e invocando la intercesión de Nuestra Señora de Guadalupe, patrona de los no nacidos, así como de San José y San Francisco, patrón de la archidiócesis.\*).

MONS. SALVATORE J. CORDILEONE\*  
Arzobispo de San Francisco/EE.UU.

---

\*Publicado en *Infocat*, 3.5.2021.

## RENEGANDO DE LO SOBRENATURAL

La reflexión católica actual acerca de la ley natural, salvo excepciones casi milagrosas, parte de los presupuestos ideológicos de la idiosincrasia personalista. Y de esta forma, pretendiendo rescatar la ley natural, vuelven a traer a la mente del católico los mismos principios que la disolvieron en subjetivismo. Es el *naturalismo inmanentista* que vuelve una vez y otra, como efecto colateral de la asunción del pensamiento moderno, si no directamente querido.

Este error consiste en predicar para lo natural un fin disminuido, meramente natural e inmanente. Se concede a lo temporal una autonomía indebida, como si pudiera pelagianamente mantenerse en los parámetros de la razón y de lo natural, y *el hombre, y las sociedades que compone, no tuvieran un fin sobrenatural*.

Es dramático que el católico de hoy asuma como normal que lo temporal, lo natural, esté separado de lo sobrenatural, como si fuera querido por Dios que ambos órdenes se descuajasen uno de otro. Es dramático que el católico de hoy vea como algo normal separar la política de la religión y encapsular lo natural en una especie de burbuja donde lo sobrenatural no pinta nada.

Lo natural y temporal serían consistentes en sí mismos si Dios no los hubiera elevado al orden sobrenatural. Pero dado que Dios quiso elevarlos, no hay consistencia que valga. Lo natural, si es privado de lo sobrenatural por el pecado, se vuelve inconsistente, se deteriora, se oscurece.

Esta impostura naturalista llega a tanto que, como hemos visto con *Amoris laetitia*, el amor conyugal adámico es denominado caridad conyugal, como si lo sobrenatural hubiera desaparecido. Y a la caridad social se la denomina fraternidad, como en los viejos círculos gnósticos ilustrados, donde lo sobrenatural se considera enemigo de la humanidad.

Ponen en juego un particular sofisma, que aprendieron de los que León XIII en *Libertas* denomina *liberales de tercer grado* (esos que abominan del progresismo pero comparten su núcleo ideológico); aprendiendo, digo, de los liberales de tercer grado, a vivir piadosamente en privado, *pero modernamente en público*. Y justifican *la exclusión del orden de la gracia* de la vida política e institucional, de las leyes y de la vida social, basándose en una supuesta independencia de lo natural respecto de lo sobrenatural.

Confunden, pues, *gratuidad de lo sobrenatural con independencia de lo natural*, como si pudiera romperse a voluntad el orden querido por Dios, que es de creación elevada al orden sobrenatural para hombres y sociedades.

Renegan, por eso, de la independencia absoluta que los progresistas postulan para las realidades temporales; y, para no caer en su ateísmo, confiesan solo una independencia relativa, vinculando las realidades temporales al Creador pero no al Redentor. No quieren que Cristo reine en las naciones, sino solo en los corazones.

La doctrina católica, en cambio, enseña que lo natural tiene un fin sobrenatural, que las sociedades, las instituciones, todos los pueblos tienen un fin sobrenatural, y por tanto no hay dimensión natural de la vida que no esté ordenada a lo sobrenatural como a su fin. Que las realidades temporales son buenas en tanto en cuanto sirvan al fin sobrenatural, y no por sí solas consideradas. Y que, por tanto, nada temporal es independiente de lo sobrenatural, antes bien lo necesita primero para restaurarse y segundo para alcanzar su fin propio. Esto implica que, en la doctrina tradicional antiliberal, orden eclesiástico y orden político deben distinguirse pero no separarse.

En definitiva, el hombre y la sociedad no solo necesitan del Creador para no disolverse; es que también necesitan de su Redentor, que es Rey también de lo temporal. Repetimos: lo natural no es independiente del orden sobrenatural. Primero, por la condición caída del hombre y de las sociedades. Segundo, porque Dios quiso, gratuitamente, elevar al hombre y a las sociedades a un fin sobrenatural que, una vez dado, una vez conferido, una vez establecido, *se interna tanto en lo natural que, si se pierde, lo natural mismo queda herido, enfermo, corrompido, aunque no totalmente.*

Gran parte de la reflexión católica actual sobre la ley natural, aplicada a personas como a sociedades, se basa en este sofisma. Por esto, mientras no prediquemos, también, para lo natural, un fin sobrenatural, ni entenderemos la moral católica, ni lo que es la libertad, ni lo que es el matrimonio, ni lo que es la política, ni nada. Todo quedará a oscuras, a la sombra del subjetivismo moderno, que sumerge lo natural en la conciencia y lo inmanentiza todo. También la moral católica.

ALONSO GRACIÁN\*

---

\*Publicado en *Infocat*, 4.4.2021.



# ACTUALIDADES



I. CHILE

## 1. LA CONVENCIÓN AMENAZADA

Hoy comienza su trabajo el grupo de 155 ciudadanos elegidos para redactar y proponer una nueva Constitución. Hoy, abandonamos la ribera de lo conocido y, como país, nos adentramos en la búsqueda de un mundo diferente e ignoto. Desde ahora, diría Nietzsche, “será peligroso avanzar, será peligroso detenerse, será peligroso mirar atrás”, evocando la inquietante imagen del que transita sobre una cuerda suspendida entre dos torres.

El viaje será largo, y al parecer, movido. Las posibilidades de naufragio están a la vista. En el inicio, en el transcurso, incluso en el puerto de llegada, donde la mayoría absoluta de un plebiscito obligatorio se erige como un destino buscado, pero incierto.

Lograr la meta requerirá un esfuerzo enorme, en el que todos deberemos ser parte. Desde luego, los constituyentes, cuya tarea parece descomunal, pero también el resto, que estaremos obligados a sumarnos, a cooperar para que esta Convención sea exitosa. Hay razones históricas y morales para hacerlo, pero también pragmáticas: el fracaso de la Convención acarrearía un quiebre institucional de consecuencias incalculables.

El acuerdo que logró el mundo político, anunciado con rostros cansados en aquella madrugada de noviembre de 2019, constituye la única solución que fue posible discurrir para enfrentar institucionalmente la crisis social y la violencia. Muchos concurren a él con gran esfuerzo, algunos con desagrado, mientras otros (hoy arrepentidos) lo impugnaron. Ese acuerdo subsiste y se ha desarrollado, hasta ahora, en forma sorprendentemente exitosa.

El gobierno del Presidente Piñera, hay que decirlo, hizo lo suyo. Doblemente agobiado, por la crisis y la pandemia, se esforzó por implementar un plebiscito inobjetable y unas condiciones logísticas que hoy permiten a la Convención comenzar a operar. Fue lo correcto, lo que correspondía hacer, lo decente.

La Convención no puede fracasar. El éxito de su tarea es una demanda social muy mayoritariamente compartida. No hay que perder de vista este aspecto. La opinión de la gente común, la opinión pública medida, fue desde un comienzo favorable hacia las manifestaciones de octubre 19. Sucesivas encuestas mostraron que cerca del 67% manifestaban “acuerdo con las movilizaciones y marchas” (Cadem, nov. 19), al tiempo que en la CEP (dic. 19) un 63% apoyaba “las manifestaciones que se iniciaron en octubre”. Todo fue rotundamente confirmado en el posterior plebiscito, cuando un 78% votó por el “Apruebo” y refrendado en la composición de la Convención electa. Así pues, no cabe duda, la Convención tiene el mandato de una tarea urgente y compartida.

Pero la Convención enfrenta grandes amenazas. Uno de los principales, al interior de sí misma.

En algunos constituyentes se aprecia un esfuerzo, casi adolescente, por notificar al mundo su independencia y en presionar por ampliar los límites de su mandato hasta el extremo. El rechazo, la humillación, amenazas, todo ha sido parte de este preámbulo a la instalación de hoy. Lo que parecen rechazar, lo que quisieran doblegar, hasta donde se comprende, es ni más ni menos que el Estado, sus símbolos y sus representantes. “El Estado soy yo” parecen decir algunos en la Convención, en la mejor tradición absolutista, con el evidente riesgo de choque de poderes y colapso. Claro está, también en la mejor tradición adolescente, exigiendo aumentar los aportes financieros del padre rechazado. ¡Era que no!

No se sabe hasta dónde puede llegar el fervor independentista, y si al renunciar incluso a la organización (y al control) del Estado para temas como adquisiciones, administración, sistemas tecnológicos o seguridad, podría una Convención recién creada, en definitiva, funcionar.

Otra amenaza proviene de fuera, de grupos que parecen no estar dispuestos a renunciar, ni conceder tregua para que la Convención desarrolle su trabajo sin la presión de la calle. No es claro si esto es posible para una asamblea diversa que no puede prescindir del diálogo, de los acuerdos, de la serenidad que es ineludible para hacer su tarea: arribar a un gran acuerdo social.

¿Cómo podrán convivir y relacionarse la Convención y la calle? Es un gran desafío. Es una contradicción que proviene quizás de su mismo origen, como dijo recién Agustín Squella, precisamente “una masiva, prolongada y extendida protesta social”. Pero una Convención “rodeada”, chantajeada entre la sumisión o el caos, no podrá funcionar. Si durante el proceso hay ideas o grupos que se sientan amordazados, no emergerá una Constitución legítima, habremos fracasado.

A pesar de los peligros, mantengo una razonable esperanza por lo que viene. Hemos sido un país extraordinariamente exitoso en superar institucionalmente las sucesivas crisis de los últimos años. Desde la recuperación de la democracia a fines de los 80, hasta los variados conflictos sociales que hemos vivido desde entonces. Esta vez, la esperanza toma la forma de una Convención Constituyente. Hay que defenderla de sus amenazas, que son muchas.

ROBERTO MÉNDEZ\*

## 2. UNA CONVENCIÓN POR DEBAJO DE SU ALTURA

La Convención Constitucional tiene como objetivo proponer un texto que, una vez concluido, deberá ser sometido a la consideración de la ciudadanía mediante un plebiscito.

---

\*Profesor de la Escuela de Gobierno de la Universidad Católica de Chile. Publicado en *El Mercurio/Santiago*, 4.7.2021, D-14.

A la luz de ese objetivo, todo parecía sencillo y claro.

Se trataba de elegir un conjunto de personas que, portando diversos intereses ideológicos, étnicos, de clase, de género, pudiera, mediante el intercambio de razones, diseñar las bases de la comunidad política. La ciudadanía se dispuso entonces a presenciar ese debate y a avizorar lo que sería su futura carta constitucional.

Desgraciadamente algo ha ocurrido que parece distorsionar o postergar ese quehacer. El conjunto de convencionistas, o más precisamente, la mayoría de ellos, ha decidido erigirse en un poder del Estado (en un revelador lapsus, así lo llamó el vicepresidente de la Convención) en el que se refleja no la ciudadanía igual que está a la base de la democracia, sino la identidad étnica o de género; donde se empujan decisiones públicas para las que ninguna regla los autoriza; en que se pueblan hasta la congestión la directiva y las comisiones y cuya mesa directiva parece serlo deliberadamente de un sector de la Convención y no de todo el conjunto.

Y esos rasgos los muestran acentuadamente quienes dirigen la Convención.

La presidenta de la Convención esgrime, en efecto, con demasiada frecuencia su identidad indígena para justificar un punto de vista partisano en la conducción; el vicepresidente, por su parte, asume explícitamente una solidaridad corporativa para exigir (como si creyera que su sola voz es suficiente, desde el punto de vista legal, para doblegar la voluntad de la fuerza pública) se liberara a un par de convencionistas que, en opinión de la policía, habían infringido flagrantemente la ley.

Todas esas conductas son, por supuesto, explicables; pero ninguna está a la altura de lo que se tuvo en vista al tiempo de instituir la Convención.

Desde luego el conjunto de convencionistas, ni ninguno de ellos individualmente considerados, poseen un poder que pueda reclamar legitimidad para sobreponerse a cualesquiera otros. En esta parte quizá sea útil recordar la distinción entre poder *de facto* y poder *de jure*. Quizá la Convención, sobre la base de la votación que recibió, pueda reclamar para sí un poder *de facto*, un poder de hecho, para imponer su voluntad, o tratar de imponerla, al resto de los poderes; pero es obvio que no tiene poder *de jure*, poder de derecho, para hacerlo. Por supuesto alguien suficientemente afiebrado podría decir que hoy el derecho está suspendido y que lo que importa es la fuerza de la simple voluntad; pero ¿hay alguien que integre la Convención que describa su función como una mera posición de hecho? No cabe duda. La voluntad de la Convención no puede sobreponerse a ningún otro órgano, puesto que sus deberes no conciernen ni a la administración ni al gobierno del Estado. Estos últimos, para bien o para mal, siguen en manos de las autoridades existentes antes de octubre del 2019. Y es de esperar que alguno de los juristas que integran la Convención tenga la oportunidad y el tiempo (ojalá no sea la falta de valor lo que les ha aconsejado hasta ahora permanecer mudos) de recordarlo al resto.

Se suma a lo anterior el hecho de que la Convención se configuró en base a identidades, especialmente de género y étnicas; pero ello no significa que, en sus debates, en su conducción, en la integración de las comisiones o el diseño de las reglas, o en las razones que esgriman quienes la integran, las identidades deban tener más peso que el simple estatus de la ciudadanía abstracta.

El origen étnico o el género pueden ser muy buenas razones para, como se hizo, adoptar reglas de discriminación positiva que aseguraran la presencia en la Convención de sectores tradicionalmente excluidos o dominados; pero la

condición étnica o de género no ha de conferir ninguna ventaja a la hora del debate, ni permitir ningún desplante a la hora de conducir la Convención. Como es obvio, el género, la etnia o cualquier otra cualidad adscrita no confieren ninguna ventaja epistémica a la hora de emitir juicios o dar opiniones. Hablar mapudungun o conocer la cosmovisión de este o aquel pueblo o adherir a ella, del mismo modo que cualquier otra característica cultural, no debe conferir ventaja alguna a la hora del debate o ser un título para merecer un trato especialmente deferente que, no vale la pena engañarse, casi siempre es una forma encubierta de desdén.

Es hora de que la Convención se ponga a la altura del propósito para el que fue electa, muestre capacidad de discernimiento a la hora de dibujar las bases de la comunidad política, evite la tentación de transformar su tarea en un simple ejercicio performativo, ejerza su quehacer con sobriedad, sacuda de sí cualquier megalomanía, y sobre todo recuerde que su tarea no es agregar intereses identitarios o hacer desplantes simulando un poder que no se le ha conferido, sino reflexionar acerca de lo que sea mejor y más bueno para la democracia.

CARLOS PEÑA\*

### 3. MÍMESIS

“Es incoherente celebrar el proceso constituyente y al mismo tiempo pretender tratar, sin más, como delitos a los hechos que lo hicieron posible. Esos hechos fueron necesarios para abrir el proceso constituyente”. Con estas palabras, Fernando Atria ha intentado justificar la declaración de una mayoría de convencionales que demanda a los poderes constituidos acelerar el proyecto de indulto a los “presos de la revuelta”. El argumento revela todas las ambigüedades que envuelven nuestro proceso constituyente, y su intención es clara: dotar al momento actual de una nueva legitimidad que no dependa de la anterior –más aún, que rompa con ella–. Por eso, se permite afirmar que los delitos no son delitos, sino otra cosa: el inicio de un camino glorioso. En otros términos, el 18 de octubre es sagrado.

Quizás resulte útil recordar que este tipo de razones ya ha sido aducido en la historia de Chile. Pocas semanas después del 11 de septiembre de 1973, un joven Jaime Guzmán redactaba un memorándum dirigido a la Junta de Gobierno. En él, intentaba convencer a los uniformados de la necesidad imperiosa de refundar. Según él, solo “la creación nueva” podría darle “sentido suficiente” a la intervención militar; y solo esa creación *ex nihilo* estaría en condiciones de “modificar los criterios con arreglo a los cuales se enjuician los hechos”. Como puede verse, y guardando las proporciones de cada situación, la preocupación de Atria es idéntica a la de Guzmán: ¿cómo justificar hechos que la antigua legitimidad

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 18.7.2021, D-9.

considera ilícitos? Pues bien, fundando una nueva legitimidad, que descansa en la vinculación (necesaria) entre los delitos cometidos y el proceso constituyente. Como sugería Maquiavelo, comentando el asesinato de Rómulo a su hermano: si el hecho lo acusa, el resultado lo excusa.

En virtud de lo anterior, esta discusión se conecta directamente con el debate de los dos tercios. Si el origen inmediato del proceso es la violencia y no el acuerdo del 15 de noviembre, entonces la Convención no tiene por qué atarse a dicha regla. Así, volvemos nuevamente a la misma discusión: ¿en qué medida puede decirse que la Convención sea efectivamente soberana? Si aún no lo es, ¿cómo impulsar una dinámica que permita ese acontecimiento radical, que nos permitiría romper definitivamente con nuestro pasado y abrir, de una buena vez, el futuro radiante?

Este trasfondo permite comprender que los argumentos no tienen, en esta discusión, ninguna importancia. En rigor, no estamos frente a una deliberación política, sino frente a un esfuerzo por fundar. Por lo mismo, importa poco que todos los organismos competentes hayan afirmado, una y otra vez, que en Chile no hay presos políticos; ni que los eventuales beneficiarios de la medida hayan sido protagonistas de saqueos, incendios, agresiones y tenencia de armas y de drogas. Todo aquello es irrelevante. Se dice que el objetivo es la paz social pero, en ese caso, habría que incluir por ejemplo a las fuerzas de orden que no hayan cometido delitos graves (como cualquier amnistía). La fundación, intrínsecamente maniquea, no admite algo así. No sorprende en este contexto que, en un extraño caso de racismo invertido, se haya sumado a la demanda a los mapuches condenados en la macrozona sur en los últimos veinte años! Las víctimas de esa violencia, desde luego, no caben en el nuevo orden –son las nuevas exclusiones–.

Sin embargo, subsiste una dificultad importante. En efecto, hay una contradicción demasiado notoria como para pasarla por alto. Recordemos que la principal crítica a la Constitución vigente atiende a su origen: pese a todas sus reformas, se arguye que es el texto de un bando, que se instauró un régimen sin considerar a los disidentes. Si aplicamos la misma lógica, debe decirse que el proceso actual se expone a la misma crítica. En concreto, todos los que marcharon pacíficamente, todos los que no están dispuestos a suscribir ninguna apología de la violencia, todos quienes creen en las virtudes del diálogo racional, en suma, todos quienes no profesan la religión octubrista, no podrán reconocerse nunca del todo en un orden cuyo primer momento sacraliza esos delitos. Esto podrá tardar más o menos tiempo –meses, años, decenios–, pero se habrá incurrido en el mismo error. La imitación del gesto guzmaniano no permite liberarse de sus categorías. En ese sentido, no estaremos tanto saliendo del ciclo iniciado en 1973, como entrando en un nuevo episodio tributario de ese momento. Un segundo esfuerzo por refundar Chile no puede sino ser una imitación del primero: no es posible salir de ese círculo. Sería, paradójicamente, un nuevo triunfo de Jaime Guzmán.

Llegados a este punto, la gran pregunta es si acaso la izquierda democrática se prestará para este juego, que radicalizará nuestros antagonismos en lugar de sanarlos. Todo indica que el verdadero eje de esta Convención no estará dibujado entre izquierda y derecha, sino entre dos izquierdas. Una de ellas cree que la democracia conlleva la idea de límites al poder y que es imposible fundar un orden libre sin tener ese dato a la vista. Otra izquierda sostiene que la soberanía

popular –cuyo ejercicio siempre se arrogan unos pocos iluminados– no admite límite alguno. En esa lógica, todo borde constituye un amarre inaceptable a la voluntad soberana. Para desgracia de muchos, y como lo sabe cualquier lector de Carl Schmitt, la disyuntiva carece de puntos intermedios.

DANIEL MANSUY\*

## 4. MAL DE ALTURA

En cierto modo, que la Convención Constitucional sea heterogénea es algo bueno, porque abre espacios a quienes no estaban en el sistema político. Sin embargo, al ver la euforia de algunos convencionales en estos días, he recordado una historia que se atribuye al “Cholo” Sotil, uno de los mejores delanteros que ha tenido Latinoamérica. Según el relato, encandilado por su éxito en el Barcelona y sus cuantiosos ingresos, Sotil encendía los cigarrillos quemando dólares. El resultado, previsible, habría sido la pobreza posterior.

La leyenda es falsa, pero la embriaguez de algunos constituyentes que pasaron desde “los territorios” o las organizaciones sociales a ocupar un asiento en el Palacio Pereira es muy real. De un día para otro, ellos, los independientes, los contrarios a la política tradicional, se encontraron con el poder y se marearon, con mal de altura. Al hacerlo, corren el riesgo de quemar la Constitución a la que deberían dar vida.

Para colmo, fiel a sus promesas, el Partido Comunista ya ha empezado con su proyecto de “rodear” la asamblea, en un típico ejemplo de cómo concibe el diálogo político y su desprecio de aquello que Habermas llama una deliberación “libre de dominio”. Su actitud muestra que su compromiso con la democracia es puramente instrumental.

En su éxtasis, nuestros innovadores han imaginado que son los depositarios del poder constituyente originario. Se trata de un error bastante primario: si así fuera, no sería necesario un plebiscito de salida, que solo tiene sentido si el soberano o constituyente último no son ellos, sino que el pueblo de Chile.

La verdad es que su cometido es menos romántico de lo que piensan. Los convencionales son simples mandatarios nuestros, que tienen una misión muy específica: redactar un proyecto de nueva Constitución dentro de un plazo muy determinado, para presentarlo al país. La ciudadanía verá si lo aprueba.

El espectáculo que han presentado varios de ellos en estos días nos muestra, con todo, algunas cosas interesantes, y no todas son malas. De partida, sorprende que aún antes de ponerse a trabajar ya estén diciendo algunos que los plazos son muy cortos. Como los alumnos flojos, quieren aplazar el momento de la entrega. Parece que los espíritus puros que venían a renovar nuestra vida democrática han adquirido los peores vicios de la vieja política en un tiempo muy breve.

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 11.7.2021, D-7.

Antiguamente, cuando los cardenales se demoraban demasiado en elegir a un Papa, los ponían a pan y agua. Con ese incentivo la iluminación les llegaba muy rápido. Algo semejante deberíamos hacer con nuestros convencionales.

Los excesos han tenido, con todo, un efecto positivo. Hasta ahora, muchos poníamos nuestras esperanzas en la centroizquierda y su disposición a detener los desaguizados mayores. Sin embargo, los acontecimientos han llevado a que dentro de las propias filas frenteamplistas haya surgido una nostalgia por la sensatez.

La razón es muy simple. Para cualquier jurista o político, la idea de ser el padre de la nueva Constitución no solo corresponde a su sentido patrio, sino que constituye un notable estímulo para su autoestima. A todo el mundo le gustaría estar en la situación de John Adams, Thomas Jefferson o Mariano Egaña, que pudieron decir con orgullo a sus nietos: “Esta Constitución la hice yo”.

Con todo, sabemos que la historia latinoamericana ha estado plagada de constituciones mediocres y efímeras. No basta con querer enterrar para siempre “la Constitución de Pinochet” y poner sobre su tumba un árbol frondoso, bajo cuya sombra protectora se desenvuelva el nuevo Chile. ¿De qué sirve redactar una Constitución que pasará sin pena ni gloria? Nadie quiere que quemen su Constitución, como si fueran los dólares del “Cholo” en esa historia. Por eso, dentro del Frente Amplio hay buenas razones para impulsar la moderación.

En otras palabras: las declaraciones destempladas, los actos de matonaje y la intransigencia de algunos convencionales que recién despiertan a la vida pública no solo constituyen un problema para mí, sino también para esos potenciales padres de la nueva Constitución. Puede que las extravagancias hayan sido solo formas de marcar su territorio; a partir de hoy, es absurdo pensar que se gana pateando el tablero. Asimismo, hay un buen número de convencionales desconocidos y potencialmente sensatos.

Además, existe un fantasma que quizá se halle lejos, pero es real. Hasta ahora, la idea de rechazar el proyecto que nos propongan ha estado recluida en los círculos de la derecha más dura. Ahora bien, si los convencionales se ponen fantasiosos, si ceden a las presiones externas y nos presentan un esperpento, entonces puede crecer el número de quienes decidan rechazar ese proyecto, particularmente en un escenario de voto obligatorio, que no favorece a los extremistas, sino que da protagonismo al ciudadano medio.

Sería curioso que, por obra de la ebriedad constitucional de los sectores más radicales, se desechara esa nueva Constitución y volviera la Constitución de la transición en gloria y majestad.

Ese fantasma no me gusta. Como es el único camino elegido para canalizar la crisis, me interesa muy de veras que este proceso tenga éxito. Primera vez que mis anhelos coinciden con los de parte del Frente Amplio, y confieso que esa convergencia me da una gran tranquilidad.

JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO\*

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 4.7.2021, D9.

## 5. ALGUNOS ANIMALES SOMOS MÁS LIBRES QUE OTROS

Lo que pasó el jueves fue impresionante. Ese día el Gobierno anunció que los ciudadanos comenzaremos a recuperar un poco la libertad que nos quitaron en marzo de 2020, cuando llegó a Chile el coronavirus.

Así, en algunos días más se flexibilizará un poco el toque de queda, podremos ir al cine y al deporte. Eventualmente, salir de las ciudades y ver a los abuelos y a los primos. Todo muy de a poco y con condiciones. Pero sí, seremos ligeramente más libres. En especial los que hemos cumplido con las normas que nos han impuesto y hemos aceptado mansamente el confinamiento; esa especie de reclusión domiciliaria que cumplirá ya casi un año y medio. Ha sido como una verdadera condena.

Ese mismo jueves, de manera casi simultánea, la Convención Constitucional aprobó una resolución que llama a los poderes del Estado a liberar a los denominados “presos de la revuelta” y a los condenados mapuches por delitos cometidos en los últimos 20 años.

Como ven, en un mismo día se hicieron gestiones para liberar a los privados de libertad de la cuarentena, confinados por literalmente no hacer nada, y al mismo tiempo se pidió liberar a los privados de libertad por hacer mucho, como incendiar casas o templos con gente adentro.

“Es que, mal que mal, todos merecemos ser igualmente libres”, dirá algún poeta bolchevique.

Estos hechos me trajeron a la mente la famosa frase de la novela de Orwell *Rebelión en la granja* (*Animal Farm*): “Todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”.

Ustedes recuerdan el cuento. Los animales de una granja hacen una revolución, expulsan al granjero y deciden elaborar sus propias normas, en una especie de nueva Constitución política con siete leyes esenciales: 1. Todo lo que camina sobre dos pies es un enemigo; 2. Todo lo que camina sobre cuatro patas, nade, o tenga alas, es amigo; 3. Ningún animal usará ropa; 4. Ningún animal dormirá en una cama; 5. Ningún animal beberá alcohol; 6. Ningún animal matará a otro animal; 7. Todos los animales son iguales.

Después de “refundar” la granja, el grupo dominante de animales, que son los cerdos, logran regular todos los aspectos de la vida en común y consiguen el poder total, amparados en sus siete populares leyes. Los todopoderosos cerdos comienzan a descubrir las bondades de dormir en cama, beber alcohol y tener amigos humanos.

Entonces reescriben la Constitución, adaptándola según su conveniencia: se podrá beber alcohol, pero no en exceso, no se matará a otro animal a menos que haya buenas razones para ello, etc.

Y, por cierto, los cerdos también reescriben el séptimo mandamiento, que queda así: “Todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”.

Recordé esto y me sentí un burro. Tantos meses volví asustado a mi casa porque faltaban cinco minutos para el toque de queda y me aterraba no estar guardado a la hora.

¿Qué pasaría si yo saliera a protestar hoy por lo que me parece injusto, y le prendiera fuego a algo?

¿Seré considerado como un “preso político” y recibiré un indulto si me toman preso? ¿Podré alegar que merezco el mismo trato de los “presos de la revuelta”?

“Es que no”, me dirán quizás. “Porque es cierto que todos merecemos ser libres, pero algunos merecemos ser más libres que otros”.

JOE BLACK\*

## 6. PIPIOLOS VERSUS JACOBINOS: LOS LÍMITES DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Esta tribuna, publicada el domingo 20 de junio de 2021 por *El Mercurio*, se basa en algunos pasajes del reciente libro *Tensión constituyente: Estado, gobierno y derechos para el Chile postransición*.

La discusión de las últimas semanas sobre los límites de la Convención, gatillada por la “Vocería de los Pueblos”, debe ser puesta en una perspectiva más amplia. Parafraseando a la presidenta del Senado, Yasna Provoste, no es primera vez que se intentan desconocer los “bordes” del proceso (basta recordar las críticas al *quorum* de dos tercios). El fenómeno es curioso: si la propuesta de nueva Constitución no concita grandes acuerdos, su legitimidad hacia el futuro peligrará, y los primeros en advertirlo debieran ser quienes anhelan un cambio constitucional exitoso. ¿Cómo explicar, entonces, la insistencia en ese tipo de declaraciones? La respuesta exige un breve rodeo.

### ¿18 DE OCTUBRE O 15 DE NOVIEMBRE?

Un primer motivo remite a cierta confusión sobre el origen del itinerario constituyente: este no fue simplemente impuesto por “la fuerza” ni tampoco derivó de la “voluntad del pueblo”, sin más. En rigor, la brutal violencia que azotó al país desde el 18 de octubre no tenía norte conocido ni constructivo. Es evidente que el temor ante el (injustificable) vandalismo y la masividad de las manifestaciones influyeron en las decisiones de esos días, pero ni siquiera la dimensión pacífica de la protesta admitía una sola lectura: la “marcha más grande de Chile” fue tan masiva como inorgánica. No había voceros ni petitorios definidos y las reivindicaciones eran múltiples, desde las pensiones hasta el problema mapuche. La demanda constituyente estaba presente, pero junto a muchas otras.

¿De dónde surge, entonces, la ruta constitucional? Del sistema político. Guste o no, el Acuerdo de noviembre fue una apuesta transversal, desde la UDI hasta Gabriel Boric, para canalizar la crisis por la vía institucional. Ahí —y no solo en la

---

\*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 11.7.2021, D-2.

movilización social— reside el antecedente próximo del proceso en curso. No se trata de aquel poder constituyente originario con el que algunos sueñan, sino que de un cambio constitucional en democracia que, como tal, supone un esfuerzo de mediación y articulación política. Como cualquier proceso democrático, este debe respetar los plazos, los *quorum* y las restantes exigencias de un Estado de Derecho.

Pero, dicho eso, debemos reparar en la decisión adoptada. A la hora de procesar la crisis, los partidos optaron por una alternativa singular. ¿Por qué abrir un proceso constituyente? Es crucial entender las razones por las que se optó por este camino y no otro (como, por ejemplo, adelantar las elecciones para Presidente de la República y el Congreso Nacional). Explorar esta interrogante ayuda a comprender tanto el origen como las limitaciones del sendero que estamos recorriendo.

## LA VÍA DE LOS HECHOS

No es extraño jugar la carta constitucional para encauzar una crisis como la chilena. Cuando los reclamos son tantos y tan variados, es plausible volver a discutir las reglas básicas de la convivencia. Hoy, de hecho, esto nos ofrece una oportunidad para relegitimar nuestras principales instituciones. Con todo, debemos advertir que en esa jugada también influyeron motivos políticos internos. En síntesis, ellos fueron la incapacidad del oficialismo para dibujar una ruta alternativa y la abdicación de la centroizquierda respecto de su obra.

En efecto, este cuadro —casi sobra decirlo— se vio favorecido por la severa dificultad de la derecha para adoptar un sano reformismo institucional. Los vetos existieron e impidieron cualquier cauce gradual del debate sobre la Constitución (su desafío en adelante será plantear de modo constructivo y propositivo sus ideas: la transición se acabó). Pero tanto o más importante fue la permanente ambigüedad discursiva de la oposición. Ella culpó con frecuencia a terceros por decisiones que avaló o incluso promovió, y llegado el momento no tuvo inconvenientes para desconocer la institucionalidad con tal de renegar de su propia biografía.

El ejemplo más notorio fue la declaración opositora del 12 de noviembre de 2019, firmada desde la Democracia Cristiana hasta el PC. En ese día se observaron los peores episodios de violencia desde el 18 de octubre y Sebastián Piñera concluiría la jornada llamando desesperadamente al diálogo en cadena nacional. Sin embargo, el diálogo ya estaba condicionado. Según dicha declaración, la movilización había “corrido el cerco de lo posible”; “la única posibilidad de abrir un camino para salir de la crisis” pasaba por la nueva Constitución, y la protesta había “establecido, por la vía de los hechos, un ‘proceso constituyente’”. Si en 2005 el expresidente Lagos se jactaba de firmar su Constitución, en 2020 dominaba el arrepentimiento: la crisis era la oportunidad perfecta para un borrón y cuenta nueva.

En este fenómeno —en la abdicación de la centroizquierda— incidieron muchos elementos, pero quizá el principal fue la incapacidad de responder al cuestionamiento recibido desde las movilizaciones de 2011. Se trata de una mentalidad que también ha aflorado en el debate político español. La idea según la cual los pactos políticos o son puros y sin manchas o, sencillamente, son inaceptables. Si en los noventa se renegaba (con toda razón) de la estrategia de “todas las formas de lucha” que promovía el PC, ahora el extraño pecado es haber protagonizado un retorno pacífico a la democracia.

Cuando hoy la izquierda antidemocrática relativiza las reglas del juego, no hace más que llevar hasta sus últimas consecuencias ciertas lógicas que la propia centroizquierda validó en su minuto. Naturalmente, el éxito del proceso constituyente pasa en gran medida por abandonar ese tipo de actitudes. Un cambio constitucional en democracia requiere acuerdos entre los distintos sectores, y ello supone liderazgos sólidos, tan abiertos al diálogo como capaces de indicar con claridad el norte al que apuntan. Dirigentes que se tomen muy en serio la desafección ciudadana, pero también el debate razonado y el respeto a las reglas establecidas. De todo esto depende el futuro de nuestro país.

CLAUDIO ALVARADO\*

---

\*Director Ejecutivo del Instituto de Estudios de la Sociedad. Publicado en *El Mercurio*/ Santiago, 20.6.2021, D-7.

## II. ABORTO

### 1. HISTERIA ENTRE LAS POLÍTICAS FEMINISTAS FRANCESAS POR LA EMISIÓN DE “UNPLANNED” EN UN CANAL DE TELEVISIÓN

Francia vive una gran polémica político-social debido a la emisión de la película “Unplanned”. El martes el Consejo Superior de Medios Audiovisuales del país galó anunció al HuffPost haber recibido quejas tras la emisión el lunes por la noche, del largometraje antiabortista en el canal C8.

“Nuestros equipos examinarán la película emitida en antena y la examinarán con respecto a las normas legales aplicables, con el fin de *determinar si ha habido una infracción de estas normas*. En función de ello, el consejo decidirá o no intervenir ante el editor”, nos dijeron.

Desde el anuncio de la retransmisión del largometraje, estrenado en Estados Unidos en 2019, sopla un viento de ira entre las feministas de Francia. Este lunes, las ministras Élisabeth Moreno y Marlène Schiappa tomaron la palabra para denunciar esta iniciativa del canal del grupo Bolloré.

Moreno, Ministra de Igualdad entre mujeres y hombres aseguró que *se trata de “una abyecta herramienta de propaganda antiabortista”*, e insistió en que el aborto es “un derecho fundamental” e “inalienable para todas las mujeres”.

“No al estorbo, no a la culpa”, clamó en Twitter, por su parte, Marlène Schiappa, Ministra de Ciudadanía, aprovechando su tuit para compartir cifras destinadas a informar sobre el aborto.

La secretaria de Estado de Educación, Nathalie Elimas, deploró la película y apeló a “una lucha sin fin”, citando una famosa frase de Simone de Beauvoir en *El segundo sexo*.

#### UNA PRODUCCIÓN CONTROVERTIDA

*La historia de Unplanned es la de Abby Johnson*. Portavoz y luego directora de la sucursal texana de Planned Parenthood en Bryan, quien *un día asiste al aborto de una joven, entonces embarazada de trece semanas. A diferencia de las intervenciones en las que participó en el pasado, esta la trastorna*. Queda traumatizada y decide, de paso, renunciar a su puesto para comprometerse en la lucha contra el aborto.

Cuando se estrenó en los cines, la película tuvo cierto éxito al otro lado del océano, especialmente entre los críticos del aborto, como el exvicepresidente de Donald Trump, Mike Pence, que vio en el film un “redescubrimiento” del reconocimiento de los estadounidenses por “la santidad de la vida”.

## C8, PROPIEDAD DE UN CATÓLICO PRACTICANTE

La película, emitida en horario de máxima audiencia, no es la primera polémica sobre este tema del canal de Vincent Bolloré, un católico practicante que nunca ha ocultado sus convicciones provida\*.

---

\*Publicado en *Infocat*, 18.8.2021.

## 1. MATRIMONIO Y DERECHO

¿Cómo se puede evaluar la relación entre el Derecho y el matrimonio? ¿Qué criterio empleamos para discernir si el reconocimiento jurídico de una realidad es adecuado? ¿Cuándo una distinción jurídica se vuelve una discriminación arbitraria e injusta? La pregunta racional respecto del eventual carácter discriminatorio de la heterosexualidad como exigencia del matrimonio debe estar precedida por una pregunta de la racionalidad del Derecho y de las instituciones jurídicas.

Pues bien, el Derecho es orden al bien común, y las instituciones jurídicas son ordenaciones particulares de ciertas realidades según los fines que las determinan o definen y según cómo colaboran con el bien común. Ello incluye tomar en cuenta condiciones objetivas de los sujetos que participan en ellas. Por esto es crucial preguntarse cuál es el fin del matrimonio y qué condiciones objetivas exige a sus participantes.

Hasta ahora, se había entendido que el matrimonio es una amistad que se especifica por su disposición y apertura a la generación de la vida de otro ser personal, fundando aquella comunidad de padres e hijos que es la familia (cuya importancia social es la razón de que el Derecho proteja especialmente el matrimonio). Por ello se asumía que exige la natural complementariedad procreativa de la unión personal de un varón y una mujer (que trasciende, sin dejar de integrarla, su sola dimensión biológica; y que, por ello, no puede ser transformada esencialmente por las innovaciones de la tecnología reproductiva). Pues bien, si aquel es el fin del matrimonio, no hay discriminación arbitraria en la exigencia subsecuente.

De aquí que el proyecto en trámite supone una redefinición del matrimonio por la sustitución de sus fines: se transforma en la institucionalización de sentimientos afectivos, eventualmente asociados al uso de la sexualidad (uso igualmente desprovisto de fines racionales). Pero, entonces, deberíamos preguntarnos por qué razón el Derecho habría de proteger especialmente esta unión: porque lo cierto es que, si se tratase solamente de la institucionalización de afectos, no tendría sentido la protección especial del matrimonio por el Derecho (como tampoco tiene sentido proteger especialmente el noviazgo, o cualquier otra especie de unión puramente afectiva).

Sin embargo, son las propias aspiraciones de quienes defienden el matrimonio “igualitario” las que contradicen esta redefinición: su empeño en mantener la asociación entre matrimonio y familia, y su exigencia de que incluya la adopción, son manifestaciones claras de que, en el fondo, permanece la vieja racionalidad de los fines. Se reconoce, implícitamente, que el matrimonio existe para fundar una familia que es comunidad de padres e hijos, y que esta es la razón por la que debe ser protegido jurídicamente.

Pero ahora se quiere este fin sin el límite de las condiciones objetivas de los sujetos: no parece importar ya la natural complementariedad del varón y la mujer. Incluso parece que la biología puede ser reemplazada por la técnica, y que la voluntad no debiera estar sometida a la realidad, ni los sentimientos a la razón.

El Derecho, al parecer, no debería más que servir a la absoluta e indiscriminada autonomía individual.

Pero los argumentos en favor del carácter heterosexual del matrimonio son fuertes y tienen el respaldo de siglos de tradición jurídica y filosófica. Para una reforma tan radical no basta el ambiguo recurso a la "libertad y la no discriminación", ni menos el reemplazo de la racionalidad del Derecho por un voluntarismo absoluto.

GABRIEL BOCKSANG HOLA  
FELIPE WIDOW LIRA\*

---

\*Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de Filosofía del Derecho, de la misma Facultad, y, respectivamente de la Pontificia Universidad Católica de Chile.



# JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA

(9.3.2021)

Diego Vargas Castillo c/Ministro de Salud  
(Recurso de protección/libertad de culto e igualdad  
ante la ley/acogido, art. 19 N<sup>os</sup>. 2, 6 y 12 de la Constitución)

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los fundamentos tercero a duodécimo, los que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que en autos Rol 19.062-2021 don Diego Alberto Vargas Castillo deduce recurso de protección en contra de don Óscar Enrique Paris Mancilla, Ministro de Salud, denunciando como acto ilegal y arbitrario la Resolución Exenta N° 43 del Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el día quince de enero del presente año, que ordena la prohibición de celebrar y asistir a “eventos con público en que los asistentes tienen ubicación fija” en comunas que se encuentran en Cuarentena y Transición, comprendiendo entonces la misa del día domingo.

Señala que la celebración y asistencia presencial a ese acto ritual constituye la esencia de la fe que profesa, de acuerdo a los cánones de las normas que regulan los ritos y sacramentos de su religión, manifestado en diversos instrumentos canónicos y doctrinales indicados en el recurso.

La situación generada a raíz de la mencionada Resolución exenta vulneraría la garantía del artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República.

El recurrente indica que el recurso interpuesto no tiene la intención ni propósito de discutir los méritos de las políticas públicas adoptadas por la autoridad en el marco de los estados de excepción constitucional. Solo busca restablecer el derecho que le asiste constitucionalmente de acuerdo al artículo 19 N° 6 de la carta fundamental.

Solicita, en definitiva, que se acoja el recurso adoptando las medidas que juzgue necesarias para que se levante la prohibición de asistir a Misa el día domingo.

SEGUNDO: Que el recurrido, en su informe, indica que la política pública, en el marco de la que se decretó la norma recurrida, forma parte de las medidas que el ejecutivo tiene, por disposición constitucional y legal, la facultad de dictar, con el objeto de preservar, en este caso concreto de pandemia, la salud de la población, “en atención al criterio y competencia técnica”.

En el informe señala, asimismo, que el dinamismo de la emergencia sanitaria provocada por la pandemia obliga a adoptar medidas destinadas a la protección de la salud de la población, las que son revisadas y adecuadas a la situación, fomentando el aislamiento social y potenciando el sistema de salud para recibir la demanda por contagios. El recurrente enumera las diversas medidas adoptadas a este respecto y señala que éstas no generan violación a la garantía del artículo 19 N° 6 de la Constitución, ya que ellas no podrían “afectar la capacidad de rendir un homenaje religioso, tanto interna como externamente, privada o públicamente” y “que se han adoptado diversas medidas para continuar participando de distintas actividades de forma remota, tanto en lo laboral, a nivel educacional, de tratamientos médicos, entre otros. De modo que las medidas sanitarias establecidas por la autoridad no impiden el ejercicio de la libertad de culto y la participación en diversos ritos u oficios religiosos de forma remota”. Termina señalando que la limitación de asistir a oficios religiosos durante la Fase 1 o Cuarentena, “obedece a una decisión epidemiológica-técnica, pues dada su duración y características, es una instancia en la que puede propagarse el virus, que es precisamente lo que se pretende evitar”.

TERCERO: Que la Corte de Apelaciones de Arica rechazó el recurso de protección señalando que el derecho contenido en el artículo 19 N° 6 de la Constitución importa “la obligación del Estado de no perturbar, amenazar o restringir el ejercicio de la libertad religiosa”. Sostiene asimismo que la libertad de cultos de acuerdo a la letra b) del artículo 6° y la letra a) del artículo 7 de la Ley N° 19.638, comprende la facultad de las personas para practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto, conmemorar las festividades, celebrar sus ritos, observar su día de descanso semanal, así como también la facultad de reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, como asimismo, entre otros, el ejercicio libre de su propio ministerio”. Indican los sentenciadores que la libertad religiosa es de aquellos derechos que, de acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica, le es permitido al Estado su suspensión cumpliendo los requisitos de los artículos 30 y 32.2. Suma como antecedente de derecho, entre otros, lo consignado en el artículo 1° y 4° del Código Sanitario, normas que debidamente aplicadas en el contexto de un estado de excepción constitucional, permiten a la administración dar cumplimiento al deber del artículo 1° inciso 4° de la Carta Fundamental. Así, el derecho pretendidamente vulnerado, no se encuentra dentro de aquellos que, por disposición legal y constitucional recién mencionados, como por el artículo 18 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 12 N° 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no puedan ser objeto de restricciones, limitaciones o suspensiones.

CUARTO: Que en un primer orden de consideraciones, corresponde dejar expresado que la Carta Fundamental señala que solo el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas puede ser afectado bajo situaciones de excepción constitucional (art. 39), agregando que por la declaración de estado de catástrofe, en Presidente de la República podrá *restringir* las libertades de locomoción y de reunión, pudiendo, además, adoptar todas las medidas extraordinarias

de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad (art. 43, inciso 3°). Por su parte el legislador ha dispuesto que se entiende que se “suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio” y se “restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se *limita* su ejercicio en el fondo o en la forma” (artículo 12 de la Ley 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción). Durante tal estado el jefe de la Defensa Nacional tendrán, entre otros la atribución de “establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público” (art. 7 N° 4 de la ley citada).

Bajo este contexto los tribunales no están habilitados para revisar la declaración de los estados de excepción. “No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.

De igual modo procede consignar que, de acuerdo a la Carta Política, son materia de ley las que corresponde regular por leyes orgánicas constitucionales y las que el texto fundamental exija ser regulado por una ley simple o de quórum calificado (art. 63, N°s. 1 y 2), sin que esté permitido extender la delegación de facultades legislativa a las materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado; entre otras materias (art. 64, inciso 2° de la Constitución).

QUINTO: Que el Ministerio de Salud dictó la Resolución Exenta N° 43, publicada en el Diario Oficial de 15 de enero del presente año, modificada por la Resolución Exenta N° 167, de 22 de febrero pasado.

Al disponer esa resolución, que, entre otras normas, tiene en vista lo dispuesto: “en el decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta Alerta Sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019- NCOV) y que fue prorrogado por el decreto N° 1, de 2021, del Ministerio de Salud; en el decreto supremo N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, prorrogado por los decretos supremos N° 269, N° 400 y N° 646, de 2020, de la misma cartera de Estado; en el decreto supremo N° 9, de 2020, del Ministerio de Salud, que Establece coordinación por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional que indica y designa Ministro Coordinador”.

La autoridad entre otros fundamentos, tiene en consideración:

“1. Que, al Ministerio de Salud le compete ejercer la función que le corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma, así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

“4. Que, asimismo, a esta Cartera le corresponde velar por que se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de la población”.

“7. Que, el 11 de marzo de 2020 la OMS concluyó que el Covid-19 puede considerarse como una pandemia”.

“10. Que, el 5 de febrero de 2020, este Ministerio dictó el decreto N° 4, que decreta Alerta Sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV). La vigencia de dicho decreto fue prorrogada a través del decreto N° 1, de 2021, del Ministerio de Salud, hasta el 30 de junio de 2021”.

“11. Que, el señalado decreto N° 4 entrega facultades extraordinarias a este Ministerio y a los organismos descentralizados que de él dependen. Así, para el ejercicio de dichas facultades es necesaria la dictación de un acto administrativo que deje constancia, permitiendo la ejecución de las medidas que ahí se disponen. Asimismo, debido a que el brote de Covid-19 afecta a todo el país, las medidas que se dispongan deben ser aplicadas en todo el territorio nacional o en la parte del territorio que se determine”.

“12. Que, es función del Ministerio de Salud ejercer la rectoría del sector salud. Que, asimismo, al Ministro le corresponde la dirección superior del Ministerio”.

“13. Que, con fecha 18 de marzo de 2020, Su Excelencia el Presidente de la República declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, en virtud del decreto supremo N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Así, el artículo 4o de dicho decreto dispone que, para el ejercicio de las facultades que ahí se entregan, “los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud”. Dicho estado de excepción constitucional fue prorrogado a través de los decretos supremos N° 269, N° 400 y N° 646, todos de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública”.

“14. Que, a la fecha se han dictado diversas resoluciones exentas del Ministerio de Salud, que disponen medidas sanitarias que indican por brote de Covid-19. Ello, por cuanto la situación epidemiológica se encuentra en constante cambio, lo que requiere de actualizaciones en las medidas”.

“15. Que, así, a través de la resolución N° 43, de 2021, del Ministerio de Salud, se dispusieron las medidas sanitarias que ahí se indican y se estableció el nuevo plan ‘Paso a Paso’”.

“16. Que, sin perjuicio de lo anterior, la situación epidemiológica del brote de Covid-19 se encuentra en pleno desarrollo, por lo que es necesario actualizar, en breves plazos, las medidas sanitarias que se disponen para el control de la emergencia descrita”.

Con tales antecedentes, el Ministro de Salud, señor Enrique Paris Mancilla, entre otras determinaciones de naturaleza sanitaria, resolvió innovar en algunas regulaciones, conforme a las distintas etapas de la planificación, de la siguiente forma:

66, 76 y 86. “De las actividades deportivas. Se autorizan las actividades deportivas en lugares públicos y privados, incluyendo el funcionamiento de gimnasios abiertos al público”.

“Las actividades señaladas en este numeral no podrán contar con público”.

“Podrán concentrarse un máximo de” 10, 25 y 50 “personas en lugares abiertos”, según corresponda. “Se permitirá la maquinaria de gimnasios en espacios

exteriores, no superando la razón de una persona por cada 8 metros cuadrados de espacio disponible”.

“En el caso de aquellas actividades que se realicen en lugares cerrados, deberán seguirse las siguientes reglas:”

“a) En las salas de actividades dirigidas, no podrá haber más de” 5, 8 o 12 personas, respectivamente, “en cada una de ellas simultáneamente, existiendo una separación de al menos 2 metros entre personas.

“b) En las salas de máquinas, deberá existir, al menos 2 metros de distancia entre cada persona, con un aforo máximo de 1 persona por cada 8 metros cuadrados de la superficie útil de la sala.

c) La asistencia deberá programarse a través de bloques horarios cuya duración podrá determinarse por cada gimnasio. El usuario deberá elegir un bloque horario y extender su actividad en el gimnasio dentro de dicho espacio de tiempo.

d) Se permite el uso de camarines, duchas y casilleros dentro de cada bloque horario.

e) Deberá existir ventilación permanente y adecuada, sea esta natural o artificial”.

SEXTO: Que, atendido lo consignado en las motivaciones precedentes, es del caso subrayar que ha sido la autoridad administrativa del Ministro de Salud, la cual ha dispuesto diferentes determinaciones de carácter sanitario, en las que ha tenido en consideración las motivaciones derivadas de la pandemia provocada por el Covid-19, las cuales se ha señalado, además, que están adoptadas al amparo de la habilitación del estado de excepción constitucional de catástrofe, el cual faculta para restringir y no suspender el ejercicio de las garantías constitucionales, que en los términos de la misma ley importa limitar su ejercicio, esto es, “fijar la mayor extensión que pueden tener los derechos o facultades” (Diccionario RAE), determinando los extremos que puede tener la acción respectiva que los representa.

Surgen de este modo las siguientes cuestiones conexas: a) la regulación que se dicte no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto incluso el legislador no está habilitado normalmente para ello (art. 19, N° 26 de la Constitución); b) solamente se permite a la autoridad, en el estado de excepción de catástrofe, restringir ciertas garantías constitucionales, fijando los límites a su ejercicio, precisando la forma en que éstas se ejercerán; c) nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional, y d) cualquier reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, entre las cuales no es posible establecer discriminaciones arbitrarias, por cuanto ello afecta la dignidad de las personas.

SÉPTIMO: Que, atendidos esos antecedentes, esta Corte se referirá a la procedencia del recurso, analizando si la prohibición por acto de la autoridad de asistir a misa los días domingos, limita, suspende o restringe el ejercicio de un derecho o libertad fundamental.

OCTAVO: Que lo planteado por el recurrente es susceptible de ser enmarcado bajo el prisma de diferentes derechos fundamentales derivados, como se ha dicho, de

la dignidad humana, esto es la libertad, en las diferentes manifestaciones de ella: de conciencia y religión; de locomoción; de opinión y de reunión: Además, se encuentra comprometida la igualdad, también en algunas de sus especies: ante la ley; ante las cargas públicas; en la aplicación de la ley; en el trato que debe entregarnos el Estado y sus autoridades; en la regulación que se haga de los derechos, en este caso, de los de carácter civil, político y social.

A este respecto, es necesario referirse, en primer término, a la protección de la libertad de conciencia, para despejar los eventuales conflictos que puedan existir con la regulación de su ejercicio en el estado de excepción constitucional que se ha dispuesto en el país.

El derecho constitucional recoge esta libertad en su artículo 19 N° 6 al proteger “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”. Este derecho se encuentra desarrollado en la Ley N° 19.638, en sus artículos 6° y 7°, que permiten en resumen la práctica pública o privada, sea individual o colectiva, de los actos y ritos propios de cada confesión. En el caso del presente recurso, y de acuerdo a las normas y doctrina de la religión profesada por el recurrente, se configura la misa dominical presencial como parte esencial de su creencia religiosa, en tanto manifestación colectiva de la fe que profesa.

La libertad de religión y culto, presuponen sin embargo de forma expresa la posibilidad de ser objeto de contriciones generales en su ejercicio – moral, buenas costumbres y orden público –. Sin embargo, ello no autoriza a entender que, en estados de excepción, tal libertad pueda suspenderse o imponer condiciones que impidan, en los hechos, su ejercicio, pues dichas situaciones excepcionales solo admiten tales restricciones cuando constan expresamente en las normas constitucionales y legales que las regulan. En este caso, tanto la ley orgánica ya citada como las normas constitucionales sobre estados de excepción, solo admiten en estado de catástrofe (artículo 43 inciso 3° de la Carta Fundamental), al Presidente de la República “restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”. Ninguna de estas facultades admite ser interpretada como habilitación para suspender o restringir la libertad de religión y de culto garantizada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución.

A nivel internacional, la libertad de conciencia y religión están recogidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18 N° 1 que dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

Por su parte la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo 12 N° 1 que “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o

sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.

Ambos tratados, disponen también de la posibilidad de restricciones al derecho pero ninguno de los dos permite que el Estado suspenda su ejercicio.

Con todo, lo dispuesto en dichos instrumentos ha de ser recogido, en lo que a cada país signatario toca, en su propio derecho interno, no solo en aras del principio de certeza u seguridad jurídica, sino del cumplimiento de la regla esencial del derecho público, en el sentido que la autoridad ha de cumplir estrictamente con lo previsto en el artículo 7° inciso 2° de la Constitución: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Por la razón indicada, aunque exista la hipotética posibilidad de restringir la libertad que nos ocupa, la concreta restricción debe estar amparada en las normas constitucionales y legales que establecen el estatuto respectivo, lo cual no se constata en lo que a la situación de excepción que motiva la medida objetada respecta. En efecto, debe precisarse inmediateamente, que la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical no puede estar suspendida, la restricción se puede generar a la luz de la cantidad máxima de personas que concurren al momento de su servicio, esto es el aforo. Sin embargo, respetándose este aforo máximo, regulado por razones sanitarias de emergencia, el derecho se puede ejercer sin otra restricción.

De este modo y de acuerdo a los antecedentes allegados a la causa, para la regulación y doctrina de la religión que profesa el requirente, la misa dominical presencial está en el centro de sus creencias, indisolublemente ligada a la manifestación de sus convicciones religiosas más profundas. La misa dominical presencial sería el núcleo de su religión. Esto no por definición del recurrente, sino por las definiciones normativas y de autoridad de los que conducen la religión y el culto que profesa. Esta centralidad es recogida por el sentenciador en sus considerandos 6° y 12°.

De este modo, al no estar habilitada por la norma constitucional como tampoco por la ley, no es posible, a propósito de la vigencia de un estado de catástrofe, suspender la garantía de libertad de conciencia en lo relativo a la religión que profesa el recurrente, por la Resolución Exenta N° 43, conforme a la modificación introducida por la N° 167, las cuales lesionan este derecho respecto de quien recurre.

NOVENO: Que, si bien la asistencia a un rito religioso es esencialmente la exteriorización de una religión, es asimismo la manifestación de una opinión devenida en convicción o creencia profundamente enraizada en la cosmovisión que la persona tiene sobre la vida.

En este orden de ideas, una opinión y la libertad de expresarla, puede consistir en “un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia” (Jose Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2012, p. 386 ”, pero su significado no se agota ahí.

Así, la libertad de opinión y expresión consiste en la manifestación de un “concepto o apreciación que se tiene respecto de cualquiera situación, con el fin de exteriorizar una realidad o difundir una verdad tal como se la percibe” (Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, 2008, p. 291).

Se ha expresado que la libertad religiosa tiene una vertiente objetiva, que impone al estado un papel neutral, respetando tanto a quien estima pertinente no adscribirse a una confesión religiosa, como la de optar por la que le interprete en mejores términos. En la fase subjetiva, está referida a una faz interna y otra externa. La primera es la autodeterminación intelectual referente al fenómeno religioso, consistente en creer o no creer, ejerciendo los derechos respectivos.

En su concepción subjetiva externa “la libertad religiosa se transforma en libertad de culto, la que permite el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellos la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa, el derecho a recibir asistencia religiosa, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. Así, la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente, facultando al creyente para concurrir a los lugares de culto, practicar los ritos ceremoniales, desarrollar y exhibir símbolos religiosos, observar las fiestas religiosas, solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario, erigir y conservar templos o iglesias destinadas al culto” (Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I, pág. 554). La libertad de culto está configurada en el artículo 6 literales b, c, d y e de la Ley N° 19.638.

En el caso del recurso, la asistencia a un acto ritual en un día determinado constituye el vehículo para la exteriorización de una verdad. Para el recurrente, esa verdad a la que adhiere vitalmente es, de acuerdo a las reglas e instrumentos normativos y doctrinarios que rigen esa verdad –señalados en el recurso–, solo posible difundirla y exteriorizarla un día en específico de la semana, esto es un domingo y de manera presencial.

La creencia en una verdad, es entonces parte de la libertad de opinión protegida por la Constitución. Es así como es posible incluso leer en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que esta libertad consiste en “la facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree” (Informe de la CENC, RCHD 1-6, 1981, p. 201).

Este derecho contenido en el artículo 19 N° 12 de la Constitución es de aquellos que bajo ninguna circunstancia puede ser limitado, suspendido o restringido. Ni aún en contexto de estados de excepción constitucional, no siendo por lo tanto aplicable en este caso la Ley Orgánica Constitucional N° 18.415 sobre Estados de Excepción, según ya antes se ha explicado, pues tampoco es de aquéllos previstos como posibles de restringir o suspender de acuerdo al inciso 3° del artículo 43 de la Constitución.

Atendido lo señalado, la Resolución Exenta N° 43 del Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el día quince de enero del presente año, con la modificación introducida por la Resolución Exenta N° 167, de 22 de febrero pasado, infringe también este derecho.

DÉCIMO: Que la autoridad administrativa ha entregado permisos en el contexto de pandemia, que permiten entre otras por ejemplo, desplazarse a lugares con el objeto de practicar deporte. De acuerdo al Plan Paso a Paso, está permitido que, en Fase 1 o Cuarentena, las personas puedan realizar actividades al aire libre de naturaleza deportiva o pasear. Esto se autoriza todos los días, entre las 7:00 y las 8:30 horas de lunes a viernes. Todo esto sin necesidad de permiso alguno. Del mismo modo es posible desarrollar “actividades que se realicen en *lugares cerrados*”, respetando las disposiciones que se indican para cada fase de la planificación, con un máximo de 5 personas en la etapa con mayores restricciones.

Si bien, mediante esta autorización, se busca el cuidado de la salud física y síquica de las personas, resulta que, en situaciones similares, es decir Fase 1 o Cuarentena y en ambientes abiertos respetando los aforos que establezca la autoridad, no se permitan actividades de culto, esenciales y centrales en las creencias vitales analizadas en el considerando cuarto.

En ese orden de ideas, existe, mediante la aplicación de la norma impugnada en autos, un tratamiento diferenciado injustificado y por ende discriminatorio a situaciones que deben estar sometidas al mismo régimen de permisos, *vg.* realizar actividades deportivas respetando aforos y medidas sanitarias y la concurrencia presencial a un culto religioso, desarrollado también con medidas similares.

Es por esto que la medida aplicada invocada por el recurrente, lesiona también el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues afecta la igualdad ante la ley del requirente.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo que dispone el artículo 19 números 2, 6 y 12 del artículo 19 y artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, *se revoca* la sentencia apelada de ocho de marzo de dos mil veintiuno y, en su lugar se declara que se *acoge* el recurso de protección para el solo efecto de declarar que al recurrente, don Diego Alberto Vargas Castillo, le asiste el derecho fundamental que le posibilita concurrir al culto dominical presencial, debiendo la autoridad respectiva establecer un sistema de permisos para tal fin, que le permita desplazarse con este objeto, debiendo en la ceremonia religiosa respectiva cumplirse los aforos máximos determinados por la autoridad con motivaciones sanitarias, considerando los espacios abiertos o cerrados en que se lleven a efecto y de acuerdo a las fases o etapas del plan generado a estos efectos.

*Se previene* que el ministro señor Muñoz y la ministra señora Ravanales no comparten el párrafo octavo del fundamento noveno, pero sí entienden que la libertad de conciencia y en especial la libertad religiosa, en sus vertientes objetiva y subjetiva, esta última restringida a su faz interna, tienen un carácter absoluto y no pueden ser afectadas de ninguna manera por el Estado, incluidos los estados de excepción constitucional. Por el contrario, ante circunstancia de excepción es posible que pueda ser objeto de restricciones la vertiente subjetiva en su faz externa, la cual comprende el derecho a manifestar la fe, sin perjuicio siempre de respetar los principios generales igualdad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, fundamentación, racionalidad y bien común que debe orientar siempre a la autoridad administrativa.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la abogada integrante señora Benavides y la prevención de sus autores.

Rol N° 19.062-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por la Abogada Integrante Sra. María Angélica Benavides C.\*.

## COMENTARIO

*Porque el celo de tu Casa me devora*  
Evang. San Juan, 2, 17\*\*.

## INTRODUCCIÓN

La sentencia suprema del 24.3.2021, protección acogida *Vargas Castillo c/Ministro de Salud*, a raíz de una Resolución exenta que “prohibía” las celebraciones eucarísticas los días domingos y asistir a ellas, vino a satisfacer –no del todo, es cierto– a millones de católicos que vieron muchísimas semanas impedida la posibilidad de asistir y compartir su fe –*que es esencialmente comunitaria*– como miembros de la Iglesia, fundada por el mismo Jesucristo/Verbo de Dios, encarnado ex María Virgine, sobre Pedro (“sobre esta piedra edificaré mi iglesia”, Ev. San Mateo, 16, 16), celebración eucarística que es *sacramentum fidei*, vale decir “el signo de la fe católica”, su manifestación fundamental.

Aun cuando el fallo recae en una protección deducida por un solo agraviado y, por tanto, sus efectos quedarían radicados únicamente en él, en cuanto no cabría aplicarle dicha Resolución exenta 43/Minsal (D. Oficial 15.1.2021), lo cierto es que habiéndola declarado contraria a la Constitución por haber afectado varios derechos fundamentales (culto/19 N° 6, su contenido esencial/19 N° 26, igualdad ante la ley/19 N° 2 y opinión/19 N° 12), sus efectos han sido generales y así lo entendió la autoridad gubernamental, modificándola.

La prohibición de celebrar Misas dispuesta por la autoridad administrativa por razones sanitarias –peste china– ya desde marzo 2020 y de asistir a ellas y la obligación de “confinamiento” para los “adultos mayores” (especialmente sensibles

---

\*Debe señalarse que sobre este tema hay otra acción de protección, fallada cerca de un mes después por la Corte Suprema, igualmente acogida, *Miguel Ignacio Espinoza Cid y otros c/Ministro de Salud* (1°.4.2021, rol 21.963, ministros Muñoz G., Vivanco M., D. Lusik (s) y abogados integrantes D. Munita y E. Alcalde); comentario de J. Precht y J. Corvalán en Diario Constitucional N° 368/6.5.2021.

\*\*El “celo” de Jesucristo de que habla San Juan, al referir el pasaje de la expulsión de los vendedores/comerciantes del Templo de Jerusalén, concierne a un deseo ardiente de dar gloria a Dios y salvar almas, deseo que lleva a una actividad constante para obtener un fin; en otros términos es un impulso íntimo que promueve el buen obrar.

por tener frecuentemente afecciones de base/cardiovasculares, pulmonares, diabetes, etc.) hizo que la libertad de culto (19 N° 6) fuera muy gravemente afectada y ello durante casi un año<sup>1</sup>.

De allí que este fallo ha sido no solo muy esperado sino además muy bienvenido, si bien sus resultados no han sido los esperados, ya que la autoridad ha insistido en disponer aforos desproporcionados además de discriminatorios y en impedir que puedan acudir al trabajo, sin trabas especiales en las comunas con cuarentenas (como Santiago, aún a mediados de mayo 2021) quienes realizan trabajos de limpieza y de seguridad en las iglesias respectivas.

## ANÁLISIS DEL FALLO

1. Nos parece de interés resaltar un aspecto en extremo importante que esta sentencia suprema aborda en su exacta perspectiva, cual es el tema al que dedica su considerando 8ª, esto es, el nivel internacional de la libertad de conciencia/libertad religiosa.

Dado que el fallo de la Corte de Apelaciones de Arica (8.3.2021), tribunal de la instancia, que rechazara la protección deducida por estimar que no había violación de tal derecho fundamental (19 N° 6), se había extendido en los textos internacionales sobre el tema, la Corte Suprema, dice muy bien, en plena conformidad con la Constitución, que aunque tales Pactos y Convenciones puedan plantear “la posibilidad de restricciones al derecho ninguno de ellos permite que el Estado suspenda su ejercicio”. Y agrega –algo esencial–: “Con todo, lo dispuesto en dichos instrumentos ha de ser recogido, en lo que a cada país signatario toca en su propio derecho interno, no solo en aras del principio de certeza o seguridad jurídica, sino del cumplimiento de la regla esencial del derecho público, en el sentido que la autoridad ha de cumplir estrictamente con lo previsto en el artículo 7ª inciso 2º de la Constitución: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. Vale decir, debe sujeción a lo que llamáramos allá por 1990 “la regla de oro del derecho público chileno”, base fundamental del imperio del Derecho en Chile, en cuanto sujeción integral del Estado y cada uno de sus órganos al Derecho, tanto en su obrar como en su existir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Que *la fe católica es esencialmente comunitaria* deriva que quienes adhieren a ella forman el llamado “pueblo de Dios”, que constituye la Iglesia, la cual es “signo universal de salvación” (como recuerda bellamente *Lumen gentium* N° 48 Constitución dogmática sobre la Iglesia/Concilio Vaticano II, Roma, 21.11.1964).

A propósito de la terminología que utiliza la autoridad sanitaria nótese el término “confinamiento”, vocablo de la legislación penal que es propiamente una “pena penal” en nuestro ordenamiento jurídico (art. 33 del Código Penal) y que es definida como “la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado con residencia forzosa”.

<sup>2</sup>Vid. nuestro *La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*, en Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel. Anales de la Universidad de Chile. Quinta Serie N° 20, agosto 1989, 803-833, también en *Revista de Estudios Históricos Jurídicos* (Universidad Católica de Valparaíso) 15 /1992-93,

Y continúa muy certeramente diciendo que si existiera “la hipotética posibilidad de restringir la libertad que nos ocupa, la concreta restricción debe estar amparada en las normas constitucionales y legales que establecen el estatuto respectivo, *lo cual no se constata en lo que a la situación de excepción que motiva la medida objetada*” (cursivas nuestras), concluyendo que la Resol. Ex. 43 (con las modificaciones de la Res. 167/22.2.2021) “lesionan este derecho respecto de quien recurre” (“libertad de conciencia en lo relativo a la religión que profesa el recurrente”).

2. Sobre este último aspecto cabe agregar, desarrollando la idea, que la Constitución (en adelante CP) cuando en su Título IV Gobierno, párrafo 4º “Estados de excepción constitucional” (arts. 39-41/45) establece la situación de “calamidad pública” (art. 39) y contempla “el estado de catástrofe” en caso de “calamidad pública” (art. 41), al regular las atribuciones que confiere al Presidente de la República en cada estado de excepción, precisa en su artículo 41/43 inciso 3º que *podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión* pudiendo, además, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada” (cursivas nuestras).

Se ve bien, por una parte, que el estado de catástrofe no permite limitación alguna a la libertad de conciencia/libertad religiosa/de culto (19 N° 6), ni suspensión y mucho menos prohibición alguna de su ejercicio. Toda imposición administrativa –e incluso legal– que pretenda prohibirla, suspenderla o restringirla/limitarla deviene *ipso iure* inconstitucional, ya que incide, además en la afectación de su contenido esencial (19 N° 26).

Ahora bien, el tema no es tan simple como pareciera ya que el texto constitucional sí permite la atribución presidencial de “restringir” el derecho/libertad de reunión (19 N° 13).

Viene aquí a jugar el término *restringir*, vocablo que nos tocara plantear en el Tribunal Constitucional al revisar este el proyecto de ley del ambiente (hoy Ley N° 19.300/1994), en su sentencia de 28.2.1994 y que desarrolláramos luego en un trabajo académico<sup>3</sup>.

Suele haber habido –y aún hoy lo vemos en la Res. Ex. 43/Minsal cit.– la perversa confusión de tomar el término “restricción” por “prohibición” y quisiera pensar que por ignorancia (vergonzosa en una autoridad estatal) que no por un instinto totalitario, aunque en esto se traduzca en la práctica<sup>4</sup>. Y digo ignorancia (con el debido respeto de quien carece de conocimientos) porque basta acudir a la palabra “restringir”/“restricción” para advertir que es el mismo término *restrin-*

---

333-358 (una síntesis en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 163-172).

<sup>3</sup>Vid. nuestra “Suspensión, restricción, nociones claves para la debida defensa de los derechos fundamentales”, en *Derecho Administrativo* cit. /1996, vol. 2, 91-95.

<sup>4</sup>Recuérdese las “restricciones vehiculares”, que eran dispuestas por resoluciones exentas del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones cuyo “Resuelvo” era seguido de un “Prohíbese...”(v.gr. N° 23, de 9.4.1994, para citar alguna), en que si se “prohibía” ya no era “restricción”...

gere/latino, pero en nuestra lengua romance, y que no significa sino “reducir”, “aminorar”, “menguar”, pero jamás “impedir” algo prohibiendo su actuar, su ejercicio. Lo cual es acogido *in integrum* por la Constitución en su artículo 19 N° 26, verdadero “cierre” del principio de juridicidad, al impedir que la ley (y con mayor razón un acto administrativo, que está siempre subordinado a la CP y a la ley) pueda “afectar” los derechos en su esencia, “ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Igualmente ello lo recoge la Ley 18.415/1985 –orgánica constitucional de estados de excepción– en su artículo 12, en cuanto dispone “que se *suspende* una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional” (inciso 1°), agregándose que se entiende que “se *restringe*” cuando durante la vigencia de un estado de excepción se limita su ejercicio, “en el fondo o en la forma” (inciso 2°) (cursivas nuestras). Esto es, “restringir” es reducir a menor amplitud o extensión el ejercicio de un determinado derecho, pero jamás será prohibirlo o suspenderlo<sup>5</sup>.

Todo ello lo precisa bien el considerando 6°, que reitera que la habilitación constitucional (y legal, Ley 18.415) faculta para restringir –y no impedir, ni suspender– el ejercicio de las garantías constitucionales que en los términos de la misma ley importa limitar su ejercicio, esto es “fijar la mayor extensión que pueden tener los derechos o facultades (Diccionario RAE) determinando los extremos que puede tener la acción respectiva que los representa”.

Y para mayor claridad, agrega que de ello surgen ciertas consecuencias que enumera: la regulación que se dicte “en ningún caso” podrá afectar la esencia de los derechos (art. 19 N° 26 CP), solo se permite en el estado de catástrofe “restringir” ciertos derechos, fijando límites a su ejercicio, no cabe suspender dicho ejercicio “por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional” y, por último, cualquiera reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, no pudiendo establecer “discriminaciones arbitrarias”, ya que “ello afecta la dignidad de las personas”.

3. La Corte en el considerando 9° de su fallo se embarca en considerar a “la asistencia de un rito religioso”, que “es esencialmente la exteriorización de una religión”, como también “*la manifestación de una opinión*” devenida en convicción o creencia profundamente enraizada en la cosmovisión que la persona tiene sobre la vida” (en su inicio/cursivas nuestras). Luego de varias consideraciones establece que la Res. ex. 43 cit., es también contraria a la Constitución por infringir su artículo 19 N° 12, el cual “bajo ninguna circunstancia puede ser limitado, suspendido o restringido” ni aún en el caso del estado de excepción de catástrofe, desde que no aparece referido en el artículo 41/43 inciso 3°.

---

<sup>5</sup>Recuérdese el rol 176 del Tribunal Constitucional, fallo de 22.11.1999, que señala que una suspensión o restricción de un derecho fundamental solo cabe en estado de excepción, y respecto del 19 N° 8 solo restricciones pero en la medida en que la ley precise de manera expresa, en su especificidad (“específica” dice el texto constitucional) y determinación (derechos o libertades precisadas expresamente). Al respecto, puede ser de interés la Sesión 186/9.3.1976, de la Comisión Ortúzar, 12-13, intervención del comisionado Díez Urzúa.

Llama la atención la afirmación del tribunal en cuanto a que la asistencia a una ceremonia religiosa, además de ser una exteriorización de una religión, sea la manifestación de *una opinión*. Para quien haya entendido el hecho religioso y especialmente en Occidente (pero también en el Medio Oriente islámico), la religión no constituye “una opinión” (como podría ser encontrar hermosos algunos monstruos goyescos...). Es una *religio*, es decir un vínculo que une a la creatura con su Creador, más aún en la religión cristiana, que es la mayoritaria del país<sup>6</sup>. Y significa que si es necesario se da la vida para defenderla y reafirmar la fe en que consiste. El ejemplo de la innumerable cantidad de mártires (*testes*, testigos) cristianos no solo en la Antigüedad romana imperial sino hoy mismo, por ejemplo, en la África nigeriana, en la China comunista, y en numerosos países de Asia, África y América (EE.UU., Cuba)<sup>6 bis</sup>.

Que se sepa, nadie da la vida ni está dispuesto a darla por una opinión...

Una opinión *-doxa* (en griego) es un juicio sobre las apariencias, es un “me parece”, “tengo la impresión”, sea más o menos fundamentada, pero siempre algo discutible, controvertible, disputable, y que puede irse modificando; es algo que se sitúa entre la ignorancia y la ciencia<sup>6 ter</sup>. La fe religiosa *-fides-* es una creencia, es una adhesión firme a algo “revelado”; la religión no se basa en “opiniones”, sino en “certezas” que han sido manifestadas por Dios, como en el cristianismo, adhesión a Jesucristo, Verbo encarnado, y a su mensaje, su Palabra, expresada en los Evangelios (buena nueva). No se trata de una “opinión”, se trata de una Verdad, “la Verdad revelada” en la persona de Cristo, verdadero Dios y verdadero hombre. Y se trata de una Verdad que no es irracional, ya que, como expresara magistralmente San Anselmo (*Proslogion*, 1) *credo ut intelligam*, creo para entender<sup>7</sup> y que tanto SS Pío XII y San Juan Pablo II bellamente lo expresaran de modo metafórico en estos últimos 60 a 70 años<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>Si se suman los que se declaran adherentes a la religión católica (62%) a los que adhieren al credo evangélico (18%) se advertirá que en conjunto constituyen las cuatro quintas partes de la población del país, lo que hace más ignominioso las restricciones dispuestas por la autoridad sanitaria, que se han excedido claramente en las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución y la ley en este estado de excepción de catástrofe.

<sup>6 bis</sup>Véanse Informes sobre persecución religiosa en el mundo de Puertas Abiertas (Open Doors) de 2019 (más de 260 millones de cristianos perseguidos) en Aica 16.1.2020, y de la Ayuda a la Iglesia Necesitada (ex que sufre), en Infocat 4.11.2018, y reciente “África me duele” sobre la persecución yihadista/musulmana, en Infocat 13.7.2021 )e incluso en nuestro propio Chile, en su capital Santiago, con incendio de Iglesias, como la de La Veracruz/calle Lastarria, Nuestra Señora de la Asunción/Avenida Vicuña Mackenna, o del Sagrado Corazón de Jesús/ de los Carabineros de Chile, Avenida Libertador Bernardo O’Higgins próxima a la Plaza Baquedano, y numerosas capillas evangélicas en La Araucanía, e incluso el Seminario católico de Padre Las Casas, y otras.

<sup>6 ter</sup>Vid. J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía abreviado*. Sudamericana (9a.ed.). Buenos Aires. 1970, 313.

<sup>7</sup>Como dijera bellamente SS Pío XII “la razón y la fe son dos hermanas hijas del mismo Padre”, y que SS Juan Pablo II retomara décadas después diciendo que “fe y razón son las dos alas por las cuales la inteligencia humana se eleva a Dos” (pido excusas de no citar la fuente, pues no he encontrado en mi archivo la ficha respectiva).

<sup>8</sup>De antiguo hay una definición bien amplia de la fe y es la que la *Carta a los Hebreos* (atribuida antes usualmente a San Pablo) señala: “la fe es garantía de los bienes que se esperan,

Es una desgracia para un pueblo cristiano y profundamente mariano como el nuestro, tener autoridades que desconocen sus bases y raíces y, además, piensan, en un evidente materialismo, que el ser humano solo es cuerpo, como si hubiera que ocuparse solo de su salud corporal (comer sano, hacer deporte, acudir a gimnasios, etc.) despreciando que el hombre, el de carne y hueso, es “alma y cuerpo” y es el alma racional/espiritual la que “informa” el cuerpo. Lo propiamente humano no es la materia –como ocurre propiamente en el animal– sino la materia y el espíritu, juntamente e inescindibles y es este último/alma por ser espiritual la que es inmortal, no la materia, que muere, se corrompe y queda en solo huesos<sup>9</sup>. Y es en razón de su alma espiritual que el ser humano siente en lo más profundo de sí mismo el llamado a la trascendencia, a permanecer y para siempre, sin fin, por la eternidad, dado que es un ser finito e inmortal (*endliches Sein, ewiges Sein*, con el título de una famosa obra de Edith Stein)<sup>10</sup>, en lo corporal finito, pero en su alma espiritual es inmortal.

Del mismo modo es una desgracia que buena parte del cuerpo médico adhiera a un agnosticismo o a un ateísmo práctico o a un relativismo que crea que los pacientes son únicamente materia y piensen al modo materialista ya descrito. La sola ciencia no satisface al intelecto humano, él está hecho para alcanzar la verdad; ya lo mostraba muy claramente Aristóteles cuando enseñaba que así como el ojo está hecho para ver, la inteligencia está hecha para encontrar la verdad, y tantos siglos después (segunda mitad del siglo XIII) Santo Tomás de Aquino afirmará que “la verdad es el bien del intelecto, siendo su perfección”<sup>11</sup>. Y la verdad del hombre, del ser humano, no es solo lo corporal sino cuerpo y alma, y a ambos hay siempre que atender, si se quiere saber *lo que es el hombre*.

Cuanto venimos diciendo no son disquisiciones puramente filosóficas o teológicas sino tienen perfecto asidero en la propia Constitución vigente desde que en las “Bases de la Institucionalidad” (cap. I, arts. 1º al 9º) expresamente se dispone –con claridad meridiana– que “El Estado está al servicio de la personas humanas y su finalidad es promover el bien común, para lo cual *debe contribuir a crear las condiciones que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor perfección espiritual y material posible*, con pleno

---

la plena certeza de las realidades que no se ven”; Santo Tomás refiriéndose a ello explica con detalle que la fe es “la substancia de las cosas que esperamos y fundamento de las que no se ven” (*Suma teológica*, 2-2, 4,1); él recuerda que la fe reside primariamente en el entendimiento determinado al asentimiento del objeto por el imperio de la voluntad, como lo enseña en el lugar cit. respondeo, es decir es un acto de la inteligencia que asiente a la verdad divina revelada por el imperio de la voluntad. No debe olvidarse que el acto de fe es radicalmente intelectual y libre.

<sup>9</sup>Solo el cristianismo asegura –siguiendo el ejemplo de Jesucristo, que resucitó luego de sufrir la ignominia de la crucifixión en el Gólgota– que esos huesos resucitarán al final de los tiempos y se revestirá de la carne en un cuerpo glorioso por una eternidad respecto de los justos y cuerpo de condenación para los réprobos que rechazaron el llamado de salvación que a todos Jesucristo dirige de un modo u otro.

<sup>10</sup>*Ser finito y ser eterno. Ensayo de una ascensión al sentido del ser*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994 (edición en español, traducción de Alberto Pérez Monroy, cito por la primera reimpresión, 1996).

<sup>11</sup>Vid. Santo Tomás, *Suma teológica*, 2-2, 4, 5 ad 1.

respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece” (art. 1º inciso 4º) (cursivas nuestras).

Clarísimamente la Constitución tiene en cuenta *la verdadera condición humana*, cuerpo y espíritu, “perfección espiritual y material”, dirá expresamente en su artículo 1º inciso 4º, entendiendo muy certeramente que el ser humano es un ser racional y libre (*ídem* inc. 1), sociable (incs. 2º y 3º) y contingente (inc. 4º/“espiritual”).

La Corte, en el fallo que comentamos, no supo captar la riqueza que contiene la Constitución en su artículo 1º, inciso 4º, ya que también a la autoridad estatal (especialmente la administrativa, cuya función es satisfacer las necesidades públicas) toca y corresponde “contribuir a esa perfección espiritual y material de todos los miembros de la comunidad nacional”, sobre todo en no impedir, ni perturbar, ni menos llegar a prohibir las manifestaciones del culto religioso, que no atenten contra la moral, las buenas costumbres y orden público (art. 19 Nº 6).

De allí que la primera y flagrante violación a este derecho es la ocurrida frente al artículo 1º inciso 4º, el cual obliga a los órganos del Estado, y aquí a la autoridad administrativa, a “promover” el bien común, lo que significa que les obliga a “contribuir” a la mayor “*realización espiritual y material*” de todos y cada uno de los miembros de nuestra comunidad nacional.

4. Muy bien razona la Corte en su considerando 10º para mostrar la evidente “diferencia arbitraria” que importa permitir la autoridad del Minsal desplazarse en cuarentena de un lugar a otro y sin solicitar permiso alguno, con el objeto de practicar deportes o simplemente caminar, pasear, todos los días de la semana y entre 7 y 8:30 horas y luego hasta la 10 horas y, además, permitir la realización de actividades en lugares cerrados con un máximo de 5 personas en la etapa de mayores restricciones, pero no se permiten en iguales condiciones las actividades de culto, que son “esenciales y centrales en las creencias vitales” (analizadas en el considerando 4º).

Aparece evidente, entonces, que “un tratamiento diferenciado injustificado y, por ende, discriminatorio a situaciones que deben estar sometidas al mismo régimen de permisos...”, lo que significa una lesión también al artículo 19 Nº 2 de la Constitución “pues afecta a la igualdad ante la ley del requirente”.

5. Hay un punto que me parece está en el *núcleo* de la patente arbitrariedad de la Res. 43 cit. (y modificación) y que no ha sido tocado por el fallo analizado, tal vez por ser demasiado evidente la violación a la Constitución (19 N.ºs. 6, 26 y 2), pero que habría sido útil tratarlo porque ha seguido afectando todos esos derechos a través de los llamados “aforos” o presencia permitida en las celebraciones eucarísticas o incluso sacramentos con Misa, como matrimonios y bautizos.

El punto es el siguiente: la Constitución (art. 41/43 inc. 3º) permite en el estado de excepción de catástrofe la “restricción” del “derecho de reunión”, es decir ni prohibición ni suspensión de dicho derecho, o sea solo “limitación”, pero, obviamente, sin que esa “restricción”/limitación afecte su “contenido esencial”, su “esencia”, como dispone su artículo 19 Nº 26, por lo cual no puede ni el legislador y mucho menos la autoridad administrativa (subordinada siempre ineludiblemente a la Constitución y a la ley) imponer “condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El imponer la autoridad ministerial de salud –como ocurre en cuarentena y también en Paso 2 o de transición– un “aforo” de 5 personas en una iglesia, templo o capilla (lugar cerrado), constituye *una medida carente de toda racionalidad*, racionalidad/razonabilidad que es requisito esencial de validez de todo acto administrativo, el cual por definición es una “ordenación racional”, una orden que se impone a personas, cuya propia estructura/naturaleza es la de ser un sujeto “racional”, que actúa conforme a la razón (y no según el instinto, que es lo propio de los animales/irracionales)<sup>11 bis</sup>. Y carece de racionalidad dicho “aforo” por la más que evidente desproporción que significa fijar por vía única tal número de asistencia presencial sin atender –lo que aparece elemental para cualquiera persona que tenga sentido común, y más aún a una autoridad como Ministro o Subsecretario– al tamaño, extensión y cabida del edificio de que se trate.

¿No resulta, acaso, ridículo imponer la asistencia máxima a Misa o al sacramento de un matrimonio con Misa, de 5 personas en una catedral (sea de Santiago o de cualquiera capital de región<sup>12</sup> en donde cómodamente sentados y con la distancia de metro y medio y aun dos metros, caben largamente más de 90 o tal vez 100 personas? O igualmente ¿no es acaso absurdo permitir solo la asistencia de 5 personas en una basílica como la de Nuestra Señora de la Merced/Santiago Centro o en la de Nuestra Señora de Lourdes/Quinta Normal/Santiago, ambos monumentos nacionales/históricos, en donde caben, con los asientos actuales, de igual modo, más de 100 personas, y en la primera sin contar las naves laterales? ¿Es eso “estar al servicio de la persona humana”, como le impone a los órganos del Estado el artículo 1º inciso 4º la propia Constitución al inicio mismo de su texto fundamental? ¿Es esa una manera sensata, cuerda, racional, justa, de “promover el bien común” y “contribuir a la mayor realización espiritual de las personas” (*ídem*)?

Es que para que sea válido un acto administrativo en el derecho chileno (art. 7º inciso 1ª CP) se requiere, entre otros requisitos constitucionales y legales, que posea “fundamentos”, es decir, sea “fundamentado”, no solo “normativamente” (normas que confieran al órgano competente las potestades respectivas para emitirlo) sino “racionalmente”, que exigen que la medida adoptada sea “idónea” para satisfacer la necesidad pública de que se trata, y especialmente “proporcionada” a tiempo, lugar y personas, de modo que no resulte injusta, por excesiva o por significar una diferencia arbitraria (19 N° 2 CP). Al ser “desproporcionada” –aquí en razón del “lugar” en donde se ha de aplicar– carece de razonabilidad y deviene irracional, es decir “arbitraria” desde que lo arbitrario es de suyo, *per se*, “lo contrario a la razón y a la justicia” (RAE). Y tal carencia de proporcionalidad hace que dicha medida administrativa sea una flagrante violación no solo al derecho/libertad de culto al imponer una condición que impide su libre ejercicio (art. 19 N° 26 CP), sino también el derecho de reunión, porque *el culto católico desde sus orígenes –ya dos mil años– es esencialmente comunitario*, se es católico en cuanto se es

---

<sup>11 bis</sup> Sobre lo esencial que es la racionalidad de la decisión adoptada por la autoridad administrativa para que sea válida, vea nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edición). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 281-291/noción y 430-432/fundamentación, y más amplio en *La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Ius Publicum* 41/2018, 87-107.

<sup>12</sup> Como la de Chillán fruto de la actividad del obispo don Eladio Vicuña Aránguiz, el mismo que ofreciera años más tarde siendo arzobispo de Puerto Montt, la ceremonia tal vez más hermosa en la visita a Chile del Papa hoy San Juan Pablo II, un 4 de abril de 1987.

miembro de la Iglesia Católica (*katholikos/universal*) cuyo principal acto de culto es justamente la Misa, la celebración eucarística, memorial de la Pasión de Cristo, *sacramentum fidei*, o sea, precisamente, el “signo”/manifestación de la fe católica<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>Qué justo, equitativo y saludable hubiera sido que la autoridad estatal y sus asesores se hubieran informado debidamente sobre lo que es la Misa, o celebración eucarística, y hubieran asistido alguna vez a un matrimonio con Misa (o aún sin Misa), para advertir lo atrabiliario, irracional y más que caprichoso, establecer un aforo de 5 personas. Ello equivale pura y simplemente a una burla, un escarnio y una vulgar farsa.

Debe señalarse que *el acto litúrgico central del catolicismo es precisamente la Misa*, instituida por el mismo Jesucristo en la llamada “última cena”, en su núcleo fundamental /la “transubstanciación” (véanse los textos del Evangelio, en San Mateo, 26, 26-28, en San Marcos, 14, 22-24, y en San Lucas, 22, 19-20, además de San Pablo, 1 Corintios 11, 23-26); es “el memorial de la Pasión de Cristo”/“*Haced esto en memoria mía*” San Lucas, 22, 19 cit.) y en el lenguaje hebreo (propriadamente arameo, que era la lengua normal que se hablaba en el tiempo y lugar de la Palestina de Jesucristo) “hacer memoria” no es “recordar un hecho pasado” sino “revivir”, “volverlo a vivir”, “actualizarlo real y verdaderamente hoy”, no es historia antigua, es vida hoy aquí y ahora, es hacerlo presente de nuevo, se puede decir con propiedad que es una renovación del mismo sacrificio del Calvario, pero incurrente, la misma víctima Jesucristo, que se ofrece al Padre en un sumo acto de adoración, en la persona del sacerdote que celebra, un *alter Christus*. Me viene aquí a la memoria lo que Santo Tomás de Aquino escribía en su célebre *Adoro te devote*, del oficio escrito para la fiesta del Corpus Christi (en cuya víspera reviso este comentario antes de enviarlo a imprenta): “en la cruz la deidad estaba oculta, aquí la humanidad yace escondida, y ambas cosas creyendo y confesando, imploro yo lo que imploraba Dimas” (llamado “el buen ladrón”, crucificado a la derecha de Jesús, y que le dice “acuérdate de mí cuando estés en tu reino”, Ev. San Lucas, 23,42).

Resulta de interés leer hoy –a 18/19 siglos de distancia– algunos textos del gran San Ignacio de Antioquía, que iniciaba sus Cartas “Ignacio, por sobrenombre Portador de Dios”/ *teóforos*, obispo de esa muy importante sede cristiana (cuyo primer obispo fue San Pedro, de quien habría sido su sucesor), martirizado en Roma el año 107, bajo la persecución de Trajano, textos referentes sobre la eucaristía, “la fracción del pan” (en expresión tan antigua que se remonta al episodio de los llamados discípulos de Emaús, en el texto de San Lucas, 14, 13-35), textos que muestran su conocimiento de las Cartas de San Pablo y del Evangelio de San Juan; entre esos textos véanse su Carta a los efesios, XIII,1, en la que les recomienda reunirse frecuentemente para celebrar la eucaristía de Dios, para tener concordia y así tener paz, o la dirigida a los filadelfios, IV, la eucaristía es centro de unidad, o a los esmirnitas, VII, “la eucaristía es la carne de nuestro Salvador Jesucristo, la misma que padeció por nuestros pecados, la misma que, por su bondad, resucitóla el Padre”, o aún a los romanos VII.3. en donde dice “No siento placer por la comida corruptible ni me atraen los deleites de esta vida. El pan de Dios quiero, que es la carne de Jesucristo, del linaje de David; su sangre quiero por bebida, que es amor incorruptible”. Fundamental es recordar aquí el Evangelio de San Juan, cap. VI, llamado “discurso del pan de vida”.

De igual modo es de interés leer la descripción que hace San Justino, el principal de los apologistas griegos, siglo II (+165), que escribió dos famosas “Apologías”, dirigida una al emperador Antonio Pío (138-161) y otra al Senado romano, sobre la celebración eucarística los días domingos, para mostrar que ella es el centro de la vida cultural de la Iglesia Católica (vid. J. Quasten, *Patrología* (2 vols.). Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1968, vol. 1, pp. 215-217. Para quien quiera profundizar sobre los orígenes y su historia a través de los siglos, puede ver la clásica obra de J. A. Jungman, *El sacrificio de la Misa. Tratado histórico litúrgico*. BAC. Madrid. 1963 (4a. ed., traducción de la 2a. ed. alemana. Herder. Viena. 1940), véase también el *Catecismo de la Iglesia Católica* (uso la versión oficial en español editada por la Asociación de Editores del Catecismo. Barcelona. 1992/2a. edición), números 611 y 1322 a 1439. No puede dejar de insistirse en que la Misa, o celebración eucarística, es el “alma”,

Por eso resulta más que arbitrario el que se imponga en la celebración del sacramento del matrimonio con Misa la asistencia de solo 5 personas sin atender al lugar en que se celebra, que puede ser tan grande que pueden haber cerca de un centenar de personas debidamente distanciadas, y en circunstancias que el novio y la novia suman ya 2 personas y respecto de los padrinos (usualmente padre y madre de cada uno) solo podría estar presente uno o una por novio y uno o una por novia, sumando entonces 4 personas, agregándole la persona encargada de la música (sea órgano o guitarra) y, obviamente, sin coro o cantante. ¿Puede haber semejante irracionalidad en la cabeza de una autoridad estatal? ¿Habrá asistido alguna vez a la ceremonia de un matrimonio católico? ¿No se está, acaso, impidiendo de manera ruin el ejercer el sagrado derecho de casarse y de formar una familia ante Dios y ante la sociedad, al obligar a hacerlo como si estuviéramos en la época salvaje del imperio romano y su despiadada persecución a los cristianos? ¿Cuando se trata de un acto litúrgico, eminentemente social y es natural que los contrayentes desean ser acompañados por sus parientes y círculo de amigos e incluso compañeros de trabajo o de actividad? ¿No es uno de los actos más hermosos del culto católico, que se impide por esta vía de los aforos ridículos, celebrar del modo que la misma Iglesia ha rodeado de esplendor, solo comparable a una ordenación sacerdotal o episcopal?<sup>14</sup>.

Pero para ser más agravante a la comunidad católica y a la Iglesia Católica en Chile la situación impuesta, ocurre que para el matrimonio civil o la unión civil la misma autoridad del Minsal ha dispuesto que en la ceremonia ante el Oficial del Registro Civil, en un lugar cerrado como es la oficina de este funcionario público, se permita la presencia de 10 personas. Mayor "diferencia arbitraria", discriminación carente de toda justificación racional, muestra claramente una mentalidad totalitaria laica que se complace en perseguir a los que son cristianos. Pareciera un signo maligno más del Perturbador desde el inicio...

Para *concluir*, estamos ante un fallo supremo esclarecedor en una materia que se ha prestado a una manipulación desproporcionada de la fe de millones de católicos de nuestro país y que se ha aceptado sin protesta o reclamación fuerte alguna por quienes profesan esta fe, viéndose impedidos de alimentar su alma espiritual en lo que es la esencia misma de esa fe católica, como es la celebración de la Santa Eucaristía, celebración comunitaria en la Iglesia, que ha estado y está en el alma de Chile.

EDUARDO SOTO KLOSS

---

principio de vida, de vida espiritual del creyente católico como miembro de la Iglesia, cuya cabeza es el mismo Jesucristo.

<sup>14</sup>Para no alargar este comentario no me refiero a la monstruosidad que significa tal aforo de 5 personas en las Misas de exequias, de cuerpo presente; imagínese un padre o madre que muere y tiene 5 o más hijos, o un abuelo o abuela con 20 o más nietos e incluso bisnietos...

## CORTE SUPREMA

(3.5.2021)

Baltierra Campos c/Tesorero Municipal de Maipú  
(Protección acogida – extinción de procedimiento administrativo  
artículo 27 Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos)

Santiago, tres de mayo de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto a octavo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que, en la especie, don Humberto Baltierra Campos dedujo acción de cautela de derechos constitucionales en contra del Tesorero Provincial de Maipú, fundado en que, como consta en el expediente administrativo Rol N° 10.000 2011, tramitado ante el recurrido, el 8 de abril de 2011 su parte fue requerida de pago respecto de las obligaciones tributarias que son materia de dicho proceso, ocasión en la que, además, se trabó embargo sobre dos vehículos motorizados.

Refiere que, por hallarse paralizado el citado expediente administrativo desde el 17 de junio de 2015, su parte solicitó al recurrido, con fecha 29 de julio de 2019, que declarase la prescripción o caducidad de las acciones de cobro, al tenor de lo prevenido en el artículo 201 del Código Tributario, petición que, sin embargo, fue denegada por resolución de 16 de diciembre de 2019.

A continuación, indica que en el historial de las gestiones del expediente administrativo consta que el cierre de la etapa administrativa del proceso se habría producido el 23 de marzo de 2012, que el 21 de enero de 2013 siguiente se habría dictado una resolución por la que se ordenó remitir los antecedentes al Juzgado Civil competente y que el 28 de marzo de 2013 se habría verificado la notificación del inicio de la etapa judicial del procedimiento, actuaciones todas que, no obstante, no se llevaron a la práctica, a lo que adiciona que posteriormente el citado proceso se extravió en la referida repartición pública. En cuanto a las gestiones efectivamente concretadas, consigna que, además del requerimiento de pago y del embargo realizado el 8 de abril de 2011, con posterioridad solo consta una resolución de 17 de junio de 2015 que ordena ampliar el embargo, misma que, sin embargo, no ha sido cumplida.

Asevera que los antecedentes no han sido derivados al juzgado civil competente y afirma que la inactividad del recurrido en la prosecución del cobro se traduce en la pérdida de eficacia del procedimiento, a la vez que constituye un proceder ilegal y arbitrario que vulnera la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y termina solicitando que se ordene al recurrido dictar, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 19.880, una resolución que declare terminado el procedimiento administrativo en comento,

por desaparición de su objeto, en aplicación de la prescripción establecida en los artículos 200 y 201 del Código Tributario, con costas.

SEGUNDO: Que las partes no han controvertido que, en la especie, el actor ha sido objeto de un procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias de dinero, seguido bajo el rol N° 10.000 2011, en el que se despachó mandamiento de ejecución y embargo y fue notificado y requerido de pago personalmente con fecha 8 de abril de 2011, ocasión en la que, además, un recaudador fiscal trabajó embargo sobre dos vehículos motorizados. A continuación, consta que con fecha 28 de abril de 2015 se dispuso la reconstitución del expediente administrativo, que el 17 de junio de ese año se ordenó ampliar el embargo, diligencia que se llevó a cabo, sin éxito, el 26 de julio de 2016, y, por último, que con fecha 29 de julio de 2019, y dada la inactividad evidenciada en la fase administrativa, cuestión que no es controvertida por el Servicio recurrido, el contribuyente moroso solicitó que se declarase la caducidad del procedimiento.

TERCERO: Que, para resolver el asunto en examen, es necesario consignar que la legislación distingue entre las fases administrativa y jurisdiccional de los procedimientos contencioso administrativos.

A su turno, y en relación con la primera etapa, la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, consagra en su artículo 8 el principio conclusivo, conforme al cual todo “procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”, el que es complementado por el inciso tercero del artículo 14, que contempla el principio de inexcusabilidad, de acuerdo al cual, ante la terminación de un procedimiento, aun por causales extraordinarias, corresponde dejar expresada esta circunstancia, disponiendo al efecto que: “En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.

CUARTO: Que, en este sentido, resulta relevante que la ley establezca como causal extraordinaria de término del procedimiento “la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento”, todo lo cual es complementado por el artículo 40, relativo a la conclusión del procedimiento, en cuanto prescribe que terminará normalmente por la “resolución final”, pero también por las causales extraordinarias de desistimiento, abandono y renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando no esté prohibida la renuncia, y que también “producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes”, la que deberá ser declarada por resolución fundada. En este contexto el inciso quinto del artículo 41 dispone: “En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento”.

QUINTO: Que la ley regula la renuncia, el desistimiento y el abandono del procedimiento administrativo, en el entendido que tales causales proceden en los casos en que éste haya comenzado por requerimiento del administrado.

Por otro lado, cabe destacar que el artículo 23 estatuye que el cumplimiento de los plazos previstos en la Ley N° 19.880 “u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos, así como los interesados en los mismos”, a la vez que el artículo 24 fija los plazos máximos de respuesta y la posibilidad que el interesado solicite que se certifique que la solicitud se encuentra en estado de ser decidida, originando responsabilidad administrativa la “prolongación injustificada de la certificación”. Más adelante, el artículo 25 de la ley hace referencia expresa al silencio administrativo, de forma tal que los plazos “se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo”, pudiendo ampliarse los plazos en aquellos casos en que no se encuentre prohibido y que estén vigentes, lo que se podrá hacer de oficio o a petición de parte, sin exceder la mitad de los mismos y en “ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido” (artículo 26), mientras que el artículo 27 expresa perentoriamente que: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

Vinculado con lo anterior, la ley regula en su artículo 64 el silencio administrativo desde el prisma positivo, en que se llega a acoger la solicitud del administrado, previa denuncia de esta circunstancia a la autoridad competente de resolver el requerimiento y transcurrido que sea el plazo de cinco días, oportunidad en que “la solicitud del interesado se entenderá aceptada” si no ha existido pronunciamiento de la autoridad. En el artículo 65 se desarrolla el silencio negativo, conforme al cual el requerimiento a la Administración se entiende rechazado, limitado a las peticiones de carácter patrimonial y que afecte los intereses fiscales o la Administración actúe de oficio, “cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política”. La consecuencia de que los actos concluyan por aplicación del silencio positivo o negativo de la Administración, de acuerdo al artículo 66 de la ley, consiste en que estas circunstancias producirán los mismos efectos “que aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva”.

Por último, el inciso 2° del artículo 54 ordena que interpuesta “la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional”, el cual volverá a computarse “desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo”.

SEXTO: Que, de esta forma, la fase administrativa de todo procedimiento, respecto a su sustanciación, reposa, a lo menos, en los siguientes supuestos:

a. Acción de oficio. Teniendo presente lo dispuesto respecto de la iniciación (art. 29) y la sustanciación (art. 34), pero especialmente derivado de los principios conclusivo (art. 8) e inexcusabilidad (art. 14), el procedimiento está destinado a obtener que la Administración emita pronunciamiento sobre las materias de que

éste trata, esto es, que emita una resolución final, razón por la que se dota a la Administración de acción de oficio en el procedimiento.

b. A la Administración le vinculan los plazos y en especial el término máximo de respuesta, el que la ley establece para el procedimiento propiamente tal en seis meses (art. 27), desde la iniciación y hasta la decisión final, con la sola excepción, que en todo caso deberá probarse, de caso fortuito o fuerza mayor.

c. La demora injustificada por parte de la Administración da origen a responsabilidad, sin perjuicio de aplicar positiva o negativamente el silencio como causal de término del procedimiento.

d. Se regula expresamente que “producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes” (arts. 14, inciso final, y 40, inciso segundo).

e. La iniciación del procedimiento tiene como efecto interrumpir cualquier plazo para ejercer acciones ante la autoridad jurisdiccional (art. 54).

SÉPTIMO: Que, en el Mensaje del proyecto que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 19.880, se lee:

“2 . Los plazos en el procedimiento administrativo.

Por mucho que estén reguladas las etapas que lo componen, un procedimiento sin plazos, no funciona. En efecto, mediante los plazos se logra fijar un límite temporal a las distintas etapas o a los diferentes trámites por los que pasa un acto administrativo antes de surgir al mundo del derecho.

De ahí que el plazo sea definido como aquel espacio de tiempo que fija el ordenamiento jurídico para que un órgano de la administración ejerza sus potestades o para que un particular que se vincula con dichos órganos, ejerza sus derechos o cumpla sus obligaciones.

Mientras en el derecho privado prevalecen los plazos convencionales, en el derecho público los plazos son fijados por la ley o el reglamento.

Sin embargo, la inexistencia de una regulación del procedimiento administrativo ha llevado a que sea la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría General de la República las que definan los elementos centrales de los plazos para la Administración. Estos pueden sintetizarse en dos.

En primer lugar, se sostiene que para el cumplimiento de sus fines, la Administración no puede concebirse, en principio, como supeditada a un plazo determinado, más allá del cual la Administración se vería impedida de actuar. Ello, se agrega, derivaría en un perjuicio del interés general, que exige que cada vez que las circunstancias lo hagan necesario, la Administración provea adecuada y oportunamente a la solución de las necesidades públicas.

De ahí que se concluya que requerida legalmente a prestar un servicio que la ley ha puesto a su cargo, la Administración no puede válidamente negarse a actuar, no otorgándolo a pretexto de que haya transcurrido el plazo dentro del cual debió responder al requerimiento de que fue objeto; en este caso, su obligación de actuar no puede encontrarse sujeta a prescripción.

En el derecho público, se sostiene, las obligaciones que se imponen a la Administración tienen relevancia colectiva y ello origina un interés general en su cumplimiento. De este modo, deben armonizarse la finalidad de los plazos y las consecuencias que involucra su incumplimiento.

En segundo lugar, lo anterior no significa que el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración no produzca consecuencias jurídicas. La exigencia de un plazo tiene una finalidad conducente a la implantación de un buen orden administrativo. Luego, cada vez que la administración no cumpla una obligación dentro del plazo fijado, se atenta contra este buen orden.

Ambos elementos han permitido arribar a la conclusión de que la regla general es que la Administración no está sujeta a plazos para cumplir sus obligaciones, aun cuando la ley los fije determinadamente. Los actos de ejecución extemporánea de dichas obligaciones son, en consecuencia, válidos.

Esta regla tiene una excepción: los casos en que la ley contemple expresamente la caducidad como sanción al incumplimiento del plazo, o bien, que la ley establezca expresamente un mecanismo de sustitución de dicha sanción que determine el destino de la obligación incumplida.

De este modo, por regla general, el incumplimiento del plazo no tiene otra consecuencia que la de motivar la adopción de medidas correctivas y sancionatorias respecto de los funcionarios responsables de alterar dicho orden. Pero no afecta la validez de los actos de ejecución extemporánea, toda vez que en el efectivo cumplimiento de las mismas existe un interés general comprometido, con prescindencia de su oportunidad.

Dicha visión de los plazos para la administración genera incerteza para las personas beneficiadas con una decisión que deba adoptar un órgano de la administración del Estado.

Si a esto se suma que muchos procedimientos no tienen plazo para dictar el acto terminal, o que no contemplan plazos para la emisión de los actos trámites que fundan o preparan dicha decisión, el panorama no es alentador.

Precisamente a solucionar estos problemas apunta el presente proyecto” (Historia de la Ley N° 19.880, páginas 5 y 6 del Mensaje Presidencial).

OCTAVO: Que, así las cosas, si bien el *decaimiento* de los actos de la Administración se produce en el contexto del demérito o pérdida de eficacia primero por desaparición sobreviniente de los presupuestos de hecho que ocasionan la imposibilidad de producir sus efectos, en que la substancia o contenido del acto pierde su eficacia, y, en segundo lugar, producto de su falta de legitimidad por antijuricidad del acto también con posterioridad a su dictación, por alteración del ordenamiento jurídico sobre cuya base se dictó y que determina que, en el nuevo escenario, el acto sea ilegal o, a lo menos ilegítimo. Así, el profesor Enrique Sayagués Laso caracteriza los motivos del *decaimiento* en: a) Por la desaparición de un presupuesto de hecho indispensable para la validez de un acto; b) Por la derogación del precepto legal en que se funda el acto, cuando dicha regla es indispensable para su vigencia, y c) Por modificación del régimen legal, en términos tales que constituya un impedimento para el mantenimiento del acto, por lo que define esta causal como “la pérdida de eficacia que experimenta un acto administrativo por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho, indispensable para su existencia” (“Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Talleres Bianchi Altuna, Montevideo, 1953, páginas 518 y 519, citado por Hugo A. Olgún Juárez en “Extinción de los Actos Administrativos”, Universidad de Chile, páginas 268 y 269).

Vinculado a lo anterior, nuestro legislador hizo referencia a que el procedimiento puede terminar tanto por “la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento” (art. 14) como por la “imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes” (art. 40), conceptos que están más bien referidos a circunstancias de hecho, como el fallecimiento del solicitante de un derecho personalísimo o la destrucción del bien respecto del cual se solicita el pronunciamiento favorable de la Administración, pero que nada impide darle aplicación en relación a presupuestos de derecho, pues, en tal caso, la Administración tampoco podrá actuar materialmente.

Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades administrativas, entre otros aspectos, se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración deviene en ineficaz por ilegalidad. Teniendo presente que dentro de los presupuestos de la institución en análisis no se encuentra descartado que el antecedente de la ilegalidad esté previsto al momento de dictarse el acto, corresponde darle aplicación, en este caso, en torno al procedimiento sustanciado. De resolver en sentido contrario, la ley no habría solucionado una situación que expresamente contempló entre sus objetivos.

NOVENO: Que, en consecuencia, al haberse extendido el procedimiento de que se trata en autos por más de seis meses y hallándose materialmente paralizado por un término largamente superior al indicado, corresponde declarar, de conformidad a lo previsto en el artículo 40 inciso segundo de la Ley N° 19.880, la imposibilidad material de continuar dicho proceso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se *revoca* la sentencia apelada de veinticinco de agosto de dos mil veinte, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y, en su lugar, se declara que se *acoge* el recurso de protección deducido por don Humberto Baltierra Campos en contra del Tesorero Provincial de Maipú, solo en cuanto se ha verificado, respecto del expediente administrativo Rol N° 10.0002011, seguido ante la Tesorería Provincial de Maipú en contra del actor, la causal de terminación del procedimiento prevista en el artículo 40 inciso segundo de la Ley N° 19.880, consistente en la imposibilidad material de continuar el proceso.

Se previene que, si bien el Ministro Suplente señor Shertzer y el Abogado Integrante señor Pierry concurren a la revocación del fallo en alzada, no comparten los fundamentos contenidos en los razonamientos cuarto a noveno de la presente sentencia, pues, en su concepto, el recurso de protección de que se trata ha debido ser acogido en consideración a las siguientes reflexiones:

A. Es sabido que el juicio ejecutivo tributario se compone de dos etapas, una administrativa y otra judicial, en las que intervienen órganos diversos; así, por un lado, la fase administrativa es sustanciada ante el Servicio de Tesorerías, mientras

que aquella de carácter judicial es conocida por el Juez de Letras en lo Civil que corresponda.

B. Como resulta evidente, y, además, así ha sido declarado por esta Corte, para que un procedimiento administrativo pueda ser calificado de racional y justo, la resolución que le pone término debe ser oportuna, conclusión en la que adquieren especial relevancia los principios de eficacia y eficiencia administrativa, consagrados en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (y que encuentran su correlato en el Estatuto Administrativo).

En efecto, el inciso 2° de su artículo 3 dispone que: “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 5 previene que: “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

En tanto, el artículo 11 de la misma ley regula el llamado control jerárquico, y relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa. En efecto, dispone que “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

A continuación, el inciso 2° del artículo 52 señala que el principio de probidad administrativa, consagrado actualmente en el artículo 8 de la Carta Fundamental, “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”, mientras que el artículo 53 vincula los principios de eficiencia y eficacia con la probidad administrativa. En efecto, define la expresión “interés general” señalando que “exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

Finalmente, el N° 8 del artículo 62 indica que el principio de probidad administrativa es infringido al “Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.

C. La exposición de la normativa orgánica constitucional referida resulta trascendente, pues a partir de ella la jurisprudencia ha decantado la institución del “*decaimiento* del procedimiento administrativo”, que trae aparejada su extinción y pérdida de eficacia, y que ha sido aplicada al constatar el transcurso de un tiempo excesivo por parte de la Administración para la dictación de una resolución de término.

En tal sentido cabe consignar que la prolongación del juicio ejecutivo tributario, al menos en una de sus fases, durante un período que a todas luces puede importar una contravención al derecho del contribuyente moroso de ser juzgado dentro de un plazo razonable como garantía del debido proceso, resulta inaceptable.

Desde esa perspectiva es necesario señalar que la razonabilidad en el trámite, como también la conclusión de las diversas etapas de que se compone el procedimiento, con miras a la obtención de la decisión de término y su posterior ejecución, constituye, sin duda, un presupuesto insustituible del debido proceso, en aras de obtener no solo una justa, sino que también una pronta resolución del conflicto, precaviendo que las autoridades competentes incurran en dilaciones injustificadas durante el desarrollo del proceso, pues, de lo contrario, es palmaria la afectación de la situación jurídica de las personas involucradas en él, al transgredir el derecho fundamental al plazo razonable.

D. Así, en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el *decaimiento* del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, esta Corte ha considerado como referencia los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 53 de la Ley N° 19.880, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años. De ello se sigue que resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el *decaimiento* del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo pertinente, perdiendo por lo tanto su eficacia, pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica.

En este sentido conviene puntualizar que no cualquier dilación en la tramitación del procedimiento administrativo conlleva su *decaimiento*, sino que solo la amerita aquella que es excesiva e injustificada.

E. En consecuencia, el plazo razonable de conclusión de la fase administrativa del procedimiento en el presente caso no es otro que el de dos años citado y considerando que, en la especie, desde que se dispusiera la ampliación del embargo de bienes del actor, por resolución de 17 de junio de 2015, no se observan antecedentes que demuestren la prosecución de la cobranza judicial tributaria, es claro que transcurrió en exceso el término de dos años antes reseñado, de modo que se ha producido el *decaimiento* del procedimiento administrativo seguido a su respecto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y de la prevención, sus autores.

No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Biel por haber concluido su período de suplencia.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Rodrigo Biel M. (s), Sr. Juan Shertzer D. (s) y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A.

Rol N° 127.415-2020.

## COMENTARIO

1. Bien extraños los avatares de este caso en el ámbito administrativo tributario y también judicial para el cobro ejecutivo para el cobro de obligaciones tributarias. Iniciado en abril 2011 el procedimiento de pago, se cerró la etapa administrativa en marzo 2021; en enero 2013 se envían los antecedentes a la justicia civil, y aparece solo en junio 2015 una resolución de ampliar el embargo efectuado en su tiempo, ampliación que no tuvo cumplimiento. En julio 2019 el afectado solicita se declare la prescripción o la caducidad de las acciones interpuestas (art. 201 Cód. Tributario), solicitud que recién fue denegada en diciembre de ese año. De allí que recurra de protección por vulneración del art. 19 N° 24 y se orden al recurrido dictar resolución que declare terminado el procedimiento en su contra (art. 14 Ley N° 19.880) por desaparición de su objeto (arts. 200 y 201 C.T. citado).

La Corte Suprema (consid. 3°) recuerda que la Ley N° 19.880 establece tanto el principio conclusivo (art. 8°) como el de inexcusabilidad (art. 14, inc. 3°), debiendo procederse ante circunstancias extraordinarias a poner fin al procedimiento administrativo incoado. Agrega (consid. 4°) que en este caso adquiere relevancia como causal extraordinaria la “desaparición sobreviniente del objeto” del procedimiento, como asimismo (art. 40) la “imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes”, resolución final que deberá ser fundada. Por su parte, en su consid. 5°, recuerda el fallo los artículos 23 a 27, sobre plazos del procedimiento y su artículo 27 que establece “perentoriamente” (expresión textual del fallo) el plazo de duración de seis meses para los procedimientos administrativos, salvo que ocurran caso fortuito o fuerza mayor, los que deberán ser debidamente fundamentados en la resolución que lo prorrogue.

En su consid. 6°, muy pedagógicamente, el tribunal resume los puntos que tener en cuenta para decidir y, en cuanto aquí nos interesa, deben señalarse: (a) los principios que vienen en aplicación (conclusivo e inexcusabilidad), (b) “a la Administración le vinculan los plazos”<sup>1</sup>, (c) “y, en especial, el término máximo de respuesta, el que la ley establece para el procedimiento propiamente tal en seis meses (art. 27)”, con la sola excepción del caso fortuito la fuerza mayor, (d) “la demora injustificada por parte de la Administración da origen a responsabilidad” (sin perjuicio de aplicarse en su caso el silencio administrativo, sea positivo o negativo), y (d) se regula expresamente que produce la terminación del procedi-

---

<sup>1</sup>¡Eureka , ¡Aleluya!, primera vez que leo en un fallo supremo esta afirmación y de modo rotundo, sin remilgos ni retaceos, directamente y sin temor. Pero, no tanto entusiasmo, porque si bien queda rotunda la afirmación, se verá que la conclusión como que prescinde de su aplicación directa.

miento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes (arts. 14 inc. final y 40 inc. 2º).

El fallo en su consid. 7º incluye toda una exposición sobre el tema de los plazos recogido del Mensaje de la Ley Nº 19.880, que el Ministro Muñoz Gajardo ya había integrado en otros fallos sobre “decaimiento”, figura planteada sin fundamento normativo alguno en nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup> y que curiosamente, en su conclusión contradice directamente lo afirmado por el consid. 6º precedente, desde que afirma que el no cumplimiento de los plazos por la Administración no tiene más efectos que originar “medidas correctivas y sancionatorias para los funcionarios responsables”...

Luego del giro del consid. 7º –borrando lo afirmado por el consid. 6º– el consid. 8º se embarca en el absurdo “decaimiento”, con citas de autores extranjero y chileno que le sigue, pero, para sorpresa, concluye que “ante la claridad del artículo 27” (y ¿en qué queda lo sostenido en el consid. 7º?) y la imposibilidad que existe en el caso sublite y la causa sobreviniente, “es el cumplimiento del plazo, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración deviene en ineficaz por ilegalidad”.

Concluye el fallo (consid. 9º), de modo notable diría, con la exacta solución, de acuerdo con el derecho chileno vigente, estableciendo que “al haberse extendido el procedimiento de que se trata en autos, por más de seis meses y hallándose paralizado por un término largamente superior al indicado, corresponde declarar de conformidad a lo previsto en el artículo 40 inciso 2º de la Ley Nº 19.880, la imposibilidad material de continuar dicho proceso”. Así, se acoge la protección deducida, revocándose la sentencia del tribunal a quo (Corte de Apelaciones de Santiago, de 20.8.2020) que la había rechazado, declarándose la imposibilidad material de continuar el procedimiento impugnado.

2. Una vez más se advierte en un asunto que aparece tan claro, si se quiere fallar según el derecho vigente, lo que puede llamarse “divismo”<sup>3</sup>, esto es, aparecer con ideas peregrinas cuando no extranjerismos siempre incongruentes con nuestro Derecho, y no darse cuenta que los miembros de la sala pertinente “son parte” de un tribunal, que mientras más impersonal más justicia se imparte, y más convence a los contendientes, puesto que la sentencia expresa el Derecho y, en último término, la voz de lo justo.

Si se lee el fallo Baltierra Campos con detención bien podrán haberse omitido sus buenas líneas, en incluso algún considerando, y habría quedado más límpido, sentando jurisprudencia o siendo ejemplo de aplicación directa y sin revueltas del derecho vigente.

En efecto, lo decimos por cuanto el punto central del caso sometido a la jurisdicción de amparo era bien simple: un procedimiento administrativo que

---

<sup>2</sup>Vid. sobre decaimiento 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* 17/2020, 301-323, con abundante jurisprudencia judicial; debe hacerse presente que CGR no acepta esta figura en su jurisprudencia.

<sup>3</sup>Como hacíamos presente en otra ocasión a raíz del activismo judicial, vid. nuestro *Sobre jurisprudencia*, en *Actualidad Jurídica* 32/2015, 29-32.

iniciado en 2011 aún en el año 2019 no tenía término, existiendo un embargo vigente de dos vehículos del recurrente por cobro de una deuda tributaria. La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, daba la solución precisa con un texto claro y de directa aplicación, pero que en varios casos anteriores similares (referentes a sanciones administrativas) la Corte Suprema se había “encandilado” o “subyugado”, con la “invención” del “decaimiento” de los procedimientos y de los actos administrativos, omitiendo aplicar la disposición mencionada del art. 27 L 19.880, y enredándose en argumentos y cambios de criterio que solo han servido para contaminar la atmósfera jurídica, con injertos extranjerizantes carentes de todo sustento jurídico en nuestro derecho público.

Esta vez la Corte Suprema se ha atrevido a aplicar la disposición referida del artículo 27, con una solución clara que no deja duda alguna, solo que habituada a los circunloquios se enreda con su artículo 40 inciso 2°, que contempla la “terminación del procedimiento” cuando existe “la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes”. Pero aquí no se dan tales causas, no las hay, por lo cual lo procedente es la muy simple aplicación del indicado artículo 27 que exige declarar extinguido el procedimiento por haber durado más de seis meses contados desde su inicio hasta su resolución final. Confunde el tribunal, tal vez por un temor de afirmar aquí lo que directamente afirmaba en el consid. 6°, en cuanto un procedimiento administrativo “no puede durar más de seis meses” (salvo caso fortuito o fuerza mayor), al acudir a la situación de “causas extraordinarias sobrevinientes”, inexistentes en este caso<sup>4</sup>. El transcurso de dicho plazo de seis meses no es una “circunstancia sobreviniente”, de modo alguno, como sí lo sería, por ejemplo, la renuncia del derecho del interesado, que sirve de fundamento a su petición, o la declaración de abandono del procedimiento por la autoridad, en los casos que procede, o aún el desistimiento del interesado.

En el caso concreto la verdadera causal de extinción del procedimiento administrativo se debe aquí –como lo hemos sostenido en otras ocasiones y lo reiteramos– es que pasados los mencionados seis meses de tramitación, salvo caso fortuito o fuerza mayor, *ya carece de competencia la autoridad que lo lleva a cabo* para continuar en él, puesto que ya se ha extinguido y se ha extinguido por disposición expresa de la ley, que dicho artículo 27 le ha conferido esa competencia con un plazo bien preciso y determinado para su ejercicio, que solo podrá ampliarse en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que debe comprobarse debidamente (o sea, por medio de una resolución fundada).

El tema, pues, no es de “decaimiento” ni de circunstancias sobrevinientes; es la imposibilidad de seguir tramitándose ese procedimiento porque la autoridad que lo lleva perdió la competencia que para ello le daba la ley por haber demorado más de seis meses en su tramitación. No es, en consecuencia, asunto de competencia, ni de prescripción extintiva, es asunto de competencia y del artículo 7° inciso 1° de la Constitución ya que de dictarse un acto administrativo, sea trámite o terminal después de ese plazo no se ha emitido “dentro de la competencia” de su autor y, por tanto, *es nulo* (art. 7° inc. 3°), por *carecer de competencia para dictarlo*.

---

<sup>4</sup>Y que recuerdan perversamente a la noción italianizante de la revocación por mérito, adoptada por la jurisprudencia contralora, vid. nuestro *La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 46/2021, 85-110, jurisprudencia también seguida por los tribunales, pero que contradice de lleno la propia Ley N° 19.880, art. 61.

Concluimos. El Derecho es simple, lástima que los abogados y también los jueces y aun supremos, lo enredan y a veces no por desconocimiento –lo que sería, ciertamente, grave– sino porque no se atreven a ir en contra de mitos, como el absurdo y falso sedicente “principio” (que no pasa de ser un eslogan estatista y de los más deleznable) que a la Administración no le corren plazos, lo que contraviene no solo la Constitución (art. 19 N° 2), igualdad ante el derecho y un privilegio expresamente prohibido por ella) sino la razón misma de lo justo, en que consiste el Derecho<sup>5</sup>.

EDUARDO SOTO KLOSS

---

<sup>5</sup>No hace mucho leía un texto muy antiguo (mediados del siglo II) que pienso viene a cuento, que dice “lo justo lleva camino recto, lo no justo, torcido. Tú, marcha por el camino recto y llano y deja el torcido. Porque el camino torcido no tiene sendas sino parajes intransitables y tropiezos sin cuenta y es áspero y espinoso; por ello es dañoso para los que por él transitan. Ya ves cuánto más conveniente es caminar por el camino recto, llanamente y sin tropiezos”, Hermas, *El pastor* (mandamiento sexto, 1), en Padres apostólicos (ed. D. Ruiz Bueno). Bac. Madrid. 1974, 937-1092, la cita en 983s.

CORTE SUPREMA  
(5.8.2021)  
Jorge A. Luchsinger Mac-Kay y otros  
con Fisco de Chile  
(Responsabilidad del Estado-Administración – origen  
constitucional – falta de servicio/omisión)\*

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, cinco de agosto de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Se reproduce la parte expositiva y los considerandos Primero a Noveno de la sentencia de primera instancia y se elimina lo demás.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que los señores Jorge Andrés, Jaime Alejandro y Mark Javier y la señora Karin Else todos Luchsinger Mackay, en su calidad de hijos del Matrimonio Luchsinger Mackay, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Fisco de Chile.

Fundan su acción en que, durante la noche del 03 de enero de 2013, un grupo indeterminado de personas, entre las que se encontraba don Celestino Cerafín Córdova Tránsito, se concertaron e irrumpieron, alrededor de las 01.15 horas de la madrugada del día 04 de ese mes y año, en la casahabitación en que moraba el matrimonio compuesto por don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González de 75 y 69 años de edad, padre y madre de los demandantes, respectivamente, ubicada en el denominado Fundo La Granja Lumahue, localidad de General López, comuna de Vilcún.

Señalan que, al momento del atentado, ambas víctimas se encontraban durmiendo en su interior y que Celestino Cerafín Córdova Tránsito y el grupo de individuos efectuaron disparos con armas de fuego, iniciando un ataque en contra de las víctimas, el que fue repelido por don Werner Luchsinger Lemp en legítima defensa, quien disparó y logró herir a la altura del tórax al agresor Córdova Tránsito.

Durante el atentado, dicho agresor y los sujetos que lo acompañaban, rociaron la vivienda con elementos acelerantes para el fuego y lo inician mediante cuerpos portadores de llama, logrando incendiar totalmente la morada, dejando al matrimonio Luchsinger Mackay atrapado en el interior, provocándoles a ambos conyuges la muerte por carbonización en incendio de tipo homicida.

---

\*Se ha omitido la sentencia que la precede por cuanto no habiendo cumplido –según el tribunal de casación– con los requisitos de validez de una sentencia, se la ha anulado de oficio.

Además, se expresa que, durante el ataque a las víctimas, la señora Vivian Mackay González, con el fin de detener la agresión, pidió auxilio mediante llamadas telefónicas a sus hijos Jorge Andrés y Mark Javier y lo intentó también con Cynthia Mackay González, la cual no pudo contestar, como también a Carabineros de Chile.

Posteriormente, una vez cometidos los hechos, concurrieron al lugar funcionarios de Carabineros de Chile y lograron la detención de don Celestino Cerafín Córdova Tránsito, el que actualmente cumple condena por tales hechos. Se precisa que el delito se produjo con motivo de la toma material de predios por parte de terceros, en razón de las demandas territoriales mapuche en la IX Región de la Araucanía, las que se dan en un contexto de violencia.

Exponen, en lo relativo al arbitrio, que la falta de servicio se traduce en que el Estado no ha adoptado las acciones y medidas pertinentes para resolver el grave problema de violencia que afecta la zona y que, en este caso, culminó con la muerte de sus padres.

SEGUNDO: Que la defensa del Fisco de Chile, en lo pertinente, opuso “las excepciones” de no configurarse la responsabilidad civil que se alega, porque el Estado responde por la denominada “responsabilidad por falta de servicio”, establecida por el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la que, al exigir como preciso factor de imputación la “falta de servicio”, no tiene el carácter de responsabilidad “objetiva” a la que alude la parte demandante, argumento que se limita a plantear el daño sufrido por los actores, pero sin precisar los elementos que componen la responsabilidad.

Asimismo, advierte que, en todo caso, tampoco, se configura dicho factor de imputación, puesto que la circunstancia que los demandantes no hayan obtenido lo que esperaban del actuar de la autoridad administrativa competente en los hechos, no importa concluir que las instituciones públicas no hayan ejercido sus funciones y atribuciones como le es exigido, conforme a las circunstancias, medios, recursos y jurisdicción que les correspondía. Aseverando, además, que en cuanto a los hechos, los organismos policiales han efectuado y efectúan acciones y patrullajes periódicos con el propósito de prevenir la comisión de delitos, a pesar de lo cual es materialmente imposible conseguir evitarlos todos.

A la vez, el Fisco de Chile opone como excepción la inexistencia de una relación causal entre el actuar de la Administración y los daños reclamados en la demanda. Precisando que, en general, la parte demandante tiene la carga de demostrar sus proposiciones probando todos los hechos constitutivos de su pretensión.

TERCERO: Que la demandante, en orden a establecer la responsabilidad del demandado Fisco de Chile, rindió la prueba documental referida en el considerando Quinto de la sentencia de primera instancia y la testimonial transcrita íntegramente en el considerado Sexto de la misma.

A su vez, la demandada Fisco de Chile con el fin de acreditar sus asertos produjo la documental relacionada en el considerando Séptimo y la testimonial descrita en el motivo Octavo de la sentencia de primera instancia, respectivamente.

CUARTO: Que, para acreditar los hechos en que se basa la acción civil de autos, la más significativa de las pruebas producidas dentro del proceso es la documental consistente en la sentencia penal condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de

Temuco, RIT 220/2013, RUC 130014341-8, de fecha 28 de febrero de 2014, que castiga al encausado Celestino Cerafín Córdova Tránsito, a la pena privativa de libertad de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales, como autor del delito de incendio con resultado de muerte de Werner Luchsinger Lemp y de Vivian Mackay González.

Dicha sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco la acompañó al proceso tanto la parte demandante como la parte del demandado civil Fisco de Chile.

Aún más, el tribunal de primera instancia ordenó agregar dicha sentencia.

Tal actividad probatoria, en relación a la sentencia penal condenatoria en comento, reafirma la confianza de todos los sujetos procesales en ella.

Lo anterior, significa una especial consideración a las garantías del contradictorio penal, que dio las bases para acreditar los hechos contenidos en dicha sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, pues trata de los hechos sustanciales que fueron motivo del debate en el juicio penal anterior y que vuelven a repetirse en este nuevo proceso civil.

QUINTO: Que, sin embargo, atendido el régimen probatorio legal, que obliga al juez a fundar su decisión en una concepción cognoscitiva de la prueba, debiendo seguir el camino de persuasión que indica la ley, se efectuará la apreciación legal de la citada sentencia penal condenatoria como medio de convicción.

SEXTO: Que tal examen resulta necesario si se razona que, a la sentencia penal condenatoria en estudio no le es atinente la presunción que señala el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: “Sin perjuicio de las demás circunstancias que en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deben estimarse como base de una presunción judicial, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.

Igual presunción existirá en favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes”.

En efecto, como se puede observar, al atenerse estrictamente al texto del inciso final de esa disposición, la sentencia penal condenatoria presentada por las partes en este proceso civil, no puede beneficiarse directamente de la presunción mencionada en dicho inciso de la disposición antes citada, es decir, la presunción legal de reputarse en este juicio como tales los hechos declarados verdaderos en otro entre las mismas partes.

Tampoco le corresponde aplicar al fallo presentado en parte de prueba lo que concierne a la cosa juzgada, desde que, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, adoptó en materia civil el sistema de la triple identidad, el que exige que, entre el fallo anterior y la pretensión del nuevo proceso, haya coincidencia entre las partes, la cosa pedida y la causa de pedir. Por lo que, en la sentencia en estudio en relación a la cosa juzgada, respecto de la identidad de personas, o límites subjetivos, no tiene la coincidencia que debe existir entre el imputado del proceso penal y el demandado civil, pues no son la misma persona.

SÉPTIMO: Que, a la vez, en sede civil la indemnización de perjuicios impetrada está fundada en la obligación de resarcimiento del daño moral sufrido por los demandantes, provocado por la responsabilidad del Fisco de Chile por falta de

servicio, lo que no permite hacer operar la institución de la cosa juzgada, la cual resulta pertinente por regla general si existe una compatibilidad entre la pena penal y el reproche civil en contra del personalmente responsable, sin que tampoco puedan resultar aplicables en relación con el fallo incorporado en autos con la anuencia de todos los sujetos procesales, los efectos de las sentencias criminales condenatorias en el juicio civil, según las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO: Que, en consecuencia, la eficacia probatoria de la sentencia condenatoria penal incorporada a este proceso civil, en cuanto versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de prueba en este litigio, es decir, la apreciación de su pertinencia o impertinencia, no se encuadra en la presunción de verdad en favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes, ni en la triple identidad exigida por la cosa juzgada o en lo relativo a los efectos de las sentencias penales condenatorias en el juicio civil, sino en que siempre debe existir en los hechos una coherencia sistémica entre lo resuelto en lo penal y lo civil, pues, si en el juicio penal se decide y falla que determinados hechos ocurrieron, no puede jurisdiccionalmente sostenerse luego, al decidir el asunto controvertido, que esos mismos hechos nunca existieron, salvo que se hayan aparejado otros medios de prueba que acrediten lo contrario. Tal conclusión tiene entonces cabida en la determinación de la eficacia concreta de esta prueba, en que si bien su génesis se ubica en el derecho penal, se guía por razones y caracteres procesales, en cuanto instrumento de convicción del sentenciador en su función inherente a la demostración de las proposiciones formuladas por las partes.

Es por lo anterior, que la sentencia penal condenatoria debe ser considerada, en aquella ordenación lógica de los medios de prueba, como aquel elemento que posee ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, para inferir de ella, por labor del juez, los hechos desconocidos en el juicio.

Así, en el orden jurídico, el artículo 1712 del Código Civil clasifica las presunciones en legales y judiciales, estas últimas de acuerdo al inciso segundo, son las que deduce el juez y para ser admitidas en juicio deberán ser graves, precisas y concordantes. Disposición legal a la que se refiere el artículo 426, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, precisando éste que: “una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento”.

NOVENO: Que, por consiguiente, por vía de presunción que reúne los caracteres indicados en las disposiciones legales antes referidas, caen dentro del imperio de los hechos probados en este procedimiento los contenidos en la sentencia penal condenatoria antes singularizada, acompañada regularmente por ambas partes como antecedente probatorio en él y por el sentenciador para completar el probatorio del juicio.

DÉCIMO: Qué, además, la parte demandante produjo la prueba documental y la de testigos, relacionadas circunstanciadamente en los considerandos Quinto y Sexto de la sentencia de primera instancia.

En efecto, en cuanto a la prueba documental, en sentido amplio, la actora dio ingreso a una transcripción de audio de llamadas al Centro de Control de

Carabineros (CENCO), que verifica aspectos policiales que se conocieron durante el ataque sufrido por las víctimas.

Además, la demandante adjunta la instrumental que da cuenta del contenido de la Sesión de la Comisión Especial Investigadora de los Actos de Gobierno, de fecha 18 de agosto de 2016, determinadamente, acerca de la situación de inseguridad ciudadana que se vivía a la época de los hechos en la Región IX de la Araucanía.

Por último, en cuanto a la documental, la demandante acompaña antecedentes de prensa tendientes a demostrar que el delito de incendio, con resultado de muerte de las víctimas Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González, comprueba el grado de inseguridad o intranquilidad pública existente en la época en la Región IX de la Araucanía. Sin embargo, estos documentos carecen de valor probatorio, pues, se comprende, se trata de documentos privados que no pueden ser reconocidos por la parte en contra de quien se oponen, lo que obliga restarles mérito en ese sentido.

Además, la parte demandante rindió la prueba testimonial de los señores Carlos Germán Tenorio Fuentes, Juan de Dios Fuentes Vega, René Alejandro Caminondo Vidal, y Aníbal Horacio Latorre Balbontín.

Determinadamente, acerca de la existencia de falta de servicio por parte del demandado Fisco de Chile en los hechos descritos en la demanda, en el examen particular de las deposiciones se considerará, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que se trata de testigos imparciales y verídicos, cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426 del mismo Código.

a) En efecto, tal mérito probatorio emana al afirmar el testigo Tenorio que, conoce en detalle los hechos por ser abogado de la familia Luchsinger Mackay, y en lo que guarda relación con el crimen que terminó con la vida de los padres de los demandantes en la madrugada del 04 de enero de 2013, se debe considerar que desde el día 03 de enero de 2008 se conmemora en esa fecha la muerte de Matías Catrileo Quezada, hecho acaecido en el fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de don Jorge Luchsinger Villeger, primo hermano de don Werner Luchsinger Lemp.

Luego, asegura, desde ese entonces grupos radicalizados vinculados a la causa mapuche han culpado de esa muerte a los miembros de la familia Luchsinger. Precisa el testigo que dos días antes del crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay, esto es, en la madrugada del 02 de enero del año 2013, desconocidos irrumpieron en las dependencias del hotel "Don Eduardo", ubicado en calle Andrés Bello de la comuna de Temuco, lugar donde rayaron consignas alusivas a la causa mapuche y dejaron panfletos en los cuales referían como responsable de la muerte de Matías Catrileo a la familia Luchsinger. Agrega que este hecho fue informado durante el día 03 de enero a personal policial, tanto de Carabineros como de la PDI, a don Jorge Luchsinger Villinger, a don Eduardo Luchsinger Schifferli y a don Rodolfo Luchsinger Schiferli, todos víctimas de diversos atentados cometidos dentro del marco que se conoce como conflicto indígena.

Manifiesta el deponente que, de inmediato, se verificó una denuncia, dándose inicio a una investigación policial por el delito de amenazas en contra de la familia Luchsinger. Paralelamente, redactó una querrela criminal por los mismos hechos y por igual delito en representación de las personas antes indicadas para ser presentada ante el Juzgado de Garantía de Temuco, cuestión que se verificó

a primera hora de la mañana del 04 de enero de 2013. Lamentablemente, a esa hora ya se había producido el crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay.

En consecuencia, expresa el testigo, le consta que los organismos policiales estaban en conocimiento de las amenazas vertidas en contra de la familia Luchsinger en general, entre quienes se encontraba el matrimonio Luchsinger Mackay.

Hace presente el testigo que dichas amenazas resultaban en su opinión absolutamente verosímiles o creíbles, por cuanto la familia Luchsinger ha sido objeto de ataques de similar naturaleza desde el año 1999 en adelante, leyéndose desde ese entonces en distintas partes y medios de la región una amenaza que reza: "Luchsinger primero tus cascas, después toda sangre".

En efecto, afirma el testigo, las amenazas se fueron materializando en el transcurso de los años, fue así como el año 2002 se produjo el incendio intencional del centro denominado casas viejas, ex casa familiar de los ancestros de la familia Luchsinger.

Posteriormente, el 09 de junio del año 2005, se produjo el incendio a la casa habitación de don Jorge Luchsinger Villiger, circunstancias en la cual un grupo de encapuchados, alrededor de las 22 horas, irrumpió en dicho inmueble, golpeó e hirió al matrimonio Luchsinger Koenekamp, sacándolos al exterior de la vivienda gritando consignas mapuches tales como "fuera de las tierras ancestrales", conminándolos a observar el incendio de su casa y de sus vehículos, bajo amenaza que si no se iban pagarían con su sangre.

Posteriormente, el 16 de agosto del año 2008, aproximadamente a las 23.45 horas, un grupo de encapuchados irrumpió en la casa habitación del matrimonio compuesto por don Eduardo Luchsinger y doña Olga León, ubicado en el fundo Santa Rosa, sector Natre de la comuna de Vilcún. Los sujetos nuevamente irrumpieron en el interior de la vivienda, sacaron con violencia al matrimonio desde el interior bajo amenazas y golpes, conminándoles igualmente a presenciar el incendio de su casa habitación, sus vehículos, la sala de ordeña, la lechería, la casa de máquinas, galpones, insumos agrícolas, es decir todo lo edificado y el motor de esa propiedad agrícola ganadera. A lo ya expuesto, enfatiza el testigo, se suma otro centenar de hechos de violencia de distinta índole que afectaron a distintos miembros de la familia Luchsinger, con anterioridad a los horrorosos sucesos ocurridos el año 2013 en la Granja - Lumahue.

b) Por su parte el testigo Fuentes afirma que le correspondía asumir algunas labores dirigenciales en la Asociación de Víctimas de la Región de la Araucanía y en un movimiento ciudadano que se llama Paz en la Araucanía. Su labor entre otras cosas era ayudar, orientar a agricultores víctimas en la consecución de la medida de protección y en la asesoría que en las distintas causas que se generaban con estos vínculos y en razón de ello conocía a toda la familia Luchsinger, a alguno de los cuales les ayudó a conseguir en la Fiscalía medidas de protección o modificaciones a esas medidas de protección. A raíz de ello, concurrieron muchas veces a los predios y a fines del año 2012 e inicio del año 2013, se pudo percatar que en distintos puntos del camino del sector de General López existían rayados y carteles amenazando abiertamente a la familia Luchsinger, por ello solicitaron el 27 de diciembre del año 2012 una reunión con el general Dfmalinovic, General de Carabineros, no recuerda porqué él tenía a su cargo la zona y le solicitó expresamente que se pudieran establecer medidas de seguridad

tendientes a proteger los primeros días de enero, especialmente para aquellas familias que no tenían medida de protección, en particular la familia Luchsinger Mackay, ya que se trataba de personas mayores que se encontraban en el lugar, la Granja Lumahue. Igual solicitud hicieron al entonces intendente don Andrés Molina. Ambas autoridades les dijeron que acogían su solicitud y que harían las averiguaciones pertinentes, hicieron presente además que los carteles y rayados que hacían alusión a la familia Luchsinger referían a la conmemoración de la muerte de un comunero en el que fuera el fundo Santa Margarita, por ello insistieron que era de capital importancia que se protegiera en forma especial a los miembros de esta familia.

Precisa el testigo, que durante los días 01 y 02 de enero del año 2013 se pudo percatar que, no obstante haberse realizado innumerables atentados en la zona de Vilcún, no se habían dispuesto medidas de protección o extraordinarias al matrimonio compuesto por el señor Luchsinger y la señora Mackay.

Luego de ello, asevera, ocurrió el atentado que es público y notorio y al llegar al lugar de los hechos muy temprano en la madrugada se pudo percatar que incluso el hijo del matrimonio don Jorge Andrés, que vivía a unos kilómetros de la casa pudo llegar primero que cualquiera de las patrullas policiales del sector, ya que ellas se encontraban muy distantes.

Expresa el testigo que, en particular don Werner, a quien conoció unos meses antes, le había hecho referencia de las múltiples amenazas que como familia recibían y de la sensación de impunidad que de ello tenía, ya que no obstante las distintas denuncias de todos los agricultores del sector, se seguían sucediendo atentados todos los días de distinta magnitud. Por todo lo anterior, se pudo percatar que el Estado de Chile no ha cumplido ni cumplió en su época su obligación de mantener el orden público y resguardar la seguridad de sus ciudadanos, en especial la seguridad de la familia Luchsinger Mackay.

c) Asimismo, al sostener el testigo Caminondo que la falta de servicio se produce principalmente por el hecho de no haber tenido protección policial el predio de la Granja Lumahue de la familia Luchsinger Mackay, dado que sí la tenían los predios aledaños de las familias Echavarrí y Taladriz.

Precisa el testigo que era la fecha conmemorativa del fallecimiento de un comunero mapuche, por lo que todo hacía suponer que podía existir algún atentado. Afirma que en la fecha se cumplía un año del atentado que había sufrido la familia de don Tomás Echavarrí, vecino de la Granja Lumahue. Además que, en relación al apellido de la familia Luchsinger, ya habían sufrido atentados los familiares de don Werner Luchsinger.

Asevera el deponente, que se habían encontrado ocasionalmente letreros en contra de la familia Luchsinger. Estos se encontraron en Temuco y en los caminos rurales cercanos a Vilcún. Todo esto hacía suponer que en cualquier momento podían las víctimas sufrir algún atentado.

El servicio que, afirma el testigo, debía otorgar el Estado era la protección policial permanente para alguien que viviera en la zona de conflicto, considerando que los Luchsinger Mackay se trataba de un matrimonio de tercera edad y, además, con el apellido Luchsinger que, de alguna manera, en la zona, ya varios familiares habían sufrido atentados y hostigamientos.

d) Por último, al ratificar el testigo Latorre que, tiene plena certeza que, en el caso del fallecimiento de los padres de la familia Luchsinger éstos no tuvieron

protección policial cuando ocurrieron los hechos, a pesar de que, para toda la comunidad, esta es una zona donde existe un conflicto de mucha violencia.

Expresa el testigo que la falta de servicio del Estado originó que don Werner Luchsinger y Vivian Mackay fueran asesinados, en el ataque en que fueron quemados vivos.

Explica el testigo que lo anterior le consta porque conoce a Jorge Andrés y estuvo ahí el día en que ocurrieron los hechos en la Granja Lumahue, que llegó al lugar como a las 08:30 horas y vio a Jorge Andrés en estado de shock. Quien no entendía bien lo que había ocurrido. Precizando que la casa estaba completamente quemada y en ese momento Jorge Andrés le manifestó que aún no sabía dónde estaban sus padres.

Señala el deponente que ese año 2013 era público que la zona donde está la Granja Lumahue era conflictiva, y todo el sector de General López también lo era.

Agrega que conoce a otras personas que durante mucho tiempo han vivido en el sector como es el caso de Ewald Luchsinger, Emilio Taladriz y el propio Jorge Andrés, el que durante este tiempo ha sufrido amenazas y atentados posteriores.

Hace presente que un par de días antes, alrededor del 02 de enero de 2013, en el frontis del hotel Don Eduardo, ubicado en calle Bello de la ciudad de Temuco, apareció un rayado con amenazas de quemar a la familia Luchsinger, lo cual fue publicado posteriormente en el Diario Austral de Temuco, además, ese hecho se lo comentó personalmente al dueño del hotel.

UNDÉCIMO: Que, por consiguiente el examen de los antecedentes analizados permiten el establecimiento o demostración de los siguientes hechos:

a) En la comuna de Vilcún, la madrugada del día 04 de enero de 2013, siendo aproximadamente las 01:00 horas, Celestino Cerafín Córdova Tránsito, junto a un número indeterminado de personas, ingresó al fundo denominado "La Granja Lumahue", de la localidad de General López, en cuyo interior se emplazaba la casa habitación del matrimonio compuesto por don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González, de 75 y 69 años, respectivamente, quienes se encontraban en el interior de la morada. Enseguida el grupo delictivo atacó la residencia mediante disparos de armas de fuego, agresión que la víctima don Werner Luchsinger Lemp, intentó repeler haciendo uso de su arma de fuego, una pistola marca Browning calibre 7.65 mm., logrando herir a la altura del tórax a Celestino Cerafín Córdova Tránsito. Durante la agresión el grupo de individuos, mediante una actividad planificada y coordinada, iniciaron el fuego en la morada utilizando cuerpos portadores de llamas que portaban consigo, logrando incendiarla totalmente, provocando con ello la muerte del matrimonio de Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González. Según las autopsias médico legales, se les provocó la muerte por medio de carbonización en incendio de tipo homicida.

b) En el curso de los acontecimientos la víctima Vivian Mackay González efectuó diversos llamados telefónicos de auxilio a sus hijos Jorge Andrés y Mark Javier, e incluyó uno de auxilio a Carabineros de Chile, al fono 133.

c) Solo posteriormente a tales sucesos, concurre Carabineros al lugar de los hechos, es decir, una vez que el fuego formado por llamas incontenibles que ya no permitían dominarlas, había destruido totalmente el inmueble y provocado la muerte de sus moradores.

d) Celestino Serafín Córdova Tránsito, al quedar herido y abandonado por los demás concertados, pudo ser detenido por funcionarios de Carabineros después de ocurridos los hechos.

e) Los hechos se produjeron a partir de la noche del día 03 de enero de 2013, fecha en la cual, en el año 2008, ocurrió la muerte del comunero mapuche Matías Catrileo Quezada, en el Fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, primo hermano de la víctima Werner Luchsinger Lemp. Desde entonces, grupos radicalizados vinculados a la causa mapuche, han culpado de esa muerte a los miembros de la familia Luchsinger. Así, dos días antes del crimen que terminó con la vida del matrimonio Luchsinger Mackay, en la madrugada del 02 de enero, desconocidos irrumpieron en las dependencias del hotel "Don Eduardo", ubicado en calle Andrés Bello, de la comuna de Temuco, rayando consignas alusivas a la causa mapuche y dejando panfletos en los cuales referían como responsables de la muerte de Matías Catrileo Quezada a la familia Luchsinger. Hecho que fue informado durante el día 03 de enero de 2013, tanto a Carabineros de Chile como a la Policía de Investigaciones de Chile y a integrantes de la familia Luchsinger, que habían sido víctimas de diversos atentados cometidos dentro del marco del conflicto mapuche.

f) Se estableció, respecto al ámbito territorial de la actuación criminal, que ella operó de forma local, dentro de una actividad delictiva llevada a cabo de manera organizada por grupos de personas, en una forma estructurada y planificada, dirigida a cometer uno o más delitos calificados como graves por la legislación punitiva, de forma permanente y reiterada, con fines políticos y sociales, provocando como resultado un perjuicio importante y, en este caso, destruyendo bienes y cobrando la vida de ambas víctimas.

g) Los organismos policiales y la Autoridad Administrativa competente, estaban en conocimiento de las amenazas vertidas en contra de las familias Luchsinger en general, entre las que se encontraba la familia Luchsinger Mackay, dentro del marco descrito en el apartado anterior.

h) Las víctimas don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González eran poseedoras y dueñas pacíficas del predio e inmueble incendiado, ubicado en el sector de General López, comuna de Vilcún, denominado Granja Lumahue, y se vieron constantemente amenazados verosíblemente por los grupos radicales antes señalados, estando expuestos a riesgos y peligros de atentados por causa totalmente ajenas a su voluntad y conducta.

DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, conforme a tales hechos acreditados y establecidos en autos, no procede aceptar la testimonial del demandado Fisco de Chile, transcrita en el considerando Octavo de la sentencia de primera instancia, en la que deponen los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, Rodrigo Andrés Moscoso Polgatz, David Alejandro Meliñir Carrasco, Juan Francisco Cofré Cartes, y René Emiliano Valenzuela Contreras, respectivamente. Además de los funcionarios de Carabineros de Chile, Ernesto Antonio Ibacache Martínez, Alberto Quezada Soto, y Alfredo Esteban Cartes Pérez, respectivamente.

DÉCIMO TERCERO: Que, en efecto, el oficial de la Policía de Investigaciones Rodrigo Andrés Moscoso Polgatz asegura en lo atinente que no tenía información previa de inteligencia de que el predio de las víctimas pudiera ser objeto de un hecho

como el que sucedió, porque de haber contado con ella el mando institucional habría ordenado tomar las medidas correspondientes, para prevenir los hechos que ocurrieron esa noche. Además, que la Granja Lumahue no era una propiedad que se encontrara con algún tipo de reivindicación mapuche. Declaración que solo demuestra desconocimiento de las conductas que el oficial de la policía debía desarrollar y deberes que surgían en el ámbito de su competencia institucional.

Por su parte el oficial de la Policía de Investigaciones David Alejandro Meliñir Carrasco responde, en lo que cabe resaltar para estos efectos que, conforme a los antecedentes que hasta ese entonces mantenía la policía y a lo aportado personalmente por el matrimonio Luchsinger Mackay, ellos no estaban en ninguna situación de riesgo, y refiere que en ese entonces habían ocurrido algunos hechos aislados en la zona donde se ubica La Granja Lumahue la que no era considerada una zona de riesgo. Dichos del funcionario policial que, al igual que en el caso del funcionario Moscoso, solo demuestran que no conocía la adopción de medidas especiales para evitar el peligro creado por la situación de violencia existente en el lugar, y que él y la institución policial tenía el deber de conocer para emprender la injerencia que correspondiera realizar y no mantener las de rutina policial, con el fin de impedir comprometer la seguridad de las víctimas que se encontraban en evidente peligro de sus bienes y vidas.

Por cuanto, además, el oficial de la Policía de Investigaciones Juan Francisco Cofré Cartes afirma en lo pertinente que, en diciembre de 2012, antes de navidad, en compañía del oficial Meliñir Carrasco patrullaron el sector de Padre Las Casas y Vilcún, visitaron varios fundos y tomaron contacto con Werner Luchsinger en su predio La Granja Lumahue, diciéndole a éste que andaban averiguando si tenían problemas con la violencia rural y él les respondió que no tenía ningún tipo de problemas, el que además en dicha conversación les manifestó que no quería resguardo ni presencia policial en su predio, no obstante igual le dejaron sus números telefónicos de contacto en caso que tuvieran algún problema de carácter delictivo o tuvieran antecedentes o información de algún otro hecho. Respondiendo además el testigo Cofré Cartes a la contra interrogación, que a su juicio no era secreto que el lugar donde se encontraba la Granja Lumahue y los predios colindantes era conflictivo y que en esa fecha –03 y 04 de enero de 2013– se conmemoraba la muerte de Matías Catrileo, ocurrido en el Fundo Santa Margarita. Declaraciones del testigo Cofré Cartes que solo demuestran el desconocimiento de su parte del deber anterior que procede de la posición institucional de garante ante el peligro para bienes jurídicos indisponibles para las personas, tales como la vida y la integridad personal, al pertenecer a una institución pública fundamental para la sociedad, cuyo fin es prestar ayuda y proteger a las personas de los peligros que las amenazan, sin importar la supuesta disponibilidad del riesgo, atendido el peligro que era inminente según sus propios dichos.

En tanto el oficial de la Policía de Investigaciones René Emiliano Valenzuela Contreras, manifiesta en lo atinente que, la noche del 03 de enero de 2013, junto a otros colegas les correspondió realizar patrullajes preventivos en los sectores rurales de Padre Las Casas y Vilcún entre otros. Esto debido a que en esa fecha se conmemoraba la muerte de Matías Catrileo. Precizando que, luego de la comisión del crimen, posterior al trabajo en el sitio del suceso, le correspondió tomar declaración a don Jorge Luchsinger Mackay, en la que éste le relató de cómo se había enterado del hecho y en un punto le manifestó que su padre le había dicho

que no quería resguardo policial. Por lo que el testigo Valenzuela Contreras, al dar relevancia a este último aspecto, al igual de lo que se expuso en el acápite anterior en cuanto al oficial Cofré Cartes, se desprende que, atendida la acción de resguardo que como garante se encontraba obligado –dejando de relieve a que la ejecución del crimen pudo deberse a que la víctima Werner Luchsinger Lemp rechazó la protección policial– la conducta del funcionario en particular y la institucional en general – que también dan relieve a supuestos dichos de Werner Luchsinger Lemp en ese sentido–, se apartaron de los deberes de seguridad, para la debida protección de bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables de la que eran garantes.

En cuanto el Teniente Coronel de Carabineros de Chile Ernesto Antonio Ibacache Martínez, manifiesta que, en ese predio no tenían ninguna información, ni denuncias realizadas por dicho matrimonio, de que hubiese amenazas o le hayan causado algún daño anteriormente. Que no había información de riesgo respecto de ese predio en específico y del matrimonio Luchsinger Mackay. Eso sí, en el sector había protección con punto fijo en predios relativamente cercanos, como Fundo Traipo, Palermo Chico y Palermo Grande. Enseguida al ser contra interrogado el testigo, si en el sector de la Granja Lumahue en la semana de ocurrencia de los hechos se habían establecido puntos fijos especiales de Carabineros. El testigo responde: No. Enseguida, contra interrogado el testigo para que dijera si tenían alguna orden de su mando de dar alguna clase de protección especial a Werner Luchsinger y Vivian Mackay, el testigo respondió: No.

Por lo que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto por el testigo Ibacache Martínez, es posible concluir que, respecto de las víctimas Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay, no se dispusieron conductas activas, policial y administrativamente adecuadas para darles la protección indispensable, permitiendo el curso dañoso y de ese modo la consumación del hecho al no dar la protección especial que se requería, atendidas las circunstancias conocidas de riesgo existentes para los fallecidos, lo que consistió en una infracción a la posición de garante que dejó indefensas a las víctimas que se hizo realidad con las graves consecuencias o resultados antes relacionados.

Asimismo el Sargento 1o de Carabineros de Chile Alberto Quezada Soto, en lo atinente responde que el día de los hechos estaba de servicio cumpliendo una medida de protección de vigilancia como punto fijo en el Fundo Palermo Grande, el que se encuentra alrededor de un kilómetro del predio La Granja Lumahue, además, que en el sector contaba con protección permanente de Carabineros de Chile los fundos Palermo Chico y La Granja, que eran los más cercanos a la Granja Lumahue del matrimonio Luchsinger Mackay. Respondiendo, además, que piensa que el lugar en que se encuentra emplazada la Granja Lumahue a la época de la muerte del matrimonio Luchsinger Mackay, era considerado por Carabineros como un sector de riesgo de ocurrencia de atentados.

Por último, el Cabo 1º de Carabineros de Chile Alfredo Esteban Cartes Pérez, refiere que en esa época, enero de 2013, estaba cumpliendo precisamente una medida de protección en el Fundo El Traipo que se encuentra ubicado alrededor de un kilómetro y medio a dos kilómetros del Fundo La Granja Lumahue. Había alrededor de 6 a 8 predios en total que tenían vigilancia en el sector de General López. Además, que habían patrullas de Carabineros que recorrían los caminos de ese sector efectuando rondas preventivas. Que el día del hecho vieron las

columnas de humo del incendio en el predio La Granja Lumahue, por lo que salieron del Fundo Traipo y fueron a prestar colaboración al lugar del incendio, debido a que se encontraban relativamente próximos. Cuando llegaron la casa estaba completamente en llamas, enseguida llegó el GOPE y antes que ellos había llegado don Jorge Luchsinger Mackay, hijo del matrimonio fallecido. Asimismo, el testigo responde que cree que sí, a la conainterrogación de si el lugar donde se encuentra emplazada la Granja Lumahue era, al año 2013, un sector de riesgo de ocurrencia de atentados relacionados con el conflicto indígena.

De este modo, de las declaraciones de estos dos testigos, aunque aseguren que “no hubo falta de servicio”, se desprende lo contrario. Es decir, que teniendo la autoridad el deber de seguridad para con las víctimas esta no desplegó, conforme al deber de diligencia, la actividad necesaria para evitar el peligro conocido, creado por el “modus operandi” de grupos de sujetos, cuya organización para cometer conductas violentas ya conocidas, contaba con estructura, cohesión, estabilidad, y planificación, lo que se verificó en el resultado.

DÉCIMO CUARTO: Que, por las razones anteriores, se rechaza la documental del demandado Fisco de Chile, consistente en la declaración extrajudicial ante los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile del demandante Jorge Andrés Luchsinger Mackay, de fecha 10 de enero de 2013, y el parte policial de la Tenencia de Vilcún de Carabineros de Chile, de fecha 4 de enero de 2013, por ser el producto de la actividad desformalizada de la instrucción de la investigación en el procedimiento ordinario por crimen o simple delito, cuya consecuencia es la ausencia rigurosa de valor probatorio de tales actuaciones de la investigación, con excepción de la prueba irreproducible o anticipada, y constituyen, tales límites, los requisitos indispensables para la exclusiva valorización en el juicio oral penal como etapa central del procedimiento. Limitaciones que, por coherencia sistémica se trasladan armónicamente al proceso civil. Sin perjuicio lo anterior de haber sido considerado el peso probatorio de la sentencia definitiva, recaída en el correspondiente juicio oral penal, de acuerdo a lo ya razonado en relación con esta sentencia penal.

Asimismo, se rechaza la documental acompañada por la parte demandada Fisco de Chile, referida a entrevistas de prensa o reportajes, supuestamente efectuados a los demandantes Karin Luchsinger Mackay y Jorge Luchsinger Mackay, y al tercero Andrés Molina, por tratarse de documentos privados que no se pueden tener por reconocidos por la parte demandante en contra de la cual se presenta, atendidos los términos del artículo 1702 del Código Civil, que indica que “el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos”. Por lo que, por consiguiente, tales artículos de prensa, no consisten en aquella clase de documentos que, respecto de las partes y de sus sucesores, hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, a su fecha, naturalmente si la tuvieren, y en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos se contengan, de conformidad a lo que dispone el inciso primero del artículo 1700 del Código Civil.

DÉCIMO QUINTO: Que, ahora bien, asentados los hechos de la causa, es necesario reiterar que la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4º y 42 del D.F.L N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante Ley 18.575 actualizada), ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la “falta de servicio”, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

Es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4º, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1º del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

DÉCIMO SEXTO: Que, asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4º de la referida ley, que dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público.

Ahora bien, esta realidad distinta, como se dijo, determinó la regulación especial contenida en la Ley 18.575, la que no hace más que materializar el principio de responsabilidad de los órganos del Estado consagrada en los artículos 6, 7 y 38 de la Carta Fundamental (CS Roles N° 97.186-2020 y N° 39.686-2020).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, conforme a lo expuesto, la noción de falta de servicio, como el factor de imputación que genera responsabilidad, excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil, cuestión que impide adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario.

Abona esta tesis, la historia legislativa del artículo 4 de la Ley 18.575, así es como en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164) se indica textualmente que: “Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión ‘responsables civilmente’, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil”.

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público”, como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).

De esta forma, “acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado”, lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

Todo lo expuesto, permite colegir que el sistema de responsabilidad consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575 constituye, en definitiva, un corolario y un elemento intrínseco de un Estado de Derecho.

DÉCIMO OCTAVO: Que, asimismo, es necesario agregar que conforme lo señala el artículo 101, inciso 2°, de la Constitución Política de la República:

*“Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas...”*

En tanto, el artículo 1° de la Ley 18.961 prescribe: *“Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley”*.

DÉCIMO NOVENO: Que, en el caso en estudio, la responsabilidad del Estado, fundada en la falta de servicio, se traduce en que, no obstante, ser conocidos por las autoridades de la zona, las amenazas que había recibido la familia Luchsinger Mackay; teniendo en cuenta, además, que el día de los hechos, se trataba de la fecha en que murió el comunero Matías Catrileo Quezada, en el Fundo Santa Margarita, entonces de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, primo hermano de la víctima Werner Luchsinger Lemp. Permite colegir, sin lugar a dudas, el ambiente de tensión que reinaba en el sector y que llevó, incluso, a que existiría, como lo reconoce el demandado, a un reforzamiento de la seguridad en los alrededores.

Por consiguiente, en esas particulares circunstancias, le era exigible a las Fuerzas de Orden y Seguridad, para ese día, respecto de los Lushinger Mackay, la obligación de considerar el inmueble de éstos como un punto al cual se debía resguardar.

VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, ya sea que se aprecie mediante la abstención de realizar la acción que correspondía hacer o desde la acción en el curso causal dañoso, fue decisivo en el resultado, el que las Fuerzas de Seguridad y de Orden no cumplieran con su deber de garantes, tanto respecto a su posición de control de la fuente de peligro que le era conocida y también previsible, como frente a los bienes jurídicos que se encontraban en la obligación de defender. Por cuanto, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, se debe responder por tener dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad o de protección frente a determinados bienes jurídicos, siendo incidental precisar si se cometió mediante omisión del deber de seguridad para la debida protección de los bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables de que eran garantes, o atendida la insuficiente acción de resguardo que como garantes se encontraban obligadas a hacer.

Las consideraciones anteriores hacen irrelevante la propuesta de la parte demandada Fisco de Chile, en lo que dice relación con intentar dar relieve a que la ejecución del crimen pudo deberse a que la víctima Werner Luchsinger habría rechazado la protección policial.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, asentada la existencia de la falta de servicio, la actora para acreditar la indemnización por concepto de daño moral solicitado en su demanda, acompañó la documental consistente en la evaluación clínica de los actores, efectuada por la sicóloga Carolyne Rossana Pinto Toro, quien al declarar como testigo reconoce como suyos dichos informes profesionales y su firma puesta en ellos, quien además afirma que evaluó a los demandantes Jorge Andrés, Karen Else, Jaime Alejandro y Mark Javier, y pudo constatar que presentaban daños psicológicos que es posible asociar temporalmente a los hechos denunciados, que la circunstancia y naturaleza del daño puede asociarse con alta probabilidad a la muerte de sus padres, y el monto de tales daños son a partir de la evaluación psicológica incalculables. También la demandante rindió la testimonial de Carlos Germán Tenorio Fuentes, Juan De Dios Fuentes Vega, René Alejandro Caminondo Vidal, Aníbal Horacio Latorre Balbontín, quienes afirman que el trágico acontecimiento del día 04 de enero de 2013, no solo privó a los hijos, nietos y familiares del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mac Kay González de no contar con sus seres queridos, sino, además, han debido soportar vivir con el recuerdo de un hecho que marcará para siempre sus vidas, considerando las horrorosas y crueles circunstancias en las cuales fueron brutalmente asesinados. Indican los testigos que, tal desgraciada situación les ha causado a los hijos de las víctimas, un dolor y sufrimiento palpable que ellos han apreciado a diario, de ver éstos perder a los padres carbonizados en vida, sin haber podido auxiliarlos personalmente en tan terribles circunstancias.

Tales antecedentes probatorios suministrados por la parte demandante cumplen los requisitos del inciso segundo del artículo 1712 del Código Civil, esto es, reúnen los requisitos de gravedad, precisión y concordancia suficiente, propios de las presunciones que se deducen judicialmente. Norma a la que se refiere el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que las presunciones como medios probatorios se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil, por lo que, ponderados en su conjunto, permiten tener por establecido el daño moral sufrido por los hijos de las víctimas, menoscabo que es consecuencia

de la falta de servicio de las Fuerzas de Orden y Seguridad del Estado, con ocasión del ataque del 03 de enero de 2013, antes analizado.

Debiéndose deducir de todas esas comprobaciones el gran dolor y sufrimiento de los hijos, al ver como el amor de sus padres, manifestado entre los cónyuges tanto espiritualmente y en el auxilio de vida, se derrumbaba mediante un ataque que era previsible y conocido de quienes tenían los deberes de seguridad y protección. Sin poder salvar la vida de sus progenitores –no obstante que el hijo que estaba cercano al acontecimiento lo intentó con vehemencia– y todos los valores que ellos les daban y representaban en su obra de promoción del amor, seguridad, entrega, afectividad y estabilidad familiar, los cuales se encontraban en este matrimonio.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en lo que respecta al daño moral demandado, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *pretium doloris*. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el *pretium doloris*, puesto que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos. Así, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ha manifestado sobre el punto: “*Estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales*”. Y agrega: “*En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo*” (“El Daño Moral”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 83 y 84).

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en relación al quantum, esta Corte, a lo menos desde el año 2012 a la fecha, ha venido sosteniendo que la estimación de la cuantía del daño moral corresponde hacerla adecuando la situación del caso concreto a los elementos de juicio que entrega el “Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte” (que puede ser consultado en la página web: <http://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB>), con especial atención a las decisiones adoptadas en torno a los casos en que se ha demandado el resarcimiento de perjuicios derivados de eventos de semejantes características al que se analiza, elementos que en conjunto conducen a regular la indemnización que el demandado deberá pagar a cada uno de los actores para reparar los daños causados (Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017 y 134-2019).

VIGÉSIMO CUARTO: Que el baremo constituye una herramienta útil diseñada sobre la base de parámetros estadísticos objetivos y criterios jurisprudenciales para casos similares, con el propósito de evitar la arbitrariedad y uniformar la jurisprudencia en relación con este tópico, pero cuya aplicación no resulta obligatoria para los jueces del fondo en tanto no se verifique una modificación legal en tal sentido y que en todo caso sólo permite una referencia, porque, tal como sucede en el caso

de autos, dicho parámetro sólo otorga ciertas pautas debido a que no encuentra un tipo semejante.

Y de conformidad además con lo que prescriben los artículos 2º, 4º, 6º, 7º, inciso segundo del artículo 38º, e inciso segundo del artículo 101º de la Constitución Política de la República, artículos 1º, 4º, 21º y 42º del D.F.L: 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 1698 y 1712 del Código Civil; 170, 186, 341, 342, 384, y 426 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de trece de septiembre de dos mil dieciocho dictada en cuanto rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio y, en su lugar, se declara que la acoge sólo en cuanto se condena al Fisco de Chile a pagar a favor de cada uno de los actores la suma de \$ 250.000.000 por concepto de daño moral, la que deberá reajustarse conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha en que la presente sentencia quede firme y ejecutoriada y el mes anterior al pago efectivo, e intereses desde que esta sentencia quede firme.

Cada parte pagará sus costas.

Se *previene* que el Ministro (s) señor Zepeda y el abogado integrante Sr. Ruz, en el caso sublite de acuerdo a la sustentado por esta Corte en los autos rol 371-2008, caratulados “Seguel con Fisco de Chile” y en los autos rol 7919-2008, caratulados “Morales con Gamboa Edith del Carmen con Fisco de Chile”, coligen que la noción de falta de servicio es aplicable a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a partir de lo que dispone el artículo 2314 del Código Civil, por lo que no comparten los fundamentos Décimo quinto, Décimo sexto y Décimo séptimo de esta sentencia, en la parte que se sostiene que la noción de falta de servicio excluye toda posibilidad de reconducción al Código Civil.

Para ello quienes previenen tienen presente que la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 44 –hoy 42– dispuso que: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Es decir, la norma legal no contiene los conceptos de falta de servicio y falta personal, proponiendo dejar entregada a la jurisprudencia cuando se configurará la falta de servicio.

Sin duda la no construcción legal del concepto de falta de servicio, como es sabido, originó el problema de que se excluyó, de la aplicación del Título Segundo de la ley –sobre normas especiales–, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello, en el inciso segundo de su artículo 18, actual 21. Así, por consiguiente, fue la jurisprudencia la que se ocupó de crear el concepto de responsabilidad civil por falta de servicio en la ardua elaboración que se debía hacer, con el objeto de conseguir un criterio de aplicación general respecto de tal responsabilidad por parte de la Administración, creando por esa vía un sistema general de derecho en la materia el que contempla supletoriamente las normas del Código Civil.

Conforme se ha expuesto, ante la no creación legal del concepto y la exclusión anotada, en los autos rol 371-2008, caratulados “Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile”, esta Corte, razonó: “cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a Carabineros de Chile. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente precisamente que el desarrollo del Derecho Administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto el Estado, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso.

De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto la que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado” (considerando quinto).

A su vez, se razona por esta Corte en los autos rol 7919-2008, caratulados “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco de Chile” que: “a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción capital en materia de responsabilidad extra contractual del Estado es precisamente entre la falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo “Seguel con Fisco” ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado” (considerando décimo tercero).

Que la jurisprudencia citada, concordante con la exclusión del régimen de responsabilidad por falta de servicio respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, prevista en el artículo 21 de la Ley 18.575 en relación al artículo

42 del referido texto legal, ha sido acertada al sustentar la responsabilidad en las normas del Código Civil, determinadamente, aquellas previstas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, toda vez que estas normas, que tienen el carácter de supletorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 4o del mismo Código, resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575, de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

En efecto, el carácter de derecho común que tiene el Código Civil, particularmente las reglas contenidas en su título preliminar, donde se inserta el artículo 4º y que ha permitido sustentar el carácter subsidiario o supletorio de sus disposiciones y, cuyo reconocimiento como “regla de carácter general a todo el ordenamiento jurídico” ha sido hecho por la propia judicatura constitucional, no sólo resulta incontestable en el campo del derecho privado, sino que debe serlo también en el campo del derecho público cuando se trata precisamente de institutos o categorías de derecho privado a que se hace mención en estos estatutos.

Este es el caso del instituto de la responsabilidad civil en tanto las leyes a que reenvían los artículos 6, inciso 3º y 7 de la Constitución Política de la República, en este caso, la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no contienen una regulación plena y presentan vacíos o ausencias de regulación. No se trata, entonces, de desconocer que en la relación jurídica de la responsabilidad administrativa existen normas, principios e instituciones de naturaleza propia, sino de que al tratar esas normas institutos o categoría de derecho privado ha de aplicarse supletoriamente el Código Civil, entendido como Derecho común, frente los vacíos que presente esa regulación y tanto más cuando se presenta la hipótesis de exclusión prevista en el artículo 21 de la Ley 18.575 en relación al artículo 42 del referido texto legal.

En ese orden de ideas las reglas contenidas en el artículo 2314 y siguientes del Código Civil, en tanto derecho común de la responsabilidad civil extracontractual, no resultan incompatibles, sino que complementarias, a la hora de definir un estatuto adecuado para la responsabilidad extracontractual del Estado y por ello resultan plenamente aplicables en la especie, pues permiten salvar la laguna normativa relacionada con la responsabilidad de los órganos excluidos en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575, de la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Suplente señor Zepeda y la prevención sus autores.

Rol N° 82-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Jorge Zepeda A. (s) y por los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Gonzalo Ruz L.

Estando esta Revista en prensas al momento de ser publicada esta sentencia, solo haremos una nota para resaltar el gran interés de este fallo en la materia, a pesar de dos votos que disidentes han pretendido, de alguna manera, hacer aplicable el Código Civil, a una materia exquisitamente pública como es la responsabilidad del Estado.

Habiendo seguido desde hace más de 40 años la jurisprudencia suprema y habiéndola estudiado desde aquella surgida a mediados del siglo 19 y, en especial, la sentada a raíz de la revolución de 1891, pienso que este fallo –emitido con disidencias de un ministro suplente que terminó su periodo de suplencia y un abogado integrante, cuya intervención es esporádica– es a mi conocimiento el que desde *Tirado c/Municipalidad de La Reina* (1981)<sup>1</sup> más claramente afirma, sin rodeos, que la responsabilidad del Estado Administración es “objetiva” y con fundamento en la Constitución y en la historia fidedigna de la Ley 18.575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (arts. 4 y 44/42), que es muy importante recalcar.

Alguno podría decir, tal vez, que me alegra este fallo sobremedida porque adopta sin reticencias de ninguna especie, la posición que desde 1976 vengo sosteniendo<sup>2</sup>, y que la propia Corte Suprema siguiera en muy numerosos fallos en la década de los años 90 del siglo pasado y que se modificara de modo abrupto, no por razones jurídicas sino políticas en el 2002 con un fallo que lo menos que se puede decir es que es lamentable por su inconsistencia en sus fundamentos<sup>3</sup>.

No pueden olvidarse aquí unos fallos hacia el 2009 y siguientes, que pretendieron hacer jurisprudencia y que parecían productos más de “ciencia ficción”, o “acto de magia”, que aplicación del derecho chileno; me refiero al planteamiento según el cual no sería aplicable a las Fuerzas Armadas los artículos 4º y 44/42 Ley 18.575, por la supuesta disposición de su art. 21, y habría un vacío en el derecho público (¿y la Constitución no tiene acaso aplicación directa/art. 6º y 38 inc. 2º?) y en tal caso correspondería aplicar el Código Civil, dado que este sería “el derecho común” de lo público (sic!) (otro error mayúsculo)<sup>4</sup>. Tesis que diera un vuelco con el Ministro Muñoz Gajardo en *Jaramillo c/ Fisco* (2017), fallo que rechaza firmemente la aplicación del Código Civil y afirmaba la plena aplicación de los artículos 4 y 44/42 cit. a las Fuerzas Armadas (y también a las de Orden y

<sup>1</sup>Corte Suprema, 24.3.1981, en *RDJ* t. 78/1981, 2.5, 35-44, comentario mío en Primera Parte, Sección Derecho 29-48; fallos y comentarios también en mi *Derecho Administrativo* (2 tomos). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, t. 2, 328-333 y 333-345.

<sup>2</sup>Vid. mi *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en *RDJ* t. 73/1976, Primera Parte, Sección Derecho, 35-42, ampliado en *Derecho Administrativo* cit., t. 2, 280-292, y 292-311.

<sup>3</sup>Vid. mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 544-545. Me refiero al caso *Domic Bezic c/Fisco* (Corte Suprema, 15.5.2002, en *RDJ* t. 99/2002, 2.5, 126-152, comentario nuestro es 152-154).

<sup>4</sup>Vid, los casos, entre otros *Seguel Caras*, *Fernández Rodríguez* y *Delorenzo Galilea*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, cit. 833-854.

Seguridad) y de la responsabilidad contenida para el Estado Administrador por el artículo 38 inciso 2º de la Constitución<sup>5</sup>.

Este fallo *Luchsinger MacKay*, además de su claridad, sostiene algo que es tan elemental para un juez que se ubica en el derecho público, como es que la responsabilidad del Estado, y aquí Estado/Fisco, es la responsabilidad de una “persona jurídica” y “de derecho público”, lo que ya don Andrés Bello en su Código Civil establecía de modo rotundo en su artículo 547, inciso 2º, y como tal se rige por leyes especiales y sus reglamentos, norma vigente desde 1857. Siendo de derecho público no se rige por las normas que son aplicables a las relaciones entre particulares, entre privados, como las que regula el Código Civil. El Estado tiene una función diametralmente distinta de los particulares, desde que su misión es promover el bien común, y en el caso de la Administración del Estado radica en la satisfacción de las necesidades públicas, esto es aquellas que el legislador en un momento determinado estima que deben ser satisfechas por un organismo de dicha Administración (principio de servicialidad, y de subsidiariedad, rectamente entendidos/artículo 1º incisos 1º, 3º y 4º de la Constitución). Y entre esas necesidades muy primordiales están precisamente el orden público, la seguridad personal y la posibilidad de vivir en paz y no estar sometido a un ambiente de terrorismo constante como el existente en la Araucanía, desde hace ya más de una década, por lo menos ( como el caso *sub lite*, con invasión de terreno por una decena de encapuchados provistos de armas que incendian la casa de las víctimas, ancianos, y de noche, muriendo marido y mujer calcinados).

También esta sentencia adquiere relevancia especial por uno de sus fundamentos en que se apoya, cual es la *historia fidedigna* de los artículos 4º y 44/42 de la Ley 18.575, especialmente su artículo 4º, que en aplicación del artículo 38 inciso 2º de la Constitución, *establece como principio* la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado. De acuerdo con dicha historia quedó claramente establecido que el artículo 4º cit. contiene el principio de la responsabilidad “objetiva” del Estado-Administración, sin tener para nada en cuenta planteamientos subjetivos, ni pretendidas formulaciones de falta de servicio como culpa, sino que esta se entiende como “omisión” (lo que, añado yo, estaba previsto en el DL 1289/14.1.1976, artículo 62 inciso 3º y quedó plasmado en el propio texto del artículo 42/44, que habla de “falta de servicio”, ausencia de servicio, y no “falta del servicio”)<sup>6</sup>.

Valga recordar que ya en 1981 y aplicándose en el caso el DL 1289/76, cit., *Tirado con Municipalidad de La Reina* reconocía la Corte Suprema que la responsabilidad de la Administración tenía por fundamentación la “causalidad material”,

---

<sup>5</sup>Corte Suprema, 24.4.2017, rol 52.961-2016, ministros S. Muñoz, C. Aránguiz, M. Valderrama y abogado integrante. J-P. Matus y A. Prado.

<sup>6</sup>Cuyo texto decía: “La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales *cuando estos no funcionan, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente*” (cursivas nuestras). Adviértase que “hacerlo en forma deficiente” es *no hacerlo* conforme con lo previsto en la ley que le otorga la función y le confiere las potestades para realizarla, o sea se trata igualmente de una “omisión”, que es lo que, precisamente, indica la expresión “falta de servicio”, es decir carencia, ausencia, inexistencia, de actividad de servicio.

esto es el *hecho dañoso* (y no en la intención/voluntad: dolo o culpa) y no en el “hechor” (como ocurre, por el contrario, entre los particulares o privados)<sup>7</sup>.

En resumen, y dejando para otra ocasión más consideraciones, *Luchsinger MacKay* es un fallo que marca un hito importante por esclarecedor y bien fundamentado en este campo de la responsabilidad del Estado Administrador, por cuanto con decisión y firmeza establece:

- 1) que los organismos de la Administración existen, actúan y deben hacerlo, para satisfacer las necesidades públicas, y las Fuerzas de Orden y Seguridad –que pertenecen a dicha Administración, según expresa disposición del artículo 1º de la Ley 18.575– tienen por misión y finalidad asegurar el orden público y la seguridad de las personas frente a actos delictivos<sup>8</sup>.
- 2) “que es necesario reiterar que la responsabilidad del Estado Administrador a partir de una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2,4, 5, 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República en relación con los artículos 4 y 42” de la Ley 18.575, se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la falta de servicio, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con la conducta normal que se espera de él”, es decir “no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente” (consid. 15).
- 3) El artículo 21 inciso 2º “no excluye la aplicación del concepto falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas”, ya que tal norma “no afecta” la aplicación del artículo 4º, “piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado/Administrador como los enuncia el artículo 1º de la Ley 18.575, entre los cuales se incluye a las Fuerzas de Orden y Seguridad” (consid. 18).
- 4) que el artículo 21 de la Ley 18.575 excluye de su aplicación “exclusivamente” las normas de ella referidas “a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria” como lo establece el título de los párrafos de su Título II y materias que trata y de acuerdo con el mencionado artículo 4º citado.
- 5) que la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad “tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público” (consid. 16).
- 6) que “esta realidad distinta determinó la regulación especial contenida en la Ley 18.575” que materializó “el principio de la responsabilidad de los órganos del estado consagrada en los artículos 6º, 7º y 38 de la Carta Fundamental”<sup>9</sup>.
- 7) que lo dicho excluye “toda posibilidad de reconducción al Código Civil, lo que se confirma si se atiende a la historia legislativa del artículo 4 de la Ley 18.575”

---

<sup>7</sup>Su considerando 4º establece: “Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia con extensos razonamientos, *ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha producido el riesgo, o sea, la causalidad material*” (cursivas nuestras).

<sup>8</sup>Más aún en zona de abierto terrorismo, con uso de armas de fuego, incluso de guerra, tácticas incendiarias, de casas (como el caso *sub lite*), iglesias (tanto católicas como capillas evangélicas), galpones de predios rurales, ataques armados a camiones y luego incendiados, cortes de rutas y caminos, con armas de fuego en contra de personas y vehículos, etc.

<sup>9</sup>Se citan los fallos supremos roles 97.186-2020 y 39.686-2020.

y al Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (de la Junta de Gobierno), en donde se indica de manera expresa (p. 164) “que no se utilizó la expresión ‘responsables civilmente’, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil” (consid. 17). Y que el artículo 4º referido “no está basado en el dolo o culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público” (Informe cit. 175), y

- 8) que “acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente” y a raíz de ello “se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado” (consid. 17 e Informe cit. 175), es decir, le nace “el derecho” a exigir la debida reparación, lo que significa que “el sistema de responsabilidad consagrado en los artículos 4º y 42 de la Ley 18.575 constituye, en definitiva, un corolario y un elemento intrínseco de un Estado de Derecho” (consid. 17).

No podemos menos que desear que pueda asentarse definitivamente esta solución, que es la que corresponde a un verdadero Estado de Derecho, en que prime el Derecho y no el divismo judicial.

EDUARDO SOTO KLOSS

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia Rol 9529-2020

(19.11. 2020)\*

Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia/negacionismo

VISTOS:

Con fecha 20 de octubre de 2020, a fojas 1, las Honorables Diputadas y Diputados de la República, Jorge Alessandri Vergara; Sebastián Álvarez Ramírez; Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Ramírez; Sandra Amar Mancilla; Nino Baltolu Rasera; Ramón Barros Montero; Bernardo Berger Fett; Sergio Bobadilla Muñoz; Álvaro Carter Fernández; José Miguel Castro Bascuñán; Sofía Cid Versalovic; Juan Antonio Coloma Álamos; Luciano Cruz-Coke Carvallo; Catalina Del Real Mihovilovic; Eduardo Durán Salinas; Francisco Eguiguren Correa; Camila Flores Oporto; Tomás Andrés Fuentes Barros; Juan Fuenzalida Cobo; Sergio Gahona Salazar; Ramón Galleguillos Castillo; René Manuel García García; Javier Hernández Hernández; María José Hoffmann Opazo; Harry Jürgensen Rundshagen; Issa Kort Garriga; Carlos Kuschel Silva; Aracely Leuquén Uribe; Karin Luck Urban; Javier Macaya Danús; Patricio Melero Abaroa; Celso Morales Muñoz; Camilo Morán Bahamondes; Cristhian Moreira Barros; Francesca Muñoz González; Nicolás Noman Garrido; Iván Norambuena Farías; Luis Pardo Sáinz; Leopoldo Pérez Lahsen; Pablo Prieto Lorca; Guillermo Ramírez Diez; Jorge Rathgeb Schifferli; Rolando Rentería Moller; Hugo Rey Martínez; Leonidas Romero Sáez; Gustavo Sanhueza Dueñas; Frank Sauerbaum Muñoz; Diego Schalper Sepúlveda; Renzo Trisotti Martínez; Virginia Troncoso Hellman; Francisco Undurraga Gazitúa; Ignacio Urrutia Bonilla; Osvaldo Urrutia Soto; Cristóbal Urruticoechea Ríos; Enrique Van Rysselberghe Herrera y Gastón Von Mühlenbrock Zamora, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, han deducido ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la totalidad del artículo único del proyecto de ley que *"tipifica el delito de incitación a la violencia"*, contenido en el boletín N° 11.424-17;

---

\*Dada la enorme extensión de esta sentencia se ha omitido la parte procesal y la disidencia cuya extensión iguala o supera el fallo mismo (mayoría).

## I. TRAMITACIÓN DEL REQUERIMIENTO

### II. NORMAS IMPUGNADAS

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales las siguientes normas:

*“Artículo único.– Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:*

*1. Agrégase en el Libro II, Título III “DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS QUE AFECTAN LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN”, un nuevo párrafo VI, del siguiente tenor:*

*“VI. Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas.”.2. Incorpórase el siguiente artículo 161 D:*

*“Artículo 161-D.– El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, consignadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura, y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de él o los ofendidos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales.*

*La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando la conducta la hubiere realizado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, y sufrirá la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos.”.*

### III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EN EL REQUERIMIENTO. ALEGACIONES DE LAS PARTES

El libelo se estructura, analizando en primer lugar los antecedentes de hecho del proyecto de ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

Para tales efectos refiere que con fecha 4 de septiembre de 2017, el Gobierno de Chile, a través de un mensaje presidencial suscrito por la entonces Presidenta Sra. Michelle Bachelet Jeria y los entonces Ministros y Ministras de Secretaría General de la Presidencia, Sr. Gabriel de la Fuente Acuña, de Secretaría General

de Gobierno, Sra. Paula Narváez Ojeda y de Justicia y de Derechos Humanos, Sr. Jaime Campos Quiroga, ingresó a tramitación en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que “*Tipifica el delito de incitación a la violencia*”, contenido en el Boletín N° 11.424-17, cuyo propósito era sancionar penalmente a quienes inciten públicamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima.

Explica que originalmente se le asignaba al delito la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de que el delito fuera cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, la pena corporal se aumentaba en un grado, y la multa se aplicaba en su grado máximo. Asimismo, el proyecto derogaba el artículo 31 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del periodismo e incorporaba el delito de incitación a la violencia dentro de la esfera de la responsabilidad penal de personas jurídicas, consagrada en la Ley N° 20.393.

Exponen que la iniciativa se fundamentaba en la existencia de apologías del odio que constituyen una incitación de tal magnitud, que pueden desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, proponiéndose una sanción penal para aquellos discursos que generen la incitación ya mencionada.

Del ingreso del proyecto se dio cuenta en la Sala de la Cámara de Diputados el día 6 de septiembre de 2017, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Tras ello, en igual fecha, fue derivado para su discusión en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en donde fue objeto de tres distintos informes, los que contemplaron indicaciones y modificaciones tanto de resorte parlamentario, como del Poder Ejecutivo.

Un primer informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados fue evacuado con fecha 19 de diciembre de 2018, mientras que un nuevo primer informe (que enmendaba errores y efectuaba añadidas al anterior) lo fue con fecha 24 de abril de 2019.

Destacan los requirentes, a tales efectos, la indicación presentada por la Honorable Diputada Carmen Hertz, que tipifica el llamado delito de “*negacionismo*” y que fue aprobada por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, incluyéndose como numeral 4) del artículo primero del proyecto sometido a consideración de la Sala de la Cámara de Diputados.

Con fecha 9 de enero de 2020 fue aprobado en general el aludido nuevo primer informe, presentándose a la iniciativa distintas indicaciones en la sala de la Cámara de Diputados, las que fueron remitidas para su discusión en la Comisión de antes referida.

Este nuevo informe contemplaba cuatro artículos y, de conformidad a lo dispuesto en el número 12 del artículo 19 de la Constitución, se procedió a estimar únicamente su artículo segundo como de quórum calificado que derogaba el artículo 31 de la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

Expone que tras haber sido considerada dicha norma como de quórum calificado, se procedió a votar en general el proyecto, votando primero los artículos 1º, 3º y 4º y posteriormente el artículo 2º (en virtud del quórum especial aludido). Hecho aquello, los artículos 1º, 3º y 4º fueron aprobados en general con 76 votos afirmativos (sólo requerían quórum simple). Por su parte, el artículo 2º obtuvo 73 votos a favor, 45 votos negativos y hubo 18 abstenciones de votación, siendo rechazado en general por no haber alcanzado el quórum calificado requerido.

En la tramitación del proyecto en segundo trámite reglamentario en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, la Honorable Diputada Carmen Hertz presentó una indicación que realizó modificaciones a la tipificación del delito de negacionismo, agregando un nuevo artículo 161-D en el Código Penal, en términos que se explicitan a fojas 9 y 10 del libelo.

Refiere la requirente que este segundo informe reglamentario de fecha 19 de agosto de 2020 contenía 4 artículos, ninguno de los cuales fue considerado como de quórum calificado.

Luego, con fecha 22 de septiembre de 2020, la Sala de la Cámara de Diputados discutió y aprobó en particular el proyecto de ley, incluyendo en el texto aprobado y despachado al Senado, en el numeral 2 del artículo 1º, la tipificación del negacionismo ya mencionada. Dicha norma fue calificada como de quórum simple y aprobada por 75 votos a favor, 66 votos en contra y 6 abstenciones. A su vez, el numeral 1 del artículo 1º fue aprobado por 80 votos a favor, 56 votos en contra y 10 abstenciones.

Afirma así que la aprobación de los dos numerales mencionados da forma a la actual redacción del proyecto, introduciendo un nuevo Párrafo VI al Título III del Libro II del Código Penal, a la vez que incorpora un nuevo artículo 161 D al mismo cuerpo legal, siendo rechazados por distintas votaciones los restantes artículos y numerales.

En consecuencia, el proyecto de ley contempla actualmente un artículo único que, por su parte, introduce dos modificaciones al Código Penal mediante dos numerales distintos.

La iniciativa se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado de la República, debiendo iniciarse su estudio en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El capítulo segundo del requerimiento se desarrolla exponiendo los antecedentes de derecho que sostienen los vicios de constitucionalidad de que adolece el actual texto del proyecto de ley en cuestión.

- I. *De conformidad a lo dispuesto en artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, el numeral 2 del artículo único del proyecto, en su actual redacción, debió haber sido considerado como de quórum calificado. En consecuencia, fue aprobado sin respetar el quórum constitucional requerido para ello*
- II. *El numeral 2 del artículo único del proyecto, en su actual redacción, fue aprobado en base a una indicación parlamentaria que no guarda relación con las ideas matrices del proyecto original y que, en consecuencia, debería haber sido declarada como inadmisibile*

III. *El proyecto de Ley, en su actual redacción, vulnera la garantía reconocida a todas las personas en el número 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*

Afirma que no cabe duda alguna de que la libertad de opinión admite límites legítimos, en especial cuando de su abuso se derivan atentados graves contra la honra, vida privada y dignidad de las personas. Sin embargo, dichos límites deben ser proporcionales a la conducta sancionada y resguardar siempre la no afectación del derecho en su esencia, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 19 N° 26, en virtud del cual se asegura *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.

Estos criterios son recogidos por los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile. La Convención Americana de Derechos Humanos así lo establece en su artículo 13 y en términos similares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su artículo 19.

Tanto la Comisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado una línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones a la libertad de expresión, en concordancia con el artículo 13 de la Convención antes referida. Al interpretar este artículo, se ha desarrollado un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones. En consecuencia, se exige que: (1) la limitación sea definida en forma clara y precisa a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos, autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

En tal sentido, arguye que considerando los principios del Derecho Penal que vienen a complementar la normativa internacional y constitucional, es posible concluir que la tipificación del delito de negacionismo no satisface los estándares exigidos para entender que se trata de una limitación legítima y autorizada por el ordenamiento constitucional a la libertad de opinión. Asimismo, se vulneran expresamente los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales antes señalados, los cuales se entienden incorporados en el ordenamiento jurídico nacional, en virtud del artículo 5°, inciso segundo de la Constitución. De esta forma, el alcance del proyecto de ley excede las posibilidades contempladas expresamente por el constituyente para limitar el ejercicio de este derecho, incurriendo en una hipótesis de afectación del mismo en su esencia, lo que contraviene además la norma expresa del artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución.

IV. EL PROYECTO DE LEY, EN SU ACTUAL REDACCIÓN, VULNERA LA GARANTÍA RECONOCIDA A TODAS LAS PERSONAS EN EL NÚMERO 2 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

El numeral 2 del artículo único del proyecto de ley, que tipifica el “negacionismo”, vulnera el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República, por

cuanto se circunscribe el tipo penal a hechos acaecidos en un período de tiempo determinado, como lo son las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile por agentes del Estado, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, lo que incumple con un presupuesto básico de nuestro ordenamiento jurídico, como es la igualdad ante la ley, además de establecer una discriminación arbitraria, en relación a quienes aprueben, justifiquen o nieguen otras violaciones a los derechos humanos, no comprendidas en este tipo penal, pues aquellos no podrán ser objeto de sanción penal.

Afirma que, sin perjuicio de que la tipificación del denominado delito de negacionismo es cuestionable desde la sola perspectiva de la libertad de opinión, resulta de relevancia dar cuenta de que una norma que sancione este tipo de conductas no puede establecer diferencias arbitrarias. Si lo que se busca resguardar es la honra, derechos humanos e integridad psíquica de quienes han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos, no se puede establecer una diferencia caprichosa fundada en la intención de establecer una suerte de “verdad histórica”. Así concebido, la ley debiese otorgar igual protección respecto de toda aprobación, justificación o negación de una violación a los derechos humanos, independiente del lugar y del período en que haya sucedido.

#### V. EL PROYECTO DE LEY, EN SU ACTUAL REDACCIÓN, VULNERA LA GARANTÍA RECONOCIDA A TODAS LAS PERSONAS EN EL NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Señala que en el caso del proyecto de ley no se cumple del todo con los requisitos de tipicidad y taxatividad exigidos, por cuanto los verbos rectores que utiliza el tipo penal en comento admiten una laxitud importante en su interpretación.

En consecuencia, el tipo penal que se sanciona no cuenta con los caracteres necesarios de exactitud para dar por entendido que se satisface el principio de tipicidad, no existiendo certeza para la ciudadanía de cuáles conductas se podrían subsumir dentro del tipo y abriendo la posibilidad de múltiples interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales. Esto implica una contravención al texto expreso del artículo 19 N° 3 de la Constitución, cuyo contenido ha sido desarrollado y precisado por la doctrina penal, la jurisprudencia de esta Magistratura y la jurisprudencia internacional.

Por tales motivos expuestos, vienen en solicitar se declare la inconstitucionalidad del precepto antes citado.

*A fojas 451 rola presentación de la H. Diputada Carmen Hertz Cádiz de fecha 8 de noviembre de 2020.*

*Observaciones de S.E. el Presidente de la República*

#### C. CUMPLIMIENTO DEL QUÓRUM DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

#### D. RESOLUCIÓN Y DECLARACIÓN DEL VICIO FORMAL DE INCUMPLIMIENTO DEL QUÓRUM EXIGIDO POR LA CONSTITUCIÓN

DECIMOCUARTO: Que resuelto por esta Magistratura que el quórum exigido respecto del vicio denunciado es el de quórum calificado y certificado que el quórum correspondiente a ese día, tanto en la votación general como en particular, era la exigencia de un voto conforme y aprobatorio de 78 diputadas y diputados de la República, cabe constatar el vicio formal respecto de lo solicitado. En consecuencia, cabe declarar la inconstitucionalidad formal del numeral 2° del artículo único del proyecto de ley identificado puesto que no cumplió con el quórum exigido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 N° 12 y 66 de la Constitución Política de la República.

De este modo, respecto de la parte impugnada en el numeral 2° del artículo único del proyecto de ley, obliga a este Tribunal a puntualizar que la infracción de un requisito esencial exigido por la Carta Fundamental para la formación válida de un precepto de fuerza legal, conlleva inexorablemente la nulidad de todo lo obrado. Respecto de la otra dimensión normativa subsistente del proyecto de ley, deberá estarse a lo resuelto en otros capítulos de esta sentencia.

### SEGUNDO CAPÍTULO

#### DESVINCULACIÓN DEL PROYECTO DE LEY CON SUS IDEAS MATRICES

### TERCER CAPÍTULO

#### INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY FRENTE A LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

TRIGESIMOTERCERO: Que, el artículo 19 N° 12° inciso primero de la Constitución asegura a todas las personas “*¡¡la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado*”;

TRIGESIMOCUARTO: Que, en esta disposición se asegura que el Estado resguarde el diálogo racional que posibilita el pleno ejercicio de esas libertades, sin censura previa, aunque ellas tengan por objeto desafiar una verdad establecida, conforme asegura el artículo 19, N° 12, inciso primero, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional, de lo cual se sigue también que corresponde al Estado garantizar especialmente la libertad de cátedra, que impide cancelar a priori posturas académicas contrarias a la *opinio communis*, sin considerar su valor argumental.

Estas libertades de expresión posibilitan comunicar cuanto resulte de la libertad intelectual de dudar y pensar, sin que nadie deba temer condena alguna o a tener

que beber cicuta por el hecho de poner públicamente en entredicho un discurso hegemónico o cierto paradigma asentado;

## 1. ANTECEDENTES

TRIGESIMOQUINTO: Que, el reconocimiento y protección de este derecho fundamental es de muy antigua data en nuestro Derecho Constitucional (Jaime Arancibia Mattar: *Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica*, Santiago, Impreso en Ograma, 2020, pp. 26-27), pero resulta particularmente interesante, atendido el conflicto de constitucionalidad planteado en estos autos, recordar que la Constitución de 1925, en el texto original de su artículo 10 N° 3°, aseguraba a todos los habitantes de la República “*[[]la libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley*”;

TRIGESIMOSEXTO: Que, consta en los anales de dicha Constitución que, durante su tramitación, se presentó una indicación para suprimir la frase relativa a los delitos y abusos, produciéndose el siguiente intercambio de ideas que llevó a desestimarla:

*“S. E.: ¿cómo se quiere suprimir este derecho de la ley para castigar los delitos que se cometan?”*

*El señor Hidalgo (don Manuel) no existe el delito de opinar.*

*S. E.: no existe el delito de opinar, pero la injuria, la calumnia, hay que castigarlas. La provocación a la revuelta por la prensa, la provocación al asesinato; hay que castigarlos.*

*El señor Edwards Matte (don Guillermo) son delitos y hay que castigarlos.*

*S. E.: la disposición se refiere a los delitos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley”* (Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, Trigésima primera sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, 30 de julio de 1925, Imprenta Universitaria, 1925, p. 475);

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, dicha disposición fue reformada en 1971, en virtud de la Ley N° 17.398, entre otros aspectos, agregando una frase final al que ahora pasaba a ser el inciso primero de aquel numeral 3°, en virtud del cual aseguraba a todos los habitantes de la República “*[[]la libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política*”.

TRIGESIMOCTAVO: Que, sin embargo, la frase final agregada en 1971 fue eliminada en la actual Constitución, por cuanto “(...) [e]ste precepto, incorporado por el constituyente de 1971 por razones de seguridad institucional derivadas del momento político que en aquella época se vivía, fue eliminado por la Subcomisión. Al respecto, hemos estimado que se trata de una materia que no nos corresponde resolver, y que deberá analizarse teniendo presente el contexto de la nueva Constitución Política” (Informe de la Subcomisión encargada del estudio del Estatuto de los Medios de Comunicación Social en que se propone un proyecto sustitutivo del texto del artículo 10, N° 3, de la Constitución Política del Estado, sobre libertad de expresión, Actas de la Comisión de Estudio, sesión 227a, celebrada el 30 de junio de 1976, Anexo de Documentos);

TRIGESIMONOVENO: Que, asimismo, cabe consignar que se produjo un extenso debate en la Comisión de Estudio acerca de si, junto a los delitos y abusos que establecería la ley, cabía imponer limitaciones al ejercicio de las libertades de opinión e información, fundadas en conceptos jurídicos abiertos o indeterminados, desechándose, en definitiva, esa alternativa, por cuanto, como sostuvo don Alejandro Silva Bascuñán, “(...) le preocupa extraordinariamente esa indicación, y no está de acuerdo en aceptarla. Porque le parece que, siendo la libertad de opinión el resorte básico de la democracia, no debe tener otras restricciones que las que corresponden a la responsabilidad por los delitos y abusos. Esa es la tradición jurídica de nuestro país. Esa es la base de la democracia” (Sesión 231a, celebrada el 8 de julio de 1976);

CUADRAGÉSIMO: Que, esta secuencia constitucional debe vincularse, en la actualidad, con lo dispuesto en la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada en el Diario Oficial el 4 de junio de 2001, cuyo artículo 1° inciso primero dispone que “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, adicionalmente, sobremanera elocuente, acerca de la esencia y alcance de las libertades señaladas, es el Mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la Ley N° 19.846, que puso término a la censura cinematográfica en Chile, al apuntar que: “[d]esde el punto de vista doctrinario, no cabe duda –ni nadie discute– que la libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas. A pesar de eso conviene preguntarse una vez más, antes de entrar en la crítica a la censura previa, ¿por qué tiene que ser libre la expresión humana?

*Esencialmente, hay dos justificaciones. La primera es que dicha libertad –entendida como derecho a opinar, a criticar y manifestar las propias ideas en público– es esencial para asegurar otros valores, especialmente aquellos propios al ordenamiento democrático, tales como el pluralismo, la fiscalización del poder, la participación ciudadana en las decisiones y la obtención de las mejores políticas que nacen, precisamente, del debate y la legitimidad que otorgan acuerdos alcanzados mediante la persuasión racional.*

*La segunda justificación, la más importante, es que toda persona moralmente responsable tiene el derecho inalienable a expresarse y, por ese medio, a lograr su propio desarrollo personal y el de su comunidad. La dignidad de la persona humana –continúa el Mensaje– supone su libre determinación en el campo de la expresión y la libertad para recibir información. Por eso, como ha dicho un tratadista contemporáneo, un Gobierno insulta a los ciudadanos y les niega su responsabilidad moral, cuando decreta que no puede confiarse en ellos para escuchar opiniones que podrían persuadirlo a favor de convicciones consideradas por otras peligrosas u ofensivas. En cambio, retenemos nuestra dignidad como individuos sólo si insistimos que nadie –ningún funcionario ni mayoría– tiene el derecho a precavernos de una opinión sobre la base de que estamos capacitados para escucharla y ponderarla” (Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el proyecto de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, 14 de abril de 1997, pp. 13-14, Boletín N° 2.016-07);*

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, por su parte y a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, en su artículo 19, dispone que *“[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*, en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, también en su artículo 19, señala que:

*“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

*2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

*a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

*b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”;*

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, por último, a nivel regional, el artículo 4° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IXa Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, prescribe que *“[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”* y, finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 13, que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

*a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

*b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

*4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

*5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.*

CUADRAGESIMOCUARTO: Que, en definitiva, tanto en las disposiciones constitucionales y legales como en las contenidas en tratados internacionales vigentes en nuestro país, las libertades de emitir opinión e información son esenciales para el desenvolvimiento pleno de la persona, así como para el cabal funcionamiento del régimen democrático, cuyo ejercicio se garantiza sin censura previa y sólo respondiendo ulteriormente por los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio, conforme lo establezca una ley de quórum calificado;

## 2. LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, tocante concretamente ahora a la libertad de “opinión”, precisamente invocada por los parlamentarios requirentes como lesionada por la disposición cuya inconstitucionalidad solicitan, conviene tener presente que ésta consiste en la más amplia facultad para comunicar cualquier “juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o de alguien”, según el Léxico;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que, al referirse a esta libertad, el tratadista don José Luis Cea señala que se trata de un “juicio de valor por parte de una persona que si bien no domina completamente el tema al que se refiere, no le es ajeno en cuanto a su conocimiento, de esta forma se convierte en un comentario subjetivo” (*Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones UC, 2004, p. 357). En tanto que otros especialistas han apuntado, análogamente, que “es la apreciación o punto de vista el rasgo característico de la opinión donde destaca una perspectiva individual de un sujeto sobre algo”, de modo que aun involucrando un cariz intelectual como es el “juicio”, por ello “no es necesario que este juicio sea fundado ni veraz para que constituya una opinión”, dado que “es posible emitir opiniones erróneas, pues la opinión comprende como de su esencia la posibilidad de error. La protección que provee la Constitución a la libertad de opinión, en este sentido, es amplia” (Cristóbal Balbontín y Alexandra Maldonado, *Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Medios de Comunicación*, Santiago, Thomson Reuters 2019, pp. 163-165);

CUADRAGESIMOSEPTIMO: Que, plegándose con ello al criterio universal, la Constitución chilena estatuye un régimen de responsabilidades ulteriores para el caso en que, como señala su artículo 19 N° 12°, “el ejercicio de estas libertades” pueda constituir un delito o abuso, el cual debe ser establecido por ley de quórum calificado.

Siendo de subrayar, entonces, que tales responsabilidades solo pueden nacer *ex post* al ejercicio efectivo de dichas libertades, y no con antelación, de modo que al criminalizar meras opiniones se pueda imponer un monopolio de la verdad. De donde resulta constitucionalmente más adecuado, en vez de ocluir a priori y por vía legal todo un género de opiniones, sancionar caso a caso el eventual ejercicio abusivo o delictual de esa libertad amplia para opinar, en supuestos calificados que den cuenta –para lo que aquí interesa– de haber mediado una verdadera apología del delito o una convocatoria a cometer genocidios o crímenes de lesa humanidad;

CUADRAGESIMOCTAVO: Que comoquiera que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania contempla una garantía análoga a ésta (en su artículo 5°, párrafo 1, inciso primero), ilustrativa aparece, a este respecto, la sentencia BVerfGE 93, 266, de 10 de octubre de 1995, del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el sentido de que el derecho a expresar y difundir libremente una opinión, cubre todas las manifestaciones subjetivas o ideas personales de quien las expresa, independientemente de si está fundada o no objetivamente, y de si otros la consideran útil o dañosa, valiosa o despreciable.

CUADRAGESIMONOVENO: Que, en fin, cabe consignar que la tradición constitucional chilena da cuenta de una especial preocupación porque, a través de la ley, no se criminalice a quien piensa distinto, desde que el Estatuto de Garantías aprobado por la Ley de Reforma Constitucional N° 17.398, de 1971, modificara el artículo 10 N° 3° de la Carta de 1925, en el sentido de que para mantener a salvo la libertad de opinión –se añadió– “No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política” (artículo único N° 4);

### 3. JURISPRUDENCIA PRECEDENTE

QUINCUAGÉSIMO: Que, es necesario, en esta materia, recordar también algunos de los pronunciamientos de esta Magistratura, en relación con el alcance de las libertades de emitir opinión y de informar, comenzando por la sentencia recaída en un requerimiento parlamentario deducido en contra del proyecto que culminaría en la Ley N° 19.733, con motivo del cual sostuvimos “[q]ue ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de opinar y de informar reside en que éstas libertades se pueden ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca” (c. 9°, Rol N° 226);

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que, desde otra perspectiva, hemos puesto de relieve también las importantes consecuencias constitucionales para la libertad de expresión que se derivaron de la derogación, en 1989, del texto original del artículo 8° de la Carta Fundamental con lo que “(...) se puso término a toda posibilidad de fiscalizar y prohibir la difusión de ideas (...)” (c. 14°, Rol N° 567), por lo que “(...) es posible sostener que, a partir de la reforma constitucional de 1989, se establece un modelo radicalmente distinto al previsto de conformidad al derogado artículo 8° de la Constitución. El actual artículo 19 N° 15°, inciso sexto, no consagra una excusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor” (c. 18°), de tal manera que “(...) la reforma constitucional de 1989 implicó un cambio sustancial en la forma de resguardar la Constitución, dejando atrás la “democracia protegida” y estableciendo un sistema de resguardo de menor intensidad que el empleado por los países donde impera la denominada “democracia militante”, surgida luego de la 2a Guerra Mundial en algunos países europeos como reacción al nazismo y al fascismo (...)” (c. 19°), concluyendo que “(...) en una democracia todas las ideas deben ser respetadas, aun las que parecen más adversas a la autoridad (...). Distintos son los casos en que no se trata simplemente de la difusión de ideas sino de la realización de actividades contrarias a la Constitución y a las leyes, especialmente cuando se hace en forma organizada” (c. 23°).

Particularmente, en relación con el derecho asegurado en el artículo 19 N° 12, en dicho pronunciamiento, expusimos que “(...) la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada” (c. 30°), comprendiéndose en ella “(...) las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no (...)” (c. 34°), sin llegar a “(...) protege[r] la

comisión de delitos o el ejercicio abusivo de la misma, pero en ningún caso es admisible la censura previa (...).

*Esas limitaciones no pueden afectar las ideas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (c. 36°).*

En fin y en relación con el denominado “discurso del odio”, aquella sentencia hizo suya la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto “(...) *la libertad de expresión no ofrece cobertura al “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular (Ergodu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999; Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006)” (c. 38°);*

QUINCAGESIMOSEGUNDO: Que, posteriormente, con motivo de un requerimiento parlamentario en contra de diversos artículos del proyecto de ley que permitía la introducción de la televisión digital terrestre, esta Magistratura declaró inconstitucional la frase final del nuevo inciso quinto del artículo 1° de la Ley N° 18.838, en virtud del cual “[p]ara efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”.

Pronunciamos tal inconstitucionalidad, habida consideración “[q]ue la libertad de expresión, en sus dimensiones de emitir opinión y de informar, constituye una manifestación del derecho a la libertad personal y es el fundamento, en una sociedad democrática, del ejercicio de las demás libertades.

*Universalmente se entiende que la misma no puede estar condicionada o limitada previamente, en cualquier forma y por cualquier medio, y que sólo la legislación común puede castigar los abusos y delitos que se cometan en su ejercicio. Así lo establece, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13 asegura la libertad de expresión, declarando que el ejercicio de tal derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a derechos de terceros o la protección de ciertos valores de interés público.*

*En el mismo sentido, el texto de nuestra Carta Fundamental es claro y perentorio, estableciendo la interdicción de la censura previa. El concepto de ésta es amplio y comprensivo de cualquier acto o disposición que impida, intervenga, dificulte ostensiblemente o condicione la exteriorización de las ideas o la divulgación de las informaciones” (c. 6°, Rol N° 2.541);*

QUINCAGESIMOTERCERO: Que, por último, en el Rol N° 3.329, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 161-A del Código Penal, en virtud del cual se castiga al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter

privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; o que las difunda, constatamos que “(...) nuestro legislador presta relevante atención al bien jurídico constituido por la honra y el buen nombre de la persona y su familia. Para la consecución de este objetivo, impone limitaciones al derecho de informar y de ser informado, optando por reprimir todo exceso ya no solo asociado a la revelación o difusión indebida de datos o antecedentes que puedan comprometer la reputación o la fama de las personas, sino incluso la amenaza verosímil de daño a dicho prestigio (...)” (c. 9°), por lo que tuvimos que evaluar la legitimidad de la represión penal como última ratio;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, en este sentido, “(...) tanto la libertad de expresión y de información cuanto el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia –resguardados constitucionalmente en los artículos 19.12° y 19.4°, respectivamente de nuestra Ley Fundamental– admiten limitaciones que puede imponer el legislador, si bien sujetándose a los términos que le impone el numeral 26° del artículo 19 constitucional.

Desde luego, el propio numeral 12° de al artículo 19 citado, junto con asegurar la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, introduce como límite a su ejercicio la obligación de “**responder de los delitos y abusos que se cometan**”, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado” (c. 38°);

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que, “(...) por consiguiente, la presunta aporía por resolver debería quedar centrada en la **proporcionalidad estricta de la sanción penal** como una medida equilibrada y justa que es menor al perjuicio que ocasiona la intervención al derecho fundamental.

A este propósito, cabe recordar que la libertad de informar, sin censura previa, no exime de responsabilidad penal al difusor del mensaje, quien en el ejercicio de esta libertad puede incurrir en “**delitos y abusos**”, según lo explicita el inciso primero del artículo 19.12° de la Carta Fundamental. Es el legislador, en consecuencia, el llamado a determinar cuándo estamos en presencia de un tipo penal o de un simple abuso, sancionable civil o administrativamente. Lo que naturalmente no libera al legislador del respeto y protección del derecho a la libertad de opinión, siempre que su ejercicio no dañe o perjudique en su esencia la garantía del mismo rango del derecho a la vida privada y la honra de las personas” (c. 61°);

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que, en el caso examinado en el Rol N° 3.329, concluimos que “(...) no se está imponiendo una censura previa al mensaje, lo que sí está frontalmente proscrito. Tampoco se excluye el derecho a informar de lo que ocurre en recintos o lugares de libre acceso al público. O difundir comunicaciones que no tengan carácter privado.

La regla de precedencia aplicable permitirá introducir una cláusula de excepción o exclusión, que no importa una declaración de invalidez absoluta de la norma constitucional excedida, sino la obligación de satisfacer preferentemente uno de los principios concernidos, en el caso concreto, puesto que se trata de

*una colisión de principios. Al interior de esta confrontación, la opción preferente por la defensa del honor y la vida privada del querellante de autos no deja sin aplicación el derecho fundamental a la libertad de informar, sino que subordina esta libertad para excluirla por la comisión de un eventual delito, como lo autoriza el propio artículo 19.12°, inciso primero, constitucional.*

*De lo que cabe inferir que este tercer subprincipio del test de proporcionalidad, tampoco ha sido violentado constitucionalmente por el legislador en la especie” (c. 62°);*

QUINCUAGESIMOSEPTIMO: Que, a la luz de los parámetros que cabe extraer de nuestra jurisprudencia, las libertades de emitir opinión y de informar se pueden ejercer sin censura previa, pero ello sin perjuicio de responder por los delitos o abusos en que se incurra con motivo de su ejercicio, configurando no sólo un derecho fundamental subjetivo, sino un requisito consustancial al régimen democrático, habiendo optado la Carta Fundamental, sobre todo a partir de la reforma que, en 1989, derogó el texto original de su artículo 8°, por un modelo que, dejando atrás una denominada *democracia protegida*, garantiza que todas las ideas –aun las más irritantes, adversas o sorprendentes– puedan exteriorizarse porque así se permite el debate, el intercambio de puntos de vista, la libre crítica, la investigación científica, la libertad de cátedra y el diálogo que conduce a una opinión pública informada que es esencial para el desenvolvimiento de la democracia constitucional, sin llegar a cubrir el “discurso del odio”, en cuanto supone una *incitación directa* a la violencia.

Por ello, declaramos la inconstitucionalidad ya referida en el Rol N° 2.541 que imponía a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión la obligación de excluir *per se* y previamente los contenidos que atentaran en contra de la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, al mismo tiempo que admitimos, en el Rol N° 3.329, que se ajustaba a la Carta Fundamental la tipificación de una conducta porque –incidiendo, en ese caso, en el ejercicio de la libertad de informar– resultaba proporcionada, desde que, hallándose en juego el derecho a la vida privada y la honra de las personas, contemplaba una excepción limitada que no conllevaba una declaración de invalidez absoluta de la norma constitucional;

#### 4. CONCLUSIÓN

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que, prácticamente, desde el inicio de nuestro constitucionalismo, se ha garantizado la libertad de expresión sin censura previa en términos amplísimos, tanto por su naturaleza de derecho fundamental cuanto por su relevancia basal que posee en el sistema democrático, aun cuando ella no goza de alcance ilimitado, pues se debe responder de los delitos y abusos que se cometen en su ejercicio, en conformidad a la ley que debe ser de quórum calificado;

QUINCUAGESIMONOVENO: Que, esta limitación, incorporada en 1925, así como la exigencia de quórum calificado a partir de 1980, dan cuenta que la reacción penal debe ser precisa en su determinación para no ser constitutiva de censura previa (Rol N° 2.541), proporcionada en sus efectos (Rol N° 3.329) y exclusivamente

orientada a sancionar conductas y no ideas (Rol N° 567), en coherencia con la preceptiva constitucional, legal y de tratados internacionales vigente en nuestro país sobre esta materia;

SEXAGÉSIMO: Que, por lo expuesto, estimamos que el artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, contenido en el boletín N° 11.424-17, al incorporar al Código Penal, entre los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución, un artículo 161 D, en virtud del cual se castiga al que a través de cualquier medio justifique, apruebe o niegue las violaciones a los derechos humanos allí mencionadas, siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de él o los ofendidos, es contrario a lo asegurado en el artículo 19 N° 12° inciso primero de la Carta Fundamental, en cuanto lesiona la libertad de emitir opinión sin censura previa;

SEXAGESIMOPRIMERO: Que, no hay duda que puede sancionarse el discurso que suponga una incitación directa a la violencia, lo cual, en nuestro caso, además, constituye un objetivo ineludible del principio de supremacía constitucional que la Carta Fundamental y la ley nos han encomendado garantizar, no obstante lo cual, mediante la norma impugnada, se lesiona la libertad de emitir opinión que se asegura en la Constitución, al incorporar un tipo penal que arriesga que se puedan perseguir simplemente ideas, juicios o apreciaciones cuya controversia o, incluso, reproche o ilicitud puede ser igualmente sancionada a nivel legal en otras sedes, pero que, al atribuirle naturaleza penal, afecta la libertad de expresión que, como ya hemos dicho, no puede quedar condicionada.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en los artículos 19 N° 12, 66 y 69, 93, incisos primero, N° 16°, 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:

Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, declarándose la inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, contenido en el Boletín N° 11.424-17.

Acordada la declaración de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, en virtud de su desvinculación con las ideas matrices del proyecto, con el voto dirimente de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril, en su calidad de Presidenta del Tribunal.

Los Ministros señores Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Nelson Pozo Silva, Ministra señora María Pía Silva Gallinato y Ministro señor Rodrigo Pica Flores, estuvieron por rechazar el requerimiento en lo relativo al vicio de desvincularse el precepto impugnado respecto de las ideas matrices del proyecto de ley identificado con el Boletín N° 11.424-17.

Redactó el primer capítulo de la sentencia el Ministro señor Gonzalo García PINO. El segundo, a su vez, fue redactado por el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar. Finalmente, el tercer capítulo fue redactado por los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Miguel Ángel Fernández González.

La disidencia relativa al vicio de desvincularse el precepto impugnado respecto de las ideas matrices del proyecto de ley identificado con el Boletín N° 11.424-17, fue redactada por el Ministro señor Gonzalo García Pino.

El voto por no adentrarse en el fondo de la problemática constitucional planteada corresponde al Ministro señor Gonzalo García Pino.

El Ministro señor Rodrigo Pica Flores redactó su disidencia.

Las prevenciones han sido redactadas por los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez, y por el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9529-20-CPT

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, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señores Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores.

RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Miguel Ayuso, *De la crisis a la excepción (y vuelta). Perfiles jurídico-políticos*. Marcial Pons. Madrid. 2021 (147 pp.).

La aparición de un nuevo libro de Miguel Ayuso es siempre una buena noticia, la seguridad de que encontraremos reflexiones que nos interpelarán y nos harán profundizar y replantearnos algunas ideas que quizás habíamos asumido demasiado precipitadamente.

En este caso, con *De la crisis a la excepción (y vuelta)*, además el campo sobre el que fija su mirada el autor es muy amplio: desde el ámbito del Derecho hasta el de la política, pasando por las relaciones Estado-Iglesia o la guerra.

Resulta difícil encontrar tiempos más propicios para hablar de crisis, algo que parece sustancial a nuestra época. Crisis que no ha aparecido ahora, con la pandemia, sino que se lleva arrastrando desde hace tiempo, que es financiera y económica, que es política e institucional, que es social, que es antropológica y moral, que es, por fin, metafísica y religiosa.

Se constata pues la crisis y se reacciona, señala el autor, en *el sentido de la "racionalización" del sistema*, sin discutir ni siquiera a título de hipótesis el modelo que se ha impuesto en nuestras sociedades, sufriendo *el espejismo de poder conservarlo haciéndolo funcionar mejor*.

Miguel Ayuso se fija en varias de las crisis que sacuden nuestro mundo. Empezando por la del "nuevo derecho" en el que la voluntad *ocupa el espacio que ha dejado vacío la expulsión de la naturaleza*. Estamos llegando a las conclusiones lógicas de unas premisas que inicialmente no se aplicaron hasta sus últimas consecuencias. Se transforman así pretensiones en "derechos", con lo que se transforma el derecho *en instrumento de anarquía*.

En el plano político e institucional llama la atención el autor sobre la aparición de *una gobernanza democrática que ni nos gobierna ni nos representa*, con fuertes tintes tecnocráticos, un *kratos sin demos*, sobre los peligros de una reacción comunitarista o sobre el impacto de una laicidad que niega que exista una *invariante moral del orden político*.

A continuación, siguiendo a Thomas Molnar, Miguel Ayuso traza un análisis poco frecuente de la sociedad civil, que el liberalismo convierte *en la única expresión ideológica autorizada, mientras que la Iglesia y el Estado parecen parásitos*. Aborda también aquí el autor la libertad de religión como liberación de lo religioso, lo que, citando a Rosmini, *es una forma radical de impiedad*. Y aparece, cómo no, la eterna tentación de la Iglesia, pensar que *la mejor política es la de seguir a la fracción dominante [políticamente] y, de manera general, la orientación de la sociedad civil hegemónica*.

Tampoco tiene desperdicio el capítulo dedicado a la guerra y a un pacifismo que la ha proscrito pero, que, en realidad no la ha eliminado, sino que *la ha hecho más total y más cruel... toda guerra se ha convertido en una despiadada lucha civil revolucionaria y sin límites*.

El último capítulo está dedicado a la situación que hemos vivido con la declaración del estado de excepción. Un estado que es legítimo, claro, pero

que requiere de la prudencia política en cuanto a su aplicación, virtud esta que brilla por su ausencia. Analiza el autor los distintos decretos y advierte de que el “choque” creado por la epidemia, en un contexto preparado por las ideologías del transhumanismo y la posthumanidad, va a permitir avanzar hacia un Estado total o, quizá mejor, hacia la sociedad total. Pero esta es la visión de los utopistas. Porque, a su lado, lo primero que se ve es la pauperización de los pueblos y la abolición del hombre. Contradicción que no es la única, piénsese la que se da entre la autodeterminación profesada y la coacción social practicada.

Decía al principio que los escritos de Miguel Ayuso nunca te dejan indiferente, siempre te hacen pensar. Este *De la crisis a la excepción (y vuelta)* no es ninguna excepción.

JORGE SOLEY\*

Claude Quétel, *¡Creer o morir! Historia políticamente incorrecta de la Revolución francesa*. Homo Legens. Madrid. 2021.

Fue uno de los acontecimientos culturales en Francia de 2019: el prestigioso historiador Claude Quétel, con casi 40 libros a su espalda, había osado romper el tabú que aún pesa sobre la Revolución francesa y acercarse a ella dejando a un lado los prejuicios ideológicos que la envuelven.

Ahora nos llega la versión en español, *¡Creer o morir! Historia políticamente incorrecta de la Revolución francesa*, de la mano de Homo Legens. Un libro que desmonta muchos de los tópicos que rodean a este suceso que ha marcado nuestra historia y que inaugura un nuevo modo de combate contra la religión católica con la Constitución civil del clero y la guerra de exterminio en la Vendée.

He tenido el honor de escribir el prólogo. Os lo adelanto:

¿Se puede escribir un nuevo libro sobre la Revolución Francesa? ¿Tiene sentido? ¿No está todo dicho?

Es probable que una gran mayoría responda afirmativamente. ¿Para qué añadir más páginas a una bibliografía que ya supera lo que se puede leer durante una vida entera?

Claude Quétel, por el contrario, ha tenido la audacia de responder que no, que no todo estaba dicho. Aún más, se ha atrevido a escribir ese libro que faltaba... ¡y ha salido airoso! Porque, digámoslo ya, esta *historia políticamente incorrecta de la Revolución francesa* es un libro magnífico, de esos que hay que leer lápiz en mano, subrayando, y al que hay que volver con regularidad para refrescar esos hallazgos, esos apuntes, esos retratos que aportan una poderosa luz a sucesos que nos han llegado envueltos en brumas.

¿Cuál es el secreto de Quétel?

---

\*Publicado con su gentil autorización.

En primer lugar y, ante todo, un conocimiento exhaustivo y profundo del período. Saber, y saber mucho, es la primera condición para escribir algo original sobre cualquier tema, y aquí Quéтел cumple con nota. Investigador en el CNRS (*Centre National de la Recherche Scientifique*), director científico del *Mémorial de Caen*, comisario del Centro Nacional del Libro en Francia, un dato nos pone sobre aviso acerca de con quién estamos tratando: sobre la toma de la Bastilla, un momento particular del proceso revolucionario, Quéтел ha escrito tres libros en los que está todo, absolutamente todo, analizado y explicado.

En segundo lugar, una mirada despojada de apriorismos ideológicos. Quéтел no solo ha estudiado la Revolución francesa, sino también la historiografía de la misma y es muy consciente de hasta qué punto la toma de partido previa puede distorsionar la lectura que se hace de los hechos, resaltando unos, ocultando otros, retorciendo el relato para que encaje en aquella interpretación que se había decidido de antemano. El anexo final de *¡Creer o morir!*, un repaso a las obras que han ido configurando a través del tiempo nuestra visión de la Revolución francesa, es la demostración de que la metáfora del lecho de Procusto es una realidad bien palpable.

Quéтел adopta la actitud contraria. Y empieza confesando su ambición: “hacer el relato, libre y detallado, de la Revolución francesa, fuera de todo academicismo y de toda postura. Un relato sincero”. Ni a favor, ni en contra... lo que a veces puede resultar más devastador que aquellos relatos que, cargando en exceso las tintas desde sus primeras líneas, quedan irremisiblemente desacreditados. Algo, por otra parte, muy sencillo de enunciar pero que solo está al alcance de quien ha leído mucho, ha entendido mucho y ha llegado a esa madurez que te permite ver el bosque sin olvidar cada uno de los árboles. Quéтел se sabe al dedillo toda la historiografía, pero precisamente por ello prefiere ir directamente a los hechos, a las fuentes, a los textos contemporáneos. Los resultados son espectaculares, consiguiendo un relato apasionante que se lee casi como una novela (como de costumbre, la realidad supera a la más exuberante ficción), en el que nada está predeterminado por fuerzas ciegas, en el que sus protagonistas no son peleles del destino, pero en el que las causas, por escondidas que estén, provocan invariablemente sus consecuencias.

Así, con *¡Creer o morir!*, Quéтел nos muestra una Revolución francesa liberada de tantas capas como se le han ido añadiendo a lo largo de dos siglos. El ejemplo de la “épica” toma de la Bastilla es paradigmático. Los liberadores de la Bastilla, nos explica el autor, a pesar de lo mucho que buscaron y rebuscaron, solamente encontraron a siete presos: cuatro falsificadores en espera de juicio que aprovecharon para escaparse mientras que los tres otros eran paseados por las calles entre aclamaciones. El problema fue que enseguida resultó evidente que dos de esos tres son dementes que hay que encerrar al día siguiente en Charenton. El único prisionero, supuesta víctima de la crueldad absolutista, que se puede mostrar en público está preso por delito de incesto y pronto hay que apartarlo para no desprestigiar la memorable gesta. En definitiva, ni un prisionero presentable.

¿Qué hacer? ¿Cómo erigir un mito heroico con estos mimbres? Claude Quéтел nos explica que esta aparentemente difícil tarea no será problema para los revolucionarios, artistas de la propaganda y la manipulación: se inventarán un octavo prisionero, creación de su fantasía, un tal “conde de Lorges”, cubierto de cadenas y encerrado desde hacía 32 años, que pasa a ocupar las portadas de las

gacetas y panfletos del momento y del que se informa que, cuando desorientado expresó no saber adónde ir, la multitud, con una sola voz, le respondió: “la nación te alimentará”. Todo producto de la calenturienta imaginación de los panfletistas revolucionarios, reforzada por cuadros poco escrupulosos encargados por los revolucionarios tras tomar el poder. Como se suele decir, así se escribe la historia.

Nos preguntábamos al inicio si tenía sentido aún escribir (y leer) sobre la Revolución francesa. ¿Vale la pena dedicar nuestro tiempo a unos sucesos de hace más de dos siglos? Me atrevo a afirmar que es imposible que, tras la lectura de este libro, alguien tenga la más mínima duda de que sí, y mucho. Y es que, para bien y para mal, la Revolución francesa es el acontecimiento que de forma más evidente inaugura el mundo en que vivimos. En cierto modo, lo que ocurre durante unos años en Francia está tan cargado de sentido que resulta como una condensación de todo lo que va a desplegarse en el ámbito sociopolítico desde entonces. Permítanme la exageración, pero todo lo que ocurre después ya sucedió durante la Revolución francesa. La demagogia parlamentaria, el terror, la manipulación de las masas, el arribismo, la reescritura de la historia, la propaganda política... Todo aquello que consideramos típico de diversos momentos y regímenes está ya presente en esa especie de tragedia griega (con su inexorable destino en forma de mecánica revolucionaria y sus insaciables saturnos devorando a sus hijos) que se desarrolla en Francia durante la última década del siglo XVIII. Conocerla a fondo es comprender la historia contemporánea: no solo tiene sentido seguir estudiándola, sino que es crucial si queremos orientarnos en el presente.

Algunos ejemplos servirán, o al menos eso espero, para convencerlos de la que quizás parezca a algunos una atrevida afirmación. Empezando por la constatación de que con la Revolución francesa se inicia el reinado de la opinión pública y, en consecuencia, los esfuerzos para conformarla. Pronto descubrirán los revolucionarios que la influencia de las obras baratas y populares es mucho mayor que la de las obras caras y prestigiosas. Quétel lo ilustra con una carta de Voltaire a d’Alembert en 1756 en la que podemos leer: “Querría saber qué daño puede hacer un libro que cuesta cien escudos. Jamás veinte volúmenes *in folio* harán una revolución: son los libros pequeños de treinta sueldos los que hay que temer. Si el Evangelio hubiese costado doscientos sesteracios la religión cristiana nunca habría sido establecida”. Hoy podríamos decir que un *youtuber* es capaz de movilizar más que veinte tesis doctorales.

Otro de los mecanismos que ya aparecen bien a las claras durante las jornadas revolucionarias y que nos resulta por desgracia muy familiar es la descalificación absoluta, radical, del discrepante, de quien se aparta de la doctrina oficial. Quétel nos advierte de que ya en la Revolución francesa el discrepante es declarado enemigo de la humanidad: “se convierte *ipso facto* en cómplice del oscurantismo y enemigo del progreso, es decir, del género humano”. No es que pueda estar errado, algo siempre posible y en ocasiones incluso probable, es que se convierte en enemigo del pueblo, que es algo muy distinto. Como escribe Taine, “como el jacobino es la Virtud, no se le puede resistir sin cometer un crimen”. Hoy son cada vez más quienes equiparan discrepancia con crimen y pretenden convertir en delito (de odio, climático, discriminatorio...) cualquier opinión que se desvíe de la doxa oficial del momento.

Pero no se confundan, Quétel no es un nostálgico del Antiguo Régimen, dispuesto siempre a cargar las tintas contra los revolucionarios y a exonerar de toda

responsabilidad a Luis XVI y los suyos. Lo decíamos antes, la originalidad de su enfoque es esa mirada libre, no predispuesta por ninguna toma de partido. Una mirada que le permite ver cómo el mito de una revolución “buena” y pacífica que va ser traicionada por una revolución “mala” y violenta es una invención que no resiste el más mínimo análisis de los hechos, que gritan a los cuatro vientos que el terror empieza con sus primeros pasos (para convertirse en Terror, con mayúscula, de forma natural, progresiva y consecuente). Sí, la “leyenda rosa” de la Revolución francesa queda herida de muerte tras la lectura de este libro.

Pero esa misma mirada también muestra sin rodeos ni disimulos todas las deficiencias y errores del rey, sumido en la indecisión y que solo está a la altura de su estirpe y posición en los últimos momentos de su vida. Quétel no nos oculta, al contrario, el desacertado camino tomado por Luis XVI, combinando imprevisión, rigidez e indecisión, como cuando llama a los regimientos suizos a Versalles pero no les ordena actuar, sin comprender que, tal y como escribe Quétel, “la amenaza sin acción es la peor de las soluciones”. Algo que, desde padres a gobernantes, deberíamos grabar a fuego en nuestras mentes.

¿Necesitan aún más muestras de que vivimos en el mundo nacido de la Revolución francesa? Fíjense en esta descripción de un conocido y popular político: “Sabía que el hombre de genio habla más a los sentidos que al espíritu: también su gesto, su mirada, el sonido de su voz, todo, hasta su manera de peinarse, estaba calculado sobre un conocimiento profundo del corazón humano. Su elocuencia ruda, salvaje, pero rápida, animada, repleta de metáforas audaces, de imágenes gigantescas, dominaba las deliberaciones de la Asamblea. Su estilo duro, rocalloso, pero expresivo, abundante, hinchado con palabras sonoras, parecido a un duro martillo en manos de un hábil artista, modelaba a su voluntad a hombres a quienes no se trataba de convencer, sino de aturdir y subyugar”. Es la descripción que el marqués de Ferrières hace de Mirabeau y que Quétel recoge en este libro, pero encaja a la perfección, al menos parcialmente, en numerosísimos líderes políticos desde entonces, algunos, me atrevo a afirmar, presentes entre nosotros (les dejo a ustedes la tarea de ponerles nombre). Por cierto, que Rivarol, refiriéndose al mismo Mirabeau, nos dejó esta perla a medio camino entre el elogio y la crítica mordaz: “Es capaz de todo, incluso de una buena acción”.

Y ya que destacamos las citas que recoge Quétel, no hay duda de que su método de dar voz al juicio, a la opinión, a los comentarios de quienes viven en presente la Revolución francesa es una de las claves que dan valor a este libro y que lo convierten en algo vivo y apasionante, muy alejado del árido tratado abstracto y aleccionador. Como cuando acude a los escritos de Arthur Young, un agrónomo inglés de visita en París, que es testigo de la escasez de trigo en París en 1789. Young se percató de cuál es la actitud de los revolucionarios y escribe: “Me parece que a los violentos amigos de los comunes no les molesta el alto precio del grano, pues es de gran ayuda para sus posturas y facilita así la apelación a los sentimientos apasionados del pueblo y facilita sus proyectos mucho más que si el precio fuera bajo”. Aquello de cuanto peor mejor ya funciona a pleno rendimiento en los albores de la Revolución francesa.

O también cuando reproduce extractos de la carta del intendente de Alençon el 18 de julio de 1789, en la que explica la situación que se vive en aquella localidad del noroeste francés conocida hoy por ser la localidad natal de Santa Teresita de Lisieux: “Las revueltas se multiplican y la impunidad de que se jactan,

porque los jueces temen irritar al pueblo con ejemplos de severidad, no hace más que enardecerlos". Observaciones que desde entonces han cruzado los Pirineos y son de aplicación a nuestra actualidad más próxima.

O por seguir con los paralelos entre la Revolución francesa y la historia de España más reciente, llama la atención las similitudes entre el ambiente posterior a la caída de Robespierre, el "posTerror", y nuestra Transición, marcados ambos por el veloz realineamiento a la nueva situación. En cuestión de días el gorro rojo, "glorioso ayer, de repente se convierte en objeto de oprobio". París, ciudad *sans-culotte*, ahora es thermidoriana: se recupera el hablar de usted, el trato de *monsieur* reemplaza al de *ciudadano* y el famoso pintor David, que antaño glorificara entre otros a Marat, diseña ahora el traje de los nuevos cinco directores que gobiernan Francia tras el golpe. Se llega incluso a que lo más chic sea tener un pariente guillotinado, que vendría a ser como el haber corrido delante de los grises.

Confío en que si alguien lee estas líneas y duda aún si embarcarse o no en la lectura de *¡Creer o morir!* deje atrás sus titubeos y se embarque en esta travesía por la sacudida que cambió el mundo. Se sumergirá en una década (1789-1799) inflamada de pasión, peligrosa, tremenda y cargada de enseñanzas, asistirá a sucesos decisivos casi como si de un espectador contemporáneo se tratara (con la ventaja de que no pondrá en riesgo su vida) y comprenderá mucho mejor no solo aquellos hechos, sino el mundo en que vivimos. Una propuesta que, aunque se pueda rechazar, hará bien en aprovechar.

JORGE SOLEY\*

---

\*Del prólogo de la obra, debidamente autorizado por su autor.

J. Arancibia Mattar (editor), *La buena fe en el Derecho*. Estudios en homenaje a los 30 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile). Universidad de los Andes-Tirant lo Blanch. Valencia. España (pp. 575).

En una muy cuidada edición la obra está dividida según las diversas disciplinas que se enseñan y por abecedario. Comienza con dos trabajos sobre “derecho administrativo”, a saber, La buena fe en la ejecución de los deberes legales entre la Administración del Estado y los particulares (J. Arancibia M.) y Probidad administrativa en la etapa de evaluación de la licitación pública (J. C. Flores R.). Le sigue referente al “derecho canónico”, Algunos aspectos sobre la buena fe en el matrimonio canónico (A. Assimakopulos F.); sobre el “derecho civil”, destacamos El principio de buena fe en el derecho civil. Riquezas y miserias (H. Corral T.), La buena fe y algunas acciones de estado, observaciones en torno a un caso (M. S. Rodríguez) y La buena fe y la fe pública registral. A propósito de un juicio de acción reivindicatoria (Y. Otárola E.); en “derecho comercial”, de interés La buena fe en la ley de competencia desleal (M. Bernet P.) y Nombres de dominio “cl” y buena fe: un consorcio indisoluble en el sistema chileno de solución de controversias (E. Jecquier L.). En “derecho constitucional”, La buena fe como mecanismo de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (A. Ñiñez M.) y El principio de buena fe en el derecho constitucional (J. I. Martínez E.); en “derecho económico”, Los programas de cumplimiento en libre competencia: la buena fe como elemento necesario para su eficiencia (S. Ried U.); en “derecho internacional público”, La buena fe en la interpretación de los tratados internacionales (S. Bertazzi); en “derecho laboral”, Algunas aplicaciones del principio de buena fe en la regulación laboral relativa al Covid 19 (A. Sierra H.-R. Cerón R.); en “derecho natural”, Ley del contrato, justicia conmutativa y buena fe en la tradición aristotélica escolástica (S. Contreras A.); en “derecho penal”, El injusto de buena fe como un criterio de distinción entre el incumplimiento civil y el delito penal en Hegel” (G. García P.) y “Ceguera buscada y ceguera confiada”. El influjo de la buena fe desde la ignorancia del derecho y la ignorancia invencible (T. Vargas P.); en “derecho procesal”, La protección de la buena fe procesal en la gestión judicial de designación de árbitro (A. Romero S) y en “derecho romano”, Algunas consideraciones sobre la buena fe en el derecho romano” (A. Grasso).

Una buena recopilación de trabajos sobre un principio básico del derecho, como es actuar con buena fe, o sea con rectitud, con honestidad y no con afán “torticero” para usar un término de las Partidas, alfonsinas, y un muy buen homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, que ha hecho una señalada labor no solo docente sino también de publicaciones jurídicas en nuestro medio.

José Ignacio Martínez Estay, *Constitución, conceptos indeterminados y conceptos controvertidos. Análisis a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021 (pp. 281).

De gran utilidad esta obra del actual decano de Derecho de la Universidad de los Andes, que estudia el tema en el ámbito del derecho constitucional, tema que conlleva no pocas dificultades al momento judicial, teniendo los jueces –supremos, y aquí el tribunal Constitucional– la delicada tarea de desentrañar el contenido concreto de esos conceptos, no siempre fácil y también sujeto a variaciones que no colaboran a la seguridad jurídica en un campo tan sensible como el de los derechos fundamentales de las personas.

En los cuatro primeros capítulos se aborda el análisis de estos conceptos; en el quinto se entra al punto de su interpretación y se plantea una propuesta basada en “El Federalista”, esa colección de artículos de Hamilton, Madison y Jay, elaborados a raíz de la Convención de Filadelfia, con el fin de que se aprobase la Constitución elaborada por los diferentes estados. Su capítulo VI nos parece que merece la mayor alabanza porque emprende la tarea de ir mostrando lo que el Tribunal Constitucional ha juzgado respecto de esos conceptos, cuyos términos utiliza la Constitución, como dignidad, bien común, subsidiariedad, servicialidad del Estado, integridad síquica, igualdad, derechos fundamentales, honra, vida privada, interés social, interés público, intereses generales de la Nación, esencia de los derechos y libre desarrollo de la personalidad, y cada uno de estos términos con la indicación y breve análisis de los fallos emitidos por esa suprema jurisdicción constitucional.

Debe agradecerse al Profesor Martínez Estay por su trabajo, el que presta un señalado servicio al foro y a la cátedra, siendo muy recomendable, además, para los estudiantes, y muy especialmente para los abogados, con el fin de que estos puedan tener un ejercicio en estas materias más certero y con mayor conocimiento doctrinario y jurisprudencial.

José Francisco García García, *La tradición constitucional de la Universidad Católica de Chile. Vol.II (1967-2019). Ramificación, refinamiento, reconciliación*. Ediciones UC. Santiago de Chile. 2020 (pp. 632).

Aquí solo una reseña a esta obra monumental por su trabajo de investigación, análisis e interpretación del pensamiento de autores que dieron una enseñanza, sin duda, fructífera y señera. Es la continuación del volumen I dedicado a los inicios de la cátedra de derecho constitucional en esta Facultad (1880-1967), y quienes la ejercieron en ese período, como don Abdón Cifuentes, José María Cifuentes, Carlos Estévez y el primer Alejandro Silva Bascuñán.

Estamos ante un verdadero trabajo de investigación que no solo abarca el estudio del pensamiento de estos profesores constitucionalistas de este período

sino también la visión de quienes han sido sus alumnos o ayudantes y colegas de ellos, en una época en que fue particularmente significativa su influencia nada menos que en la elaboración de la Constitución de 1980 aún vigente, texto que recogiera lo mejor de la tradición constitucional de la República (1833 y su reforma de 1925). No puede olvidarse que la Comisión que elaboró el Proyecto de Nueva Constitución (Comisión Ortúzar, por el nombre de su presidente) que originó dicha Constitución, estuvo integrada en su parte más fructífera por cuatro profesores de la Facultad de Derecho de la PUC (Silva Bascuñán, Evans de la Cuadra, Diez Urzúa y Guzmán Errázuriz), además del profesor Gustavo Lorca (de Valparaíso) y Jorge Ovalle (U, de Chile). Dichos cuatro profesores fueron fundamentales con su participación en el primer período de trabajo de dicha Comisión (1973-1976).

El estudio analiza los aportes hechos al constitucionalismo chileno por los profesores Enrique Evans de la Cuadra (cap. I), Jaime Guzmán (cap. II), Alejandro Silva (cap. III), ya fallecidos, y José Luis Cea Egaña (cap. IV) y se agrega Marisol Peña (cap. V). Sin duda, los aportes principales han sido los de Silva y Guzmán, por su importancia, el primero por su obra escrita (la más importante del siglo XX) y su labor docente durante tantas décadas y el segundo por su relevante aporte en la elaboración del proyecto de Constitución de 1980, su enseñanza oral y especialmente por ser un formador de juventudes (en su idea de despolitizar la Universidad y dedicarla a sus labores propias); por su parte el profesor Cea por el estudio de la referida Constitución y su obra escrita; en cuanto al prof. Evans se destaca su muy activa participación en la Comisión Ortúzar y su importante aporte en la elaboración del referido proyecto.

Respeto de cada autor, el prof. García sigue un esquema muy adecuado, con los datos biográficos, el período en el que han desarrollado su actividad docente, los temas que principalmente han privilegiado, una evaluación y la situación de la Facultad de Derecho en ese período. No siempre se estará de acuerdo con alguna de sus apreciaciones respecto de algunos de los profesores abordados, debido a su relevante actuación en el período que les tocó vivir de la realidad nacional, pero ello es propio de toda obra escrita y estimula para profundizar el tema. Concluyendo, se trata de un obra que, completando el volumen 1, presenta gran interés y muestra una investigación seria y acuciosa de un período bastante álgido para el derecho constitucional en Chile y en el que la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile por medio de sus profesores prestó un gran servicio a la Patria.

Juan Antonio Varas Montes, *Un combate contrarrevolucionario y anticomunista en Chile a lo largo de medio siglo 1967-2020*. Fundación de Estudios Culturales Roma. Santiago de Chile. 2020 (pp. 435).

Una obra que es un recuerdo histórico de Chile de una época que vio en las ciudades y en el campo la penetración de un pensamiento revolucionario que trastornó de manera muy acentuada la vida y las actividades productivas e intelectuales del país y con efectos que llevaron a una guerra civil, larvada primero

y abierta luego, con consecuencias que hasta hoy subsisten y que han impedido una convivencia social en paz.

Y una lucha que implicó a la política (la lucha armada del Congreso socialista de 1967), a la educación (la escuela nacional unificada), a la economía (y su pretensión estatizadora) y hasta a la religión (cristianos para el socialismo), es decir, subvirtió todas las instituciones.

Dividida en 15 capítulos, nos parecen de especial interés su cap. II, una epopeya en acción, que muestra el período 1964-1967 y la contienda sobre la reforma agraria (pp. 37-106), asimismo su cap. III sobre el izquierdismo de la Iglesia y la penetración del marxismo (recuérdese la *Revista Mensaje* de los jesuitas) incluida la "toma" de la Catedral el 11.8.1968 (que impidió la celebración dicho domingo de la eucaristía en todos sus horarios/un escándalo de proporciones, algo nunca antes visto). Su cap. VII aborda el pronunciamiento castrense concretando el Acuerdo de la Cámara de Diputados del 23.8.1973, sobre la ilegitimidad de ejercicio del gobierno Allende, debiéndose recordar que dicho Acuerdo fue redactado por el senador Patricio Aylwin Azócar, jefe de la bancada demócratacristiana. El cap. X analiza lo que llama el autor Rumbo a la transición 1983-1990 (pp. 285-332); por último, merecen destacarse los caps. XII (pp. 363-373) y XV (pp. 399-418) sobre los ataques a la familia que es uno de los puntos centrales del marxismo como ya lo explicaba Gramsci: el marxismo solo triunfará cuando se destruyan la familia y la Iglesia, sus dos grandes enemigos. Y ¡vaya como lo ha ido consiguiendo! a través de los años y con campañas financiadas por organismos internacionales (la NU y su promoción del aborto a nivel mundial/un verdadero genocidio), y organismos no gubernamentales e incluso Estados, ya europeos, americanos, o asiáticos (v.gr. China comunista), y la promoción de la eutanasia o suicidio asistido (Holanda, Suiza), de la erotización de los ambientes, de la ideología de género, de su penetración en las escuelas, etcétera.

Un texto valiente, fundamentado en la documentación correspondiente e incluso con fotografías, que nuestra juventud (que no existía o estaba en su niñez en aquellos períodos de lucha ideológica fratricida aparecida ya francamente desde 1964) debe conocer con el fin de hacer frente a la pretendida imposición de un pensamiento único, totalitario, que se promueve por medio de todos los medios de comunicación que ha capturado (prensa, radio, televisión, cine, editoriales y redes sociales)\*.

Miguel Ayuso (editor), *Derecho natural y economía*. Marcial Pons. Madrid. 2021 (pp. 202).

En una estupenda edición de la colección *Prudentia Iuris*, que a la fecha lleva 44 volúmenes (en sus series minor, media y maior, como esta) contiene los trabajos presentados en la Universidad Católica de Colombia (Bogotá) en las VI Jornadas

---

\*Hay segunda edición 2021.

Colombianas de Juristas Católicos y la colaboración del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (Madrid). El título de la obra lleva como subtítulo “La economía católica a la luz de la ley natural y de la doctrina social de la Iglesia frente a los problemas actuales”.

Tomando pie del orden de los trabajos publicados, se trata de ver cuáles son los principios naturales de la economía, que aborda D. Castellano en Orden natural y economía; luego el editor expone La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia (tanto en su historia, su evolución, su desnaturalización y política y economía católicas); J. L. Widow analiza Derecho natural e ideologías de la economía, la teoría marginalista (mostrando el utilitarismo como ideología moral de esta teoría); continuando el tema anterior, M. Petersen estudia El derecho natural clásico y la teoría marxista, con una crítica a la propuesta de A. Macintyre. Ya de lleno sobre la doctrina social de la Iglesia, J. F. Segovia estudia la economía católica antes de su aparición, en De la economía sierva a la economía reina, en donde muestra la economía durante la cristiandad, en Santo Tomás y el bien común, la nueva economía en la modernidad y la escolástica española. J. Alvear indaga sobre Los problemas contemporáneos del derecho de propiedad a la luz de la ley natural, y J. A. Ullate analiza La propiedad en la doctrina social de la Iglesia, en su concepto y en el pensamiento de León XIII; A. Penaranda aborda lo concerniente a Economía productiva y economía de servicios, y, en fin, Ricardo Dip analiza el tema Trabajo humano y naturaleza y P. J. Izquierdo La financiación como problema sociológico (las finanzas como doctrina oscurantista y la élite gerencial).

Nos parece útil terminar esta reseña con las palabras finales de la presentación del volumen: “Si sumamos la importancia del empeño, a saber, el de mostrarnos la perenne actualidad de la ley natural y de la doctrina social de la Iglesia en el orden económico, y el de enseñarnos de qué modo se puede restablecer ese orden justo en vista del bien humano natural y sobrenatural, esperamos no defraudarlo” (p. 15).

Una obra muy importante en estos tiempos de tanto materialismo y relativismo, para insistir en el orden natural, en que el hombre es una criatura y no Dios, y purificar la atmósfera tan enrarecida y contaminada en lo intelectual, político y económico por ideologías que son propiamente utopías o sueños, que solo sueños son...

Juan Francisco Segovia, *Tolerancia, religión y razón de Estado. De la reforma protestante al constitucionalismo liberal*. Dykinson (colección Res Publica) Madrid. 2021 (pp. 276).

Conocido por su libro sobre la “Ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke” (Marcial Pons/Colección Prudentia Iuris. Madrid. 2014) y “Habermas y la democracia deliberativa” (*ídem* 2008), esta nueva obra del profesor mendocino muestra los orígenes del constitucionalismo liberal que tiene sus bases no en las libertades concretas hispánicas (leonés-castellano) sino en la revolución luterana sobre todo en su ambiente calvinista.

Su capítulo 1 se dedica a analizar de la tolerancia a la libertad religiosa (el desorden de los conceptos, Iglesia y Estado en los comienzos de la edad moderna, tolerancia religiosa y razón de Estado, la conciencia libre y la religión, y la libertad religiosa). Los caps. 2 y 3 analizan los ideólogos de la tolerancia religiosa (Spinoza y el totalitarismo democrático), Bayle (el relato sofístico) y Locke (tolerancia religiosa, su constitución política y la ideología de la razón de Estado). Su cap. 4 estudia el paraíso de la tolerancia religiosa: los Países Bajos en el siglo 17, y sus caps. 5 y 6 la monarquía intolerante, Inglaterra siglo 18; el cap. 7 encara lo que llama la república indiferente, los Estados Unidos de Norteamérica (libertad religiosa y liberalismo, el agotamiento de la libertad religiosa, el modelo norteamericano y el final de la tolerancia). Su cap. 8 concluye con De la tolerancia religiosa a la tolerancia democrática (la deformación de la conciencia, vida y muerte de la tolerancia religiosa, la libertad de religión como problema en el mundo contemporáneo, y el naufragio de la tolerancia).

De la tolerancia religiosa pretendida por la revolución luterana para que esta fuera admitida en su tiempo a la también pretendida tolerancia democrática hay un recorrido de casi 500 años “plagado de santos patronos laicos, mitos nacionales y silencios historiográficos”, enuncia la contratapa del libro; esta obra “permite enjuiciar su recorrido a la vista del confuso panorama actual, porque aquel grito de protesta ha actuado deshaciendo la religión en el laberinto de la conciencia individual y sacralizado al Estado como representante y árbitro de lo sagrado” (*idem*).

Autores Varios, (coordinadoras Cristina Vázquez y Graciela Ruocco) *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Dr. Carlos E. Delpiazzo*. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo. 2021 (pp. 1305).

Con la participación de 75 trabajos de distintos cultores de la disciplina en América, este monumental volumen rinde un merecido homenaje al profesor Delpiazzo, profesor del ramo en la Universidad estatal y autor de numerosos libros sobre la materia.

En una edición que es un prodigio al integrar en un solo volumen tal cantidad de partícipes, se hace difícil pretender en una reseña querer indicar todos los trabajos, por lo que a riesgo de ser tachados de arbitrariedad, solo indicaremos los temas que se han tratado; en otra ocasión podremos dar más detalles. Ellos son estado de derecho y administración pública, derecho administrativo y derechos humanos, ética pública, fuentes del derecho administrativo, actividad y procedimiento administrativo, derecho de la regulación, contratación pública, teoría de la organización, contencioso de derecho público, y responsabilidad del Estado. Valga señalar que han contribuido a esta magna obra cultores de esta ciencia de toda América, siendo mayoritarios los provenientes de Uruguay y Argentina, aunque también los hay de Perú, Paraguay, México, Brasil, Venezuela, Chile, Italia y España.

Felicitaciones al maestro Delpiazzo, por este frondoso homenaje.

Rosa Fernanda Gómez González, *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Universidad Católica de Valparaíso-Tirant lo Blanch. Valencia 2021 (pp. 444).

Una obra más sobre potestad sancionadora podrá preguntarse quien vea el título, pero no es así, se trata de un muy serio y acucioso trabajo de investigación sobre la discrecionalidad administrativa –uno de los temas que apuntan al núcleo de la actividad administrativa estatal, especialmente por su control judicial– pero que se ha engarzado con la llamada “potestad sancionadora” de la Administración y con su control jurídico, asunto que ha adquirido enorme importancia en las dos últimas décadas por la ingente cantidad de disposiciones legales que otorgan este poder a distintos órganos administrativos del Estado en la vorágine regulatoria, y que significa de hecho, en la práctica, un peligro para los derechos y libertades de los ciudadanos, y que ha recibido un frecuente tratamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su misión de resguardo de los derechos fundamentales.

La autora –que ha hecho un trabajo digno de alabanza– muestra en su Introducción el estado de la cuestión en la materia de discrecionalidad y potestad sancionadora (pp. 57-72) para luego adentrarse en el estudio de la discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionador de la Administración, analizando primeramente aquella en su evolución, en la doctrina chilena, su control judicial y cómo parecería necesario tomar posición a este respecto para poder enfrentar el estudio de la potestad sancionadora (pp. 73-187), parte que constituye la mitad de la obra. Después, entra de lleno al análisis de la discrecionalidad en el ejercicio de poderes punitivos (pp. 189-269), tema de gran interés ya que allí radica el ejercicio de esos elementos discrecionales que contendría la potestad sancionadora. Por último, se aborda uno de los puntos más sujetos a controversia entre los estatistas y los defensores de los derechos y libertades de los ciudadanos, como es el control de esos poderes por parte del juez (pp. 269-365); aquí se analizan los límites y mecanismos de control de la discrecionalidad, los límites legales de la discrecionalidad en este campo sancionador, y la motivación de los actos administrativos (que más propiamente llamaría “fundamentación”, que va más al fondo), también se estudia el autocontrol de la Administración y el control judicial, el caso de los tribunales ambientales, y se analizan los supuestos que permitirían el control anulatorio-sustitutorio de las sanciones administrativas. Unas reflexiones finales concluyen la obra (pp. 367-372). Se agregan 34 pp. con más de un centenar de libros y trabajos consultados (373-406), 23 pp. con jurisprudencia judicial (410-430), 5 pp. de jurisprudencia contralora (431-435) y 7 pp. de jurisprudencia del tribunal constitucional español (436-442).

Un libro señero en nuestra literatura jurídica pública que merece alabanza y sobre todo estudio serio y meditado, si bien puede que sus planteamientos no a todos convencerán; esto es, precisamente, lo que hace provechosa una obra, tanto más que es de una autora joven que ya ha dedicado varios trabajos con anterioridad en esta materia\*.

---

\*La obra trae un extenso prólogo del profesor español Alejandro Nieto, estudioso desde antiguo en esta materia de sanciones administrativa (pp. 15-38) y una presentación del Profesor Eduardo Cordero Quinzacara, guía de la tesis doctoral de la autora (pp. 39.48).

AA.VV. *Conceptos fundamentales para el debate constitucional*. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Ediciones UC. Santiago de Chile. 2021 (pp. 407).

Con el fin de apoyar a este proceso de elaborar un “proyecto” de nueva Constitución que ha comenzado a principios de julio de este año 2021, con una especie de “comisión” (monstruosa) de 155 personas elegidas por votación popular, muchos de ellos sin ninguna formación jurídica, esta obra es fruto de un muy laudable proyecto académico práctico que reúne en artículos breves los principales temas de una Constitución. Son textos escritos por los miembros del Departamento de Derecho Público de la UC que muestran en seis apartados primeramente los conceptos fundamentales como qué es una Constitución, la supremacía constitucional, el bien común, los derechos fundamentales, soberanía, estado de derecho, entre otros, luego señala una breve historia de las constituciones chilenas (1833, 1825 y 1980); en tercer término, indica los principios y bases del constitucionalismo chileno, como la dignidad de la persona humana, la familia célula básica de la sociedad, la servicialidad del Estado, el principio de subsidiariedad, Estado unitario, principio de juridicidad, la nulidad de derecho público, y probidad y transparencia. Otro capítulo se dedica a mostrar con breves síntesis, los derechos y libertades, describiendo el derecho a la vida, la protección de la vida del que está por nacer, igualdad ante la ley, protección de la honra y vida privada, derecho de propiedad, libertad religiosa, libertad personal, libertad de expresión, de reunión, de asociación, de educación, libertad de enseñanza, de iniciativa económica, de sindicalización, etc. En otro apartado se muestra la arquitectura del Estado, como los poderes del Estado, y partidos políticos y entre los poderes del Presidente de la República, Ministros de Estado, Congreso Nacional y Poder Judicial, asimismo organismos como Fuerzas Armadas y los que poseen autonomía constitucional, tales Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Banco Central, Ministerio Público, las administraciones regionales y las comunales. Finalmente, se señalan temas y reflexiones para una nueva Constitución, a saber estado social de derecho, Iglesia y Estado, mujer, economía, tecnología y derecho internacional y constitución, pueblos originarios, como también derecho humano al agua, derechos sociales y políticas públicas, responsabilidad fiscal, sanciones administrativas, entre otros.

Como se advierte, es un texto que abarca lo que se piensa ha de contener una Constitución Política de la República, a la fecha de hoy, que mantenga nuestra tradición constitucional, que es bien antigua, e incorpore aquello que sea necesario hoy pero que no llegue a textos tan extensos que sea letra muerta en la práctica por la imposibilidad de hacerla realidad en los hechos de la vida social.

Una obra colectiva (bajo la coordinación del director del departamento de derecho público, prof. Sebastián Soto Velasco y la prof. Constanza Hube Portus) con textos breves, de fácil lectura y sin tecnicismos, de modo que cualquiera persona pueda entenderlos sin mayor esfuerzo. Es de esperar que llegue al público, en general, y muy especialmente a los llamados “convencionales”, para su mejor ilustración. Un gran acierto del referido departamento universitario y de su Facultad de Derecho.

## EDICIONES IUS PUBLICUM

- ***Ius Publicum* – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos, Actualidades, Jurisprudencia, y Recensiones y reseñas bibliográficas (de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual = nacional  
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero  
 Números disponibles del 8 al 12 \$ 7.500; 13 y siguientes \$ 10.000.

- ***Cuadernos Ius Publicum***

Dedicados a temas de derecho público, de carácter monográfico, con un menor volumen de páginas y referidos a la actualidad nacional

Valor \$ 10.000

- ***Conferencias Santo Tomás de Aquino* – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza acerca de un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
<i>El derecho, un arte de lo justo</i>	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito	\$ 5.000
<i>Derecho y familia</i>	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña	\$ 7.000
<i>Los derechos de la persona que está por nacer</i>	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro	\$ 7.000

<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, Merteikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
<i>Familia, sociedad y vida</i>	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
<i>Familia, matrimonio y vida</i>	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

<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

SERGIO R. CASTAÑO: *Estado y orden internacional. Conceptos fundamentales y categorías de abordaje*

EDUARDO SOTO KLOSS: *El principio de subsidiariedad, principio fundamental del orden político*

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: *Pasado y presente de los derechos*

SILVIA MARRAMA: *Los animales como sujetos de derechos. La paradoja ideológica de la sientiencia*

KATHERINE ZAMBRANO ROMÁN: *¿Subsidiariedad en la carrera funcionaria?*

## IN MEMORIAM

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA Y JOSÉ ALENZA GARCÍA: Francisco González Navarro (1930-2021). Una vocación cumplida

## CRÓNICA

*Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro, *Reflexiones éticas*: Jesús Ginés Ortega, Pedro Trevijano E, Juan Manuel de Prada, M. de Cervantes Saavedra, Eleuterio Fernández Guzmán, Alonso Gracián, Enrique A. Aguirre, P. Fernando Pascual

## DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: SS. Pío XII, Radio Message of his Holiness Pius XII to Participants in The National Catechetical Congress of The United States in Boston, Pontifical Palace in Castel Gandolfo, Saturday, 26 October 1946. SS. Juan Pablo II, Audiencia General (Miércoles 12 de noviembre de 1986). ¿Qué iba a anunciar San Juan Pablo II el día de su atentado, hace 40 años?, Juanjo Romero. Cardenal Dzizwisz: Juan Pablo II “pagó un alto precio pero el intento de asesinato no interrumpió su misión”. Discurso di Sua Santità Pio XII Agli Uomini Di Azione Cattolica Nel XXX° Della Loro Unione (Domenica, 12 ottobre 1952). MAGISTERIO EPISCOPAL: Mensaje de los Presidentes de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea. Los obispos europeos reclaman libertad de culto durante la pandemia y vías seguras y legales para los migrantes. † Fr. Jesús Sanz Montes, OFM, Arzobispo de Oviedo. La persecución a la educación católica en España comunista hoy. Una ley de muy mala educación. Carta pastoral sobre la coherencia eucarística en la vida pública, 1º.5.2021 (Mons. Salvatore J. Cordileone, Arzobispo de San Francisco/EE.UU.). VARIOS: Renegando de lo sobrenatural (Alonso Gracián)

## ACTUALIDADES

### I. CHILE

1. La Convención amenazada
2. Una Convención por debajo de su altura
3. Mimesis
4. Mal de altura
5. Algunos animales somos más libres que otros
6. Pipiolos versus jacobinos: Los límites del proceso constituyente

### II. ABORTO

1. Histeria entre las políticas feministas francesas por la emisión de “Unplanned” en un canal de televisión

### III. MATRIMONIO IGUALITARIO

1. Matrimonio y Derecho

## JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (9.3.2021). Diego Vargas Castillo c/Ministro de Salud (Recurso de protección/libertad de culto e igualdad ante la ley/acogido, art. 19 N°s 2, 6 y 12 de la Constitución) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema (3.5.2021). Baltierra Campos c/Tesorero Municipal de Maipú (Protección acogida – extinción de procedimiento administrativo artículo 27 Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte Suprema (5.8.2021). Jorge A. Luchsinger Mac-Kay y otros con Fisco de Chile (Responsabilidad del Estado-Administración – origen constitucional – falta de servicio/omisión) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 9529-2020 (19.11. 2020). Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia/negacionismo

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS