

IUS PUBLICUM

Nº 17 / 2006



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 17 / 2006

Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998
ISSN 0717- 4063

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

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

DIRECTOR:
Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:
Prof. Álvaro D'Ors (†) (Universidad de Navarra) - Prof. Miguel S. Marienhoff (†) - Prof. Antonio Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela) - Prof. Francisco González Navarro (Universidad de Navarra) - Prof. Mariano R. Brito (Universidad de Montevideo) - Prof. Rodolfo C. Barra (Universidad Católica Argentina/Buenos Aires) - Prof. Bernardino Bravo Lira (Universidad Católica de Chile) - Prof. Ramiro Mendoza Zúñiga (Universidad de los Andes).

CONSEJO DE REDACCIÓN:
Prof. Miguel Ayuso Torres (Universidad de Comillas/España) - Prof. Marcelo Elissalde Martel (Universidad Santo Tomás) - Prof. Jaime Williams Benavente (Universidad Santo Tomás) - Prof. Joaquín García-Huidobro (Universidad de los Andes) - Prof. José I. Martínez Estay (Universidad de los Andes) - Prof. Hugo Zepeda Coll (Universidad Santo Tomás).

SECRETARIOS DE REDACCIÓN:
Profesores Juan Jorge Lazo Rodríguez e Iván Aróstica
Maldonado.

REPRESENTANTE LEGAL:
Benjamín Correa Palacios

Redacción y Administración de Ius Publicum
Avenida Ejército 146 - 6° piso
teléfonos 362 4821- 362 4849 • fax 360 1376
e-mail: iuspublicum@ust.cl Santiago de Chile

Suscripción anual (2 números): Chile \$ 20.000. (IVA incl.)
Extranjero aéreo certificado: \$US 50.
Ejemplar suelto: \$ 10.000. (IVA incl.)
Enviar cheque nominativo y cruzado a nombre de
Universidad Santo Tomás.

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 Escuela de Derecho de la
Universidad Santo Tomás.

Vol. 9 N° 17
Septiembre 2006

ÍNDICE

ESTUDIOS

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO. <i>Los arquetipos humanos en Antígona</i>	11
PATRICIA ASTORQUIZA FIERRO. <i>Pasión, virtud y amor al bien. Acerca de la esencia de la virtud y de su relación con el amor rectamente ordenado</i>	27
RAFAEL ALVIRA. <i>La fe, ¿asunto público o privado?</i>	39
ISIDRO SOLÍS PALMA. <i>Reformas a la justicia: desafíos y tareas pendientes</i>	47
EDUARDO MEINS OLIVARES. <i>Competencia de las Cortes de Apelaciones en el nuevo proceso penal</i>	55
ALBERTO M. SÁNCHEZ. <i>La cuestión del Obispado Castrense</i>	75
EDUARDO SOTO KLOSS. <i>Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada “falta de servicio”)</i>	85

CRÓNICA

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORREA. <i>Un problema gratuito</i>	99
MAX SILVA ABBOTT. <i>Sobre la subversión de los principios</i>	101
JESÚS GINÉS ORTEGA. <i>Dudas y píldoras</i>	107
MAX SILVA ABBOTT. <i>La píldora y los derechos humanos</i>	109
LUCILA SENDIC DE SANTIAGO. <i>Píldora del día después</i>	113
GUSTAVO CUEVAS FARREN. <i>Discriminación positiva a favor de la mujer</i>	117
CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ. <i>La fe y lo público. Breves comentarios a una declaración del Presidente del Gobierno Español</i>	119
CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ. <i>Tasaciones e impuestos</i>	123
EUGENIO EVANS E. <i>Legislación y “vías administrativas”</i>	125
GONZALO ROJAS SÁNCHEZ. <i>Débiles de pensamiento</i>	127
ANTONIO BARNÉS VÁZQUEZ. <i>V Congreso Nacional [Español] de Bioética. La Ciencia acredita a la Bioética</i>	133

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI. <i>Discurso a los participantes en la asamblea plenaria del Consejo Pontificio para la Familia (sábado 13 de mayo de 2006)</i>	147
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Discurso durante la vigilia del V Encuentro Mundial de las Familias (Valencia/España, sábado 8.7.2006, 22:30 hrs.) y Homilía en la Santa Misa (Valencia/España, domingo 9.7.2006, 10:15 hrs.)</i>	151

CARDENAL ÁNGELO SODANO. <i>Promover la familia, tarea esencial para el desarrollo de la sociedad</i>	159
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Los principios que no son negociables para la Iglesia en la vida pública. Discurso a los participantes en un congreso promovido por el Partido Popular Europeo sobre el viejo continente</i>	161
COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. <i>¿Hacia dónde camina Chile? Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile</i>	163
COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. <i>Educación, familia y pluralismo. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile</i>	167
MONS. GIOVANNI LAJOLO. <i>La dignidad del hombre es el fundamento último de todo el sistema jurídico internacional</i>	171
JÜRGEN LIMINSKI. <i>Persecuciones religiosas en países islámicos</i>	175
SERGIO ILLANES LASO. <i>Principio de legalidad y contribuciones</i>	179
INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. <i>Índice de Libertad Económica 2006</i>	181
JOVINO NOVOA. <i>Una sociedad enferma</i>	185
GONZALO VIAL. <i>El totalitarismo, la píldora y la Presidenta</i>	187
MARCELA CUBILLOS SIGALL y CRISTIÁN MONCKEBERG BRUNER. <i>Reforma constitucional en educación</i>	191

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional - 30.8.2006. Inconstitucionalidad del “solve et repete”	195
Corte Suprema - 31.8.2006. Parada Toloza y otros con Servicio de Salud de Concepción	205
Corte de Apelaciones de Concepción - 5.5.2006. Domínguez Salfate con Municipalidad de Concepción	211

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES	
WILFRED NIPPEL. <i>Public Order in Ancient Rome</i> (Patricio Ignacio Carvajal R.)	227
STAMATIOS TZITZIS, JACQUES-HENRI ROBERT <i>ET ALII. Euthanasie et responsabilité médicale. Essais de philosophie pénale et de criminologie</i> (Manuel J. Peláez)	232
JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY. <i>El derecho de la vida. El derecho a la vida, bioética y derecho</i> (Hernán Corral Talciani)	235
ABELARDO LOBATO. <i>Ser y belleza</i> (Fernando Fernández Rodríguez)	240
RESEÑA DE REVISTAS	243
NOTICIAS	249

ESTUDIOS

LOS ARQUETIPOS HUMANOS EN ANTÍGONA¹

*Joaquín García-Huidobro**

SUMARIO: 1. Creonte. 2. Hemón. 3. El guardia. 4. Ismena. 5. El corifeo.
6. Tiresias. 7. Antígona. Comentario.

George Steiner ha destacado como la inmensa mayoría de los tipos humanos a partir de los cuales definimos nuestra cultura han sido aportados por los griegos. Ícaro, Prometeo, Penélope, Ulises, Edipo y Antígona, son quizá los principales. Después de las tragedias y la mitología griegas, son pocas las figuras que tienen una importancia semejante. Steiner cree descubrir tan sólo el caso de don Juan Tenorio². El juicio resulta probablemente exagerado. Don Quijote y Sancho definen no sólo la cultura del Barroco, sino que constituyen paradigmas hasta el día de hoy. Y otro tanto habría que decir de Hamlet y Fausto, si bien, como destaca Steiner, estas diversas figuras son, en buena medida, variaciones de un material proporcionado por los griegos: “hemos agregado muy pocas presencias a las presencias seminales que nos dio la Hélade”³.

En el caso de Sófocles, por influencia del psicoanálisis, la figura de Edipo adquirió una importancia decisiva en nuestro tiempo. Este personaje está presente incluso en aquellas tragedias que están ambientadas

*Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Natural en la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

¹Una primera versión, más resumida, de este trabajo (realizado en el contexto de los proyectos Fondecyt N° 1010182 y 1040343) fue publicada en: J. García-Huidobro, “Archetypen menschlichen Verhaltens im Angesicht der Macht - was uns *Antigone* lehrt”, en: Th. Goll, Th. Leuerer, T. Mayer, H. G. Merz (Hrsg.), *Staat und Politik. Beiträge aus Politischer Wissenschaft und Politischer Bildung. Festschrift für Paul-Ludwig Weinacht zum 65. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2003, 120-129.

²G. Steiner, *Antígonas. La travesía de un mito universal por la historia de Occidente*, Gedisa, Barcelona, 1996, 159-161: “Bien pudiera ser que la figura de Juan Tenorio encarne el único caso que podemos documentar del invento de una “ficción arquetípica” por obra de un autor individual (...). En este caso, constituiría el único agregado importante que la civilización occidental ha hecho al caudal fundamental de impulsos, propios del pensamiento y el arte griegos” (160).

³G. Steiner, *Antígonas*, 159.

después de su muerte, como es el caso de *Antígona*. Él representa como nadie el trágico destino de la familia de los Labdácidas y –muchos siglos antes que Freud– Aristóteles lo tuvo en mente a la hora de elaborar su teoría de la tragedia⁴. Con todo, en este trabajo se busca volver sobre la segunda de las más famosas tragedias de Sófocles, *Antígona*. Esta obra no sólo ha merecido la atención de los estudiosos, desde Goethe, Hegel y Kierkegaard, hasta el propio Steiner. También ha servido como motivo de inspiración para innumerables versiones: Hoelderlin, Anouilh, Cocteau, Brecht y, en nuestro medio hispanoamericano, Leopoldo Marechal, Griselda Gambaro, José Watanabe y Jorge Huertas han escrito su *Antígona*. De este modo, aunque hay más páginas escritas sobre Edipo, son más los que han querido recrear la historia de su hija, y todo hace pensar que este interés seguirá creciendo. La atracción de Antígona no solo se ejerce sobre los escritores, sino que se ha transformado también en un motivo para los músicos, desde la sinfonía *Antígona* del pianista y compositor español Víctor Carbajo hasta una versión rock hecha en España, *Antígona tiene un plan*, de Augusto J. Algueró y Javier Muñoz. Por otra parte, las representaciones teatrales de Antígona son innumerables y constantes, tanto en entre profesionales como entre los aficionados. Alguna de ellas, aunque en su momento pasó inadvertida, ha adquirido una enorme significación con posterioridad, como la que se realizó en Wadowice en el otoño de 1935. Entre los estudiantes que actuaron entonces se encontraba el joven Karol Wojtyła⁵.

Si vamos a esta tragedia a buscar los arquetipos humanos que presenta, nos encontramos con la sorpresa de que, justo con esas grandiosas figuras centrales que son Creonte y Antígona, hay una serie de personajes secundarios que no sólo son decisivos en la trama, sino que ponen una enorme densidad psicológica: Ismena, Hemón, el anciano Tiresias, el Guardia y las intervenciones del coro nos proveen de un rico material para identificar las formas de ser humano. También están presentes, de modo implícito, los dos hermanos muertos, que sufren destinos muy diferentes:

“A Eteocles, según dicen, valido de justa ley y costumbre sepultó bajo tierra de modo honroso para los muertos de allá abajo; en cambio, a Polinices, muerto lastimosamente proclamó en un edicto a los ciudadanos que nadie le dé sepultura ni le llore, sino que se lo deje sin llanto ni tumba como un dulce botín para las aves rapaces que avizoran con qué saciar su voracidad”⁶.

⁴De *Poetica* 13, 1453a11; 26, 1462b2, etc.

⁵G. Weigel, *Biografía de Juan Pablo II*. Testigo de esperanza. Plaza & Janés. Barcelona. 1999, 63-64. Aparentemente Karol Wojtyła habría representado a Hemón. El papel de Antígona estuvo a cargo de su amiga Halina Królikiewicz.

⁶Sófocles, *Antígona*. Biblos. Buenos Aires. 1987 (traducción, introducción y notas de L. Pinkler y A. Vigo), 68, vv. 24 ss. Las traducciones se toman de este texto.

La historia es conocida. Veamos el resumen que de ella nos hace un autor de la Antigüedad, Salustio:

“La obra debe su nombre a que es Antígona en quien se basa el argumento. En efecto, el cuerpo de Polinices yace insepulto y Antígona intenta enterrarlo, pero es impedida por Creonte. Y, sorprendida cuando lo enterraba, es muerta. Pero Hemón, el hijo de Creonte, la amaba y, no pudiendo soportar semejante desgracia, se da la muerte. Tras esto, también su madre Eurídice pone fin a su vida con un lazo”⁷.

Hoy, nosotros la caracterizaríamos de una manera un tanto distinta, como se puede ver en el famoso texto que Simone Weil escribió para una revista obrera relatando la tragedia⁸. Es posible que apenas le diésemos importancia a Hemón y su muerte, y en cambio pusiéramos el énfasis dramático en la lucha entre la ley injusta y la conciencia. No es casual esta diferencia, pues en un contexto judeocristiano la relación del hombre con los criterios políticos dominantes adquiere un especial dramatismo, ya que se acepta que la polis no es capaz de determinar el sentido último de la existencia. Veamos, entonces, algunos de los personajes más característicos.

1. CREONTE

La idea de que la *pólis* agota el sentido último de la existencia está representada paradigmáticamente por Creonte. En esto su figura no es actual, ya que nuestros contemporáneos parecen, a primera vista, muy poco dispuestos a aceptar un poder ante el cual deben someterse por completo. Ya la *Declaración de Virginia* señalaba que el fin de la autoridad política es el servicio a los ciudadanos:

“el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”⁹.

⁷Cit. en Sófocles, *Antígona* (Introducción), 68.

⁸“Antígona”, en S. Weil, *La fuente griega*. Sudamericana. Buenos Aires. 1961. Recogido en *Persona y Derecho* 39 (1998), 13-18.

⁹*Declaración de Virginia* (1776), sección 3.

Es más, al enaltecer los valores patrios por sobre todo, Creonte parece hacerse particularmente odioso a muchos hombres de nuestro tiempo, que parecen especialmente interesados en superar las fronteras políticas que separan a los Estados.

Sin embargo, hay un par de aspectos en la argumentación de Creonte que la hacen muy actual. El primero es que toda su justificación está impregnada por lo que Max Weber llamó una ética de la responsabilidad¹⁰. El criterio moral fundamental está dado, para Creonte, por los resultados. Es bueno aquello que, en último término, engrandece a la ciudad y malo lo que la debilita¹¹. No se cuestionan o someten a valoración las acciones en sí mismas, ni siquiera sus motivaciones, sino su aptitud para fortalecer o arruinar la ciudad. Esta lógica del cálculo es posible en la medida en que se acepte un supuesto no declarado: la existencia de una común medida de valor que permita juzgar los resultados de nuestras acciones. En efecto, en todos los razonamientos prácticos de carácter utilitario está supuesta la existencia de una común medida de valor, que permita determinar el curso de acción que maximice los beneficios y minimice los costos. Sin embargo, este tipo de empeños, aparentemente tan fáciles, presenta algunos problemas, y la historia de Creonte los muestra como pocos.

De una parte, no conocemos el futuro y no tenemos una claridad, ni siquiera mediana, de las consecuencias que se derivarían con el tiempo de nuestros actos. Difícilmente podría pensar Creonte que el decreto en donde impedía la sepultura de Polinices iba a provocar, en último término, la muerte de su hijo único y de su mujer, sumiéndolo en la desgracia más completa¹². Esto sucede no sólo porque somos libres y por la infinita suma de concausas que influyen en los sucesos que provocamos, sino también por otra razón, que es otra dificultad que se presenta a la ética de la responsabilidad: la carencia de parámetros para medir los efectos de nuestras acciones, como se explicará a continuación.

Aparte de señalarse que no conocemos el futuro, se puede poner en duda la suposición utilitarista de que disponemos de una común medida de valor, que nos permita comparar los cursos futuros de acción y determinar cuáles son los preferibles. Nos guste o no, no disponemos de una medida semejante. Creonte piensa que la tiene, y que el bien de la *pólis* constituye aquella medida común de valor¹³. El costo de esta suposición es el empobrecimiento de la vida. En efecto, lo propio del mundo de la vida, a diferencia del mundo de la ciencia, es su variedad, la pluralidad de facetas que contiene y, por tanto, de perspectivas que permiten abordarlo. En el caso en cuestión, aspectos tan importantes como los religiosos y

¹⁰Cfr. *El político y el científico*. Alianza. Madrid. 1972 (3ª edición española), 163.

¹¹Cfr. vv. 665 ss.

¹²Cfr. vv. 1307 ss.

¹³Cfr. vv. 665 ss.

los familiares quedan desatendidos, en cuanto no forman parte de dicho cálculo. Bien puede decirse que el pensamiento de Creonte se caracteriza por su unidimensionalidad, por su incapacidad de sopesar argumentos que no entren en la lógica que se ha predeterminado. Así se ve en el diálogo que mantiene con su propio hijo, Hemón, a pesar de los esfuerzos de éste por ser conciliador y presentar las cosas del modo que mejor se presten para el beneficio de su padre. Antígona, en cierto sentido, se halla en una posición más sencilla desde un punto de vista intelectual. Desde el momento en que ella se encuentra ante una exigencia no condicionada, en este caso la de enterrar a los muertos, cesa todo cálculo de consecuencias. Hay cosas que no se pueden realizar y omisiones que resultan inaceptables para una persona correcta. Y percibir que uno se encuentra ante una prohibición o una exigencia que no están sujetas a compensación, es algo que está al alcance de todos los seres racionales, lo que no sucede con el poder calcular los escenarios futuros de la acción, que es lo que con cierta ingenuidad pretenden las éticas de la responsabilidad. En suma, Creonte “juzga todo desde el punto de vista del Estado; ella se coloca siempre en otro punto de vista, que le parece superior”¹⁴. Por eso el coro de Antígona advierte:

“Entretejiendo las leyes de la tierra y la justicia de los dioses a los que ha prestado juramento engrandecerá la ciudad; privado de él quedará aquel que en virtud de su osadía se entrega a lo que no es bueno”¹⁵.

Junto a su utilitarismo, hay un segundo rasgo en la forma de actuar de Creonte que lo asemeja a muchos de nuestros contemporáneos: la desconfianza. Toda su argumentación está suponiendo que quienes piensan distinto están movidos por intereses ocultos y egoístas, en particular el apego por el dinero. Para Creonte, no existe factor más corruptor de los hombres que el dinero:

“Por cierto que ninguna institución de las que han crecido entre los hombres resultó tan perversa como el dinero. Él saquea las ciudades; hasta hace salir a los hombres de sus casas. Él enseña y desvía a los buenos corazones de los mortales a lanzarse a acciones deshonestas; así enseñó a los hombres a practicar la inescrupulosidad y a probar la impiedad de acciones de todo tipo”¹⁶.

No existe un bien común a todos, al que se llegue por la cooperación de los distintos miembros de la sociedad. El bien común es el bien de la organización, y su intérprete es sólo Creonte. El juego político es para él un juego de suma cero, en el cual lo que uno gana otro lo está perdiendo.

¹⁴S. Weil, “Antígona”, *Persona y Derecho* 39 (1998), 16.

¹⁵Vv 366 ss.

¹⁶Cfr. vv. 293-300, 1055.

Los argumentos del monarca no son baladíes y puede decirse que sintetizan un modo de pensar que ha tenido una constante presencia en la historia. Especial interés tiene su atribución al dinero de los males de la sociedad, y su opinión de que el dinero muestra el real talante de las personas. La idea no es original de Sófocles. Ya Heráclito había dicho: “¡Ojalá que no os falte la riqueza, efesios, para que quede probado lo perversos que sois!”¹⁷.

¿Por qué el dinero muestra cómo son las personas? Porque multiplica sus capacidades de obrar y, en esa misma medida, muestra aquello que en otras ocasiones sería apenas perceptible. Sucede algo semejante a lo que hacemos cuando prolongamos los extremos de un ángulo: entonces lo que parecía pequeño se aprecia en toda su magnitud. Lo que Creonte no advierte es que con el poder pasa lo mismo que con el dinero. Así, mientras Creonte en la tragedia *Edipo rey* se nos muestra como un consejero prudente, atento al bien de su cuñado y de toda la ciudad, una vez que adquiere el poder se presenta con una apariencia totalmente distinta. No significa necesariamente que haya cambiado: simplemente que ahora se nos hacen manifiestas algunas fracturas que en un principio apenas se habían expresado. Lo mismo ocurre con los hijos de Edipo. Eteocles acepta dividir el poder con su hermano Polinices. Es posible que no haya tenido la menor intención de gobernar más allá del año que le correspondía, pero una vez que posee el poder las cosas cambian. A partir de ese momento, se aprecia un apego al mismo que su hermano no podía haber percibido, pues si lo hubiese hecho jamás habría aceptado ese acuerdo. A lo mejor la situación habría sido la misma si el turno de gobernar hubiese comenzado por el impetuoso Polinices, aunque su carácter de víctima hace que nos resistamos a creerlo.

2. HEMÓN

Muy distinto al de Creonte es el caso de su hijo, Hemón. En el pasaje en el que procura convencer a su padre para que deponga su propósito, toda la argumentación va encaminada a mostrar al monarca que, al hacerlo, está no sólo siguiendo lo que es más justo, sino, al mismo tiempo, obteniendo su bien y el de los habitantes de la ciudad¹⁸:

“para mí, padre mío, no hay bien mayor que tú te encuentres dichoso; pues, ¿qué mayor gloria para los hijos que un padre floreciente en prestigio? De modo que no tengas en tu corazón tan sólo un modo de ver las cosas, creyendo que lo que tú dices y nada más es lo correcto”¹⁹.

¹⁷DK 22 B 125^a.

¹⁸Cfr. vv. 634-8, 683-723.

¹⁹Vv. 701-6.

La aproximación de Hemón es radicalmente optimista: es conveniente ser justo, y lo es respecto de todos. Cuando Creonte le dice que todo su discurso es por Antígona, Hemón no duda en agregar que es verdad, pero que también es “por ti y por mí y por los dioses infernales”²⁰. La justicia representa un interés para todos, incluso para aquellos que hasta ese momento tenían otra opinión:

“Vamos, cede en tu corazón, permítete un cambio. Pues, si cumples un consejo de mi parte, aunque soy más joven, yo afirmo que lo primordial es que un hombre esté por entero repleto de saber; y, de no ser así, pues las cosas no suelen tomar ese rumbo, también es noble aprender de los que hablan con razón”²¹.

Por otra parte, aunque el lector puede adivinar con facilidad cuál es la posición de Hemón, en el diálogo con Creonte oculta parte de su pensamiento y esgrime, para comenzar, razones de conveniencia. Esto no debería extrañar a nadie. Es cierto que la moral no coincide siempre con la utilidad, pero no cabe duda de que existe un amplio campo en el que convergen. Por tanto, resulta legítimo esgrimir razones que quizá no son las últimas o las más profundas, pero que tienen el mérito de ser más aceptables para el interlocutor. La argumentación ética no se dirige a un individuo abstracto, sino a personas concretas, con pasiones y determinadas disposiciones que les facilitan entender un cierto tipo de argumentos y no otros. En la argumentación ética se busca que la verdad no sólo lo sea, sino que también lo *parezca*: lo verdadero debe tornarse verosímil para el interlocutor. De ahí la importancia de los ejemplos, las historias y los razonamientos que argumentan por reducción al absurdo²².

Muy diferente es la situación cuando Hemón ve que no logra conmovier a su padre. Aquí las razones se presentan de modo directo, y no elude la confrontación. Es más, busca expresamente marcar las diferencias. Los sucesos finales no son más que el desenlace de las posturas que se han asumido previamente. El suicidio de Hemón, al ver que su prometida estaba muerta, es la forma que tiene de dar a Creonte el castigo que le resultaba más doloroso y de mostrarle los límites de su poder, incapaz de alcanzarlo en el reino de Hades.

²⁰V. 755.

²¹Vv. 718-23

²²El tema de los modelos fue abordado por Platón en el *Menón* (71b, 92c y ss) y el *Protágoras* (319d ss) y constituye un punto de referencia constante en la *Ética a Nicómaco*, donde aparecen nombres concretos, no sólo de autores que enseñaron determinadas doctrinas, sino de individuos que hicieron cosas o que tuvieron ciertas virtudes (así: Pericles, *EN VI 5*, 1140b7-8; Fidias, *EN VI 7*, 1141a9; Policleto, *EN VI 7*, 1141a10; Héctor, *EN VII 1*, 1145a20) o defectos (Sardanápalo, *EN I 4*, 1195b22).

3. EL GUARDIA

Tanto Hemón como Creonte razonan y argumentan con lo que podríamos llamar una lógica aristocrática. Es decir, como quien sabe que ha recibido más que el resto y tiene, por tanto, más de qué responder. Ambos consideran que deben prestar una contribución para el mejor orden de cosas y viven sus exigencias con un especial dramatismo, como quien sabe que está desempeñando un papel en una trama más amplia que la que ve a su alrededor. En cambio, hay otros personajes que no se sienten afectados por lo público. Lo suyo no es vivir bien, sino tan sólo vivir. Es el caso del guardia que está encargado de custodiar el cuerpo muerto de Polinices. Su preocupación fundamental no es la justicia o injusticia de una situación, sino sobrevivir.

Dos son sus intervenciones. La primera de ellas parece sacada de la picaresca española. En ella da cuenta a Creonte de que alguien ha intentado dar honras fúnebres al difunto Polinices, aunque sin lograr acabarlas; en la segunda, informa que han capturado a Antígona, que intentaba enterrar a su hermano. Todas sus palabras son las de un hombre que sabe que su papel se limita a obedecer y a tratar de salvar la vida en el mundo de los poderosos. No hay el más mínimo asomo de cuestionamiento de los propios actos:

“Nosotros, al verla, nos aproximamos y con ello le dimos caza de inmediato, sin que se perturbara siquiera. Y así la interrogamos acerca de los anteriores hechos y los actuales, y no mostró negativa, lo que a mí al menos me resultó grato y penoso juntamente: por cierto que el quedar uno mismo libre de desgracias es lo más confortante; en cambio, doloroso el conducir a quien se quiere hacia una funesta suerte. Pero está en mi naturaleza tomar en menos lo que no sea mi propia salvación”²³.

Es decir, se ve como espontáneamente más natural el salvar la vida evitando un castigo que el abstenerse de denunciar a un inocente. En la disyuntiva socrática entre cometer o sufrir una injusticia²⁴, se prefiere la primera posibilidad, por más que resulte doloroso. Mientras Creonte pretende situarse por encima de la moralidad, este hombre se halla por debajo de ella.

4. ISMENA

Este modo, llamémoslo plebeyo, de razonar no es patrimonio del guardia. También Ismena, la hermana de Antígona, argumenta en forma semejante, aunque ella no puede escapar al conflicto entre lo que hace y lo que cabría

²³Vv. 431-40.

²⁴*Gorgias* 469b ss.

hacer. Al comienzo mismo de la tragedia, intenta disuadir a su hermana Antígona con un argumento que se ha oído muchas veces en la historia:

“Ahora que solas hemos quedado, piensa cuánto más infortunadas moriremos, si con violencia de la ley transgredimos el decreto de un tirano o su autoridad; por otra parte, es menester tener presente ante todo que nacimos mujeres, de modo de no trabarnos en lucha contra hombres; y además, dado que estamos gobernadas por quienes son más poderosos, debemos obedecerlos en esto, e incluso en cosas más dolorosas. Por tanto yo, pidiendo a los que están bajo tierra que tengan indulgencia, ya que estoy forzada a ello, me someteré a los que tienen el poder absoluto. Pues el obrar por encima de lo que es posible no tiene sentido alguno”²⁵.

Las palabras de Ismena se pueden interpretar de muchas maneras, pero parece subyacer a ellas la idea de que el derecho, en último término, se identifica con la voluntad del más fuerte. Frente a ella sólo caben el pesar y la lamentación, pero no es exigible un obrar contrario al querer de los poderosos. Ismena razona a partir de las pasiones, en este caso del miedo, y todo queda teñido por lo que siente. En este sentido, puede decirse que es esencialmente pasiva, reactiva. Sus sentimientos para con su hermana son contradictorios. Por momentos parece admirarla. En otras ocasiones, en cambio, atribuye a la locura o a la arrogancia la determinación de Antígona. Aristóteles enseña en la *Ética a Nicómaco* que es propio del cobarde el ver los peligros más grandes que lo que son y el considerar, como consecuencia, que el valiente no es tal, sino temerario²⁶. Esto se cumple a la letra en el caso de Ismena. No se sugiere aquí que el peligro que enfrentan no sea grave. Lo es y en grado máximo. La diferencia de perspectivas entre una y otra hermana, es que Ismena considera que lo que intenta Antígona es imposible, juicio que no comparte su hermana. Ismena piensa que es imposible que una mujer haga algo heroico contrariando el querer de los poderosos. Antígona simplemente lo hace. Al hacerlo, muestra el error de juicio de su hermana.

Más adelante, cuando los hechos se han cumplido y Antígona marcha hacia la muerte, Ismena pretende compartir el destino de su hermana. Resulta difícil saber si aquí estamos en presencia de una conversión o si más bien se trata de un nuevo juicio basado en el temor, en este caso en la poco placentera perspectiva de quedarse sola. Los escasos textos de su intervención dan la impresión de que, nuevamente, lo radical es la cobardía. Pero se trate de una u otra causa, la respuesta de Antígona no admite dudas y rechaza terminantemente recibir esa colaboración. La

²⁵Vv. 58-68. Este tema de la debilidad de la mujer y su sometimiento a los poderosos es recogido por Sófocles también en *Electra*, donde Crisótemis desempeña un papel muy semejante a Ismena (cfr. vv. 995 ss.; 1010 ss) y *Electra* a Antígona.

²⁶Cfr. EN II 8, 1108b20 ss.

muerte corresponde a la vida y quien no ha vivido con valor no merece participar de una muerte semejante.

Con todo, quizá haya que reconocer que su papel era el único que cabría esperar de una mujer de su época. Lejos de hacerla digna de reproche, este hecho sirve para enaltecer el valor de Antígona.

5. EL CORIFEO

Con todas sus deficiencias, Ismena es todavía un personaje trágico, desgarrado por una serie de conflictos. El corifeo, en cambio, cuyos dichos se intercalan a lo largo de toda la obra, mantiene una actitud particularmente ambigua. Representa muy bien esa mezcla entre sentido común y actitud acomodaticia que suele caracterizar al pueblo en todas las épocas. Su papel es aprobar cuando hay que aprobar y reprochar cuando las circunstancias así lo aconsejan. Es un general después de la victoria. En un principio, cuando el triunfo de Tebas es reciente, su parecer está del lado de Creonte y atribuye a la desmesura los intentos de oponerse al orden establecido. Con el correr del tiempo, en cambio, cuando la caída del rey se va haciendo inminente, toma las debidas distancias y empieza a tratar con simpatía a Antígona, la víctima inocente. Al final, termina por aconsejar a Creonte que ceda, que libere a Antígona y dé sepultura al muerto, tal como lo indica el anciano Tiresias. Su presencia, en todo caso, introduce en la obra un carácter muy humano, una indefinición y mediocridad que sirve de telón de fondo para recalcar el heroísmo de Antígona, la obstinación de Creonte y la firmeza de Tiresias, personajes que, si bien son centrales en la tragedia, están lejos de constituir la regla en cuanto a la psicología de los hombres.

6. TIRESIAS

Muy distinto, en cambio, es el caso de Tiresias. Su ceguera física va acompañada de una extraordinaria penetración del espíritu. Llega adonde Creonte acompañado de su lazarillo, incapaz de valerse por sí solo, encarnando la debilidad completa frente al poder. Y sin embargo, esa misma debilidad es su fortaleza, porque lo predispone a acoger lo ultraterreno, a ser instrumento de designios que exceden la fuerza de los hombres.

Tiresias no sólo está cerca de los dioses, sino que muestra una especial cercanía con el mundo natural, que para él se presenta como un espejo de voluntades más altas.

“Hallándome sentado en el sitial que desde antiguo es destinado a los augures, donde tengo un lugar de reunión de todo tipo de aves, oigo un desconocido

canto de pájaros, un chillido funesto e indescifrable. Y al punto me di cuenta de que se estaban despedazando unos a otros con asesinas garras, pues el estrépito de alas resultó inconfundible. Y en seguida, con temor, me puse a realizar mis sortilegios con víctimas, en los altares cubiertos de hogueras. Pero no resplandecía Hefesto en las ofrendas, sino que la grasa de los muslos se consumía, goteando sobre la ceniza y ahumaba y salpicaba: la hiel se esparcía por los aires y los muslos, gota a gota, quedaban libres de la grasa que los cubría”²⁷.

El mundo de Tiresias es mucho más amplio que el de Creonte, ya que está atento a otras voluntades, no sólo las humanas sino también las divinas. Por eso no se deja modelar por los dictados de los hombres. Para el adivino, las cosas tienen su propia lógica, que no está cubierta por los dictados del poder, tal como lo entiende el racionalista Creonte. Como todo lo humano, el poder tiene límites. Si se transgreden, la restauración del orden exige un castigo.

Sus palabras no obedecen a una simple apreciación personal, sino que reflejan la situación del hombre en el orden cósmico. Esta convicción le entrega una enorme seguridad:

“Y estas cosas que la ciudad padece provienen de tu determinación. Pues, todos nuestros altares y nuestras aras familiares manchados están del infeliz hijo muerto de Edipo, a causa del sebo traído por aves y perros. Y por eso no acogen los dioses nuestras súplicas sacramentales, ni encienden las llamas que consumen los muslos; tampoco las aves lanzan gritos de buen augurio, tras devorar la grasa de la sangre de un muerto”²⁸.

Con todo, Tiresias se acerca al rey no como quien sabe que tiene un poder incomparable, sino como un auxiliar y consejero. Da razones y no amenazas. Sólo cuando Creonte, además de mostrar obstinación, lo ofende, Tiresias le da a conocer los castigos que le aguardan y se muestra con todo su poder, un poder que no es suyo sino que le viene de su carácter de intérprete de voluntades más altas²⁹:

“porque enviaste allá abajo a un alma de las que pertenecen a arriba sepulcándola deshonorosamente en una tumba; y a un muerto que corresponde a los dioses de allá abajo retienes aquí, privado de su destino, insepulto y sin purificación. Sobre estas cosas ni tú ni los dioses de arriba tenéis derecho, pero tú has hecho violencia en este caso”³⁰.

²⁷Vv. 999-1011.

²⁸Vv. 1015-1022.

²⁹Cfr. Vv. 1064 ss.

³⁰Vv. 1068-1073.

En este sentido, hay un paralelismo entre Tiresias y Hemón. Ambos comienzan tratando de persuadir a Creonte y sólo acuden a las amenazas o a la fuerza cuando no hay otro remedio. La fuerza de Tiresias es mayor, aunque no es propia suya. La de Hemón es pequeña, pero suficiente para autoinmolarse.

7. ANTÍGONA

Nos queda para el final el más importante de los personajes: Antígona. Cuando alguien lee la tragedia, resulta difícil que no termine cautivado por su figura. Sin embargo, también hay excepciones. Particularmente en el siglo XX han sido numerosas las voces que se han enfrentado a Antígona descalificando su proceder. En el ya mencionado *Antígonas*, de Steiner, se muestra cómo en la Alemania nacionalsocialista, y en general en el nacionalismo germano, la figura de nuestra heroína es vista como un elemento disolvente del Estado, como un factor perturbador de la moralidad social³¹. Otros, en cambio, le reprochan su determinación inquebrantable. La atribuyen a la arrogancia o a una falta de flexibilidad a la hora de compaginar las exigencias del Estado y los deberes familiares. Por último, algunos sostienen que sus relaciones familiares son unilaterales, puesto que sólo concibe los deberes fraternales, pero es incapaz de abrirse a otros lazos para con un varón. En este sentido destacan que en todas sus palabras apenas hay una referencia a Hemón. En suma, le reprochan su unidimensionalidad³².

Partamos por la última de las críticas. Es cierto que en sus palabras no alude a su prometido (el único pasaje en que lo hace es atribuido por muchos editores a Ismena³³). Sin embargo, esto bien puede deberse a su deseo de no poner sobre hombros ajenos una carga que sólo ella está obligada a soportar. Estaría aplicando la misma lógica que utiliza cuando le dice a su hermana que, puesto que no va a colaborar, se abstenga de toda intervención en este asunto. Basta ya con la muerte propia. La historia conoce muchos casos semejantes, como el de Moro, que se niega a revelar a sus familiares y amigos las razones por las que no suscribe el Acta de supremacía, y las del propio Cristo en el Huerto de los Olivos, cuando dice a sus captores que, puesto que lo buscaban a él, corresponde que dejen ir libres a sus discípulos.

³¹Cfr. G. Steiner, *Antígonas*, 145-7.

³²Cfr. M. C. Nussbaum, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*. Visor. Madrid. 1995 (Cambridge University Press. Cambridge. 1985, trad. A. Ballesteros), 105 ss.

³³Cfr. 572: “¡Hemón queridísimo! ¡Cuánto te deshonra tu padre!”.

Pero hay también otras razones que llevan a pensar que es injusta la acusación que se hace a Antígona, en orden a no estar abierta a las exigencias del corazón. Cuando Antígona va llorando a la muerte, lo que lamenta no es la muerte misma, sino el ir a ella sin haber conocido el lecho nupcial y sin dejar descendencia. Lloro por ir a la tumba virgen, sin bodas y sin conocer la maternidad³⁴.

Lo dicho nos da pistas también para desechar algunas de las otras críticas. No parece ser arrogante quien va entre lágrimas a cumplir su pena. Simplemente no ve otro camino posible sin traicionar a su conciencia. La flexibilidad es importante no sólo en política, sino en toda la vida moral de las personas. Pero la misma flexibilidad tiene límites, y bien cabe pensar que en este caso estamos ante uno de ellos. Tal como el cobarde considera que el valiente es temerario, es posible que también en las críticas a la actitud decidida de Antígona se esconda ya una mentalidad en la que todo es objeto de transacción, ya una en la que el supremo bien está determinado por los dictados de los poderosos.

La actuación de Antígona no es el fruto de una aplicación mecánica de ciertos imperativos abstractos. Ella mantiene los ojos abiertos para las exigencias divinas precisamente porque está movida por algo tan concreto como el amor a su hermano muerto. Por otra parte, la aceptación de las leyes no escritas es también un acto de piedad. Se trata de leyes que no hemos inventado nosotros, sino que hemos recibido de nuestros antepasados. Esas “ágrafas pero inmovibles leyes de los dioses”, dice, “no tienen vida por hoy y por ayer, sino por siempre, y nadie sabe de dónde han surgido”³⁵. Cuando reconocemos y cumplimos esas leyes, estamos dando testimonio de que somos parte de una historia, de una tradición. Seguir la tradición es cualquier cosa menos arrogancia. Por el contrario, es una señal de modestia y sensatez, que implica reconocer el valor y la racionalidad de lo que han hecho los demás (la tradición es la “democracia de los muertos”, decía Chesterton³⁶). Diversos estudiosos han señalado que, en la disputa entre Antígona y Creonte, el revolucionario es el monarca. Antígona, en cambio, representa la continuidad, la historia.

Al invocar estas leyes no escritas, cuyo origen es inmemorial, Antígona está reconociendo que hay en el mundo humano un orden que no está puesto por el hombre, aunque esté a su alcance el transgredirlo³⁷. La idea de un orden moral cuyo valor no depende del poder o el consenso vigentes es uno de los elementos fundamentales de lo que Berlin ha llamado la

³⁴Cfr. vv. 867, 876, 917-8.

³⁵Vv. 454 ss.

³⁶G. K. Chesterton, *Ortodoxia*. Editorial Gabriela Mistral. Santiago de Chile. 1975, 70.

³⁷Para el tema de las leyes no escritas, resulta ilustrativo: L. Pinkler, “El problema de la ley en la ‘Antígona’ de Sófocles”, en: *Persona y Derecho* 39 (1998), 165-171.

Tradición Central de Occidente³⁸. Otras convicciones que forman el núcleo de esta Tradición son: el reconocimiento de la existencia de la divinidad, la afirmación de la libertad del hombre y la creencia en la inmortalidad del alma. Si esto es así, estamos entonces en condiciones de señalar que *Antígona* de Sófocles constituye uno de los momentos fundacionales de la herencia moral de Occidente. Y aunque hoy son muchos los que la someten a crítica, no somos menos los que nos sentimos tributarios de ella y, por tanto, muy agradecidos de Sófocles. Por otra parte, el análisis de los personajes de esta tragedia nos muestra las muy variadas formas de ser humanos; el percibir los conflictos en que se debate cada uno de ellos, nos lleva a ser comprensivos, y el conocer el valor de esa mujer nos hace conscientes de la extraordinaria fuerza que en algunos momentos llega a tener la debilidad.

COMENTARIO

A propósito de una interpretación de la Antígona de Sófocles
Paul-Ludwig Weinacht (Würzburg)^{39*}

Recientemente se ha publicado un interesante artículo sobre la figura dramática de la *Antígona* de Sófocles (J. García-Huidobro, "Archetypen menschlichen Verhaltens im Angesicht der Macht - was uns *Antigone* lehrt", en: Th. Goll, Th. Leuerer, T. Mayer, H. G. Merz (Hrsg.), *Staat und Politik. Beiträge aus Politischer Wissenschaft und Politischer Bildung. Festschrift für Paul-Ludwig Weinacht zum 65. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2003, 120-129). Lo he leído con auténtica admiración. Especialmente fructífera es la atención que allí se presta no sólo a las figuras principales de Antígona y Creonte, sino también a los personajes secundarios, cuya relevancia ética y antropológica es destacada especialmente. En el caso de Creonte, el autor recurre a ciertas temáticas desarrolladas por Max Weber para ilustrarlo. Debo decir, en todo caso, que esta visión del mundo –trágica y heroica– ha perdido actualidad en Alemania. Ningún político actual quiere ser analizado con las categorías weberianas. En todo caso, la posición de Weber permanece inalterada y resulta perfectamente compatible con los análisis de García-Huidobro. En efecto, Weber no tendría dificultad en conceder que no es posible contar con un utilitarismo (o consecuencialismo) sin disponer a la vez de una medida para evaluar las consecuencias, sean positivas o negativas. La cuestión es quién fija esa medida: para Weber esa es tarea del hombre de Estado. Él es también quien decide qué efectos secundarios deben ser considerados y cuáles no. Como la racionalidad es ilimitada y puede permanecer eternamente

³⁸Cfr. R. P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Clarendon Press. Oxford. 1993, 19, nota 2.

^{39*}Esta nota forma parte del proyecto de cooperación internacional número 7010182, financiado por Fondecyt (Chile). Se basa en una primera versión del trabajo del profesor García-Huidobro, publicada en alemán.

indecisa en la ponderación de las consecuencias buenas y malas, requiere de los límites que le ponen el poder y la voluntad.

También concedería Weber el hecho de que uno no está en condiciones de fijar exactamente los riesgos futuros, pero ésta es para él una característica fundamental de una ética de la responsabilidad. Una ética tal no tolera excusas o explicaciones del tipo “yo no pretendía exactamente eso”. El político que falla en sus cálculos debe responder de su error, igual si es un gobernante elegido por el pueblo o si su origen tiene otra fuente, como es el caso de Creonte. Él debe responder ya sea con su calidad de vida, con su cargo o incluso –en el caso extremo– con su vida y la de su familia. En la historia universal –por ejemplo, más adelante, en Roma– hay suficientes ejemplos para la figura de Creonte, que tiene mucho más de gobernante que de padre. La preocupación por la disciplina política y militar no debe detenerse ni siquiera ante la propia carne y sangre.

Con todo, Max Weber no era sólo un nietzscheano trágico-heroico, o, como entretanto ha señalado W. Hennis, un simpatizante de Tucídides (cfr. el diálogo de Melos). Él era de la opinión de que bien se podía (y debía) instituir una conexión entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. Esta conexión se da precisamente en la necesidad de valorar el bien de la patria. En efecto, antes se dijo que la racionalidad adquiriría sus perfiles mediante la decisión de la voluntad. Ahora, sin embargo, debe ser complementada y adquirir un contenido a través del bien del país. Este bien común debe ser entendido racionalmente, lo que hace necesarios los principios morales. Esto, como puede verse, calza perfectamente con la idea de una ética de la convicción.

En ningún caso niega Weber la irrenunciabilidad de esos principios, sólo que no basta con aludir a ellos: hay que estar en condiciones de responder por las decisiones que se tomen. Es más, la elección misma de determinados principios en vez de otros está sujeta a la responsabilidad. Por tanto, se deben buscar principios que tengan que ver con el bien de la patria (aquí entra de nuevo la noción de responsabilidad) y no cualesquiera principios abstractos.

El bien de la patria se debe determinar en la situación concreta, teniendo en cuenta las amenazas que experimenta, tanto internas como externas. La amenaza interna más relevante está dada por la carencia de alma que cabe observar en el proceso de burocratización de la sociedad. En cambio, el peligro externo está dado por el imperialismo, que en la opinión de Weber constituía en esa época una amenaza respecto del naciente Estado alemán. La necesaria autoafirmación de este nuevo Estado incluía tres tipos de bienes morales.

En primer lugar, cabe señalar la persistencia cultural. La obra entera de Weber muestra un especial interés por la cuestión de la identidad de la nación alemana. En segundo lugar, se requiere capacidad de innovación. Ella es una parte del bien del Estado y para conseguirla no bastan los técnicos. Sólo así se consigue el tercer elemento, a saber, el hecho de contar con una política de tal naturaleza que en ella puedan formarse caracteres valiosos, capaces de hacer frente a la masificación. ¿Qué son caracteres valiosos? Un carácter político valioso es el de alguien capaz de superar los más grandes obstáculos con pasión, pero al mismo tiempo con perseverancia y mesura. En el caso del científico, debe ser capaz de abstenerse de poner sus opiniones en el lugar de los hechos, debe ser intelectualmente sincero, o sea, ser capaz de callar sobre lo que no sabe.

En términos generales, coincido con la interpretación de Creonte que hace García-Huidobro. En efecto, la relación del monarca con Antígona y los perso-

najes secundarios nos lleva a reconocer los límites de la actitud del poderoso, si bien es dudoso en qué medida él mismo haya sido consciente de los mismos. Esos límites son dos: de una parte, la forma en que él lleva a cabo un principio político (o sea, su sordera frente a los consejos que recibe); de otra, los otros bienes que resultan lesionados por su empeño por realizar el bien político (o sea, la violación del *nómos*).

La caracterización que se hace de Hemón en el texto que comentamos es magnífica. Da cuenta de la penetración psicológica del autor, como también de una actitud compasiva para enfrentar todo lo humano. También resulta ilustrativa la presentación del guardia, de Ismena y del coro, que forman una suerte de decorado que rodea a las grandes figuras que protagonizan la tragedia. Además, estos personajes en cierta forma son representativos de la existencia normal de la Grecia de entonces, es decir, la de aquellos hombres y mujeres que no son héroes. El autor advierte en Ismena una dosis de lo que llama "pensamiento plebeyo": o sea, que la aristocrática Ismena tiene algo de Sancho Panza. Se limita a ser comparsa y al final de la historia pretende presentarse como víctima.

La aparición de Tiresias, el famoso adivino, me lleva a hacer, si se me permite, un recuerdo personal. Estando aún en el Gimnasio, me correspondió desempeñar su papel en una representación escolar de Antígona. Aparecí entonces conducido por un lazarillo de 6 años, que me llevaba a donde debía ir. No puedo olvidar la figura de ese ciego vidente, que se presenta como un extraño entre los hombres. Me sentía como un profeta veterotestamentario, que siempre tiene la razón, aunque los demás no lo comprenden (o no quieren comprenderlo). Me sentí entonces grandioso y cómico al mismo tiempo. La interpretación de García-Huidobro me parece verdadera y su idea de que Tiresias representa el orden cósmico es muy acertada. El muerto no pertenece a los dioses olímpicos y tampoco debe ser utilizado como un medio de advertencia para el resto de la comunidad, es decir, como escarmiento para los vivos. Él es la legítima pertenencia de los dioses del reino de los muertos. Y precisamente ese *nómos* es quebrantado por el gobernante, que a diferencia de los héroes germánicos no podrá entonces alcanzar el descanso eterno en el Walhalla, sino que recibirá su castigo en el reino de Hades. También sobre esto reflexionó Max Weber, teniendo a la vista el caso de la excomunión papal y la praxis de exclusión de la Iglesia: lo propio de quien sigue la ética de la responsabilidad es que debe ser capaz de preferir el bien del Estado a la propia salvación del alma.

Me parece particularmente acertado el recurso del autor en orden a dibujar el carácter de Antígona contrastando diversas interpretaciones divergentes que se han hecho a propósito de su figura. Especialmente convincente es el paralelo que establece con determinadas categorías aristotélicas. Así, "tal como el cobarde considera que el valiente es temerario, es posible que también en las críticas a la actitud decidida de Antígona se esconda ya una mentalidad en la que todo es objeto de transacción, ya una en la que el supremo bien está determinado por los dictados de los poderosos" (*op. cit.*, 128). Antígona da testimonio de la ley moral de Occidente, que tiene un fundamento religioso y no es un mero fenómeno de carácter superestructural. Esto nos da derecho a venerarla como mártir de esa verdad, si es que somos suficientemente fuertes como para enfrentarnos con ella. En este sentido, no estaría mal oír las advertencias que al respecto nos hace el coro.

(Traducción del alemán: Joaquín García-Huidobro).

PASIÓN, VIRTUD Y AMOR AL BIEN. Acerca de la esencia de la virtud y de su relación con el amor rectamente ordenado

*Patricia Astorquiza Fierro**

SUMARIO: Introducción: Planteamiento de la cuestión. 1. ¿Puede identificarse la virtud moral con el amor recto en la doctrina de Santo Tomás? 2. Respuesta a la cuestión: Identidad entre amor habitual y hábito. 3 Respuesta a las objeciones contra la identificación de la virtud moral con un amor habitual. Conclusión.

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Pertenece al sentir común y también a las verdades perennes de la filosofía que la mera ‘acción exterior’ no constituye verdadera virtud, ni siquiera en el caso de existir un real y efectivo sometimiento de las pasiones a las decisiones del sujeto. Si doy limosna (aunque sea grande y continuamente) por ser visto, o si me abstengo de hacer daño únicamente por temor al castigo o por alcanzar algún objetivo interesado, no hay acto de virtud¹.

¿Por qué esto es así? La respuesta general será: porque falta el amor rectamente ordenado por la razón o por la regla divina.

Ya lo sostenía San Pablo: “Si repartiera todos mis bienes y entregara mi cuerpo a las llamas, si no tengo amor, de nada me sirve”²; y lo siguió afirmando San Agustín de Hipona: toda virtud es amor a Dios³.

¿Y Santo Tomás?, ¿qué nos diría? También él establece una estrecha relación entre el amor recto y la virtud, como veremos; pero este amor recto ¿qué es exactamente?, ¿una pasión, un acto de la voluntad?; ¿qué relación precisa tiene con la virtud?

Nosotros sostenemos que, en la mente del Angélico, la virtud moral es, en su raíz, un **cierto amor habitual al bien según la regla de la razón o según la medida de Dios**; y que faltando este amor no hay virtud ver-

*Doctora en Filosofía por la Universidad de Barcelona. Coordinadora de docencia del Centro de Estudios Tomistas de la Universidad Santo Tomás.

¹Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro 2, c.4, 1105a31.

²1, Cor. 13, 3.

³*De Moribus Ecclesiae*, cap. 15 N.25. Cfr. De Civ. Dei., XIV, c.6; ML 41, 409.

dadera porque el elemento principal y nuclear de la virtud no es tanto el sometimiento de la pasión, sino el amor recto hacia el bien presentado por la razón y la regla divina.

Intentaremos exponer sucintamente lo que hemos encontrado en la lectura de las obras del Aquinate y de qué manera hemos concluido la tesis arriba expuesta.

Para mayor orden y claridad, vamos a desarrollar nuestra exposición al modo de un artículo de una cuestión disputada: primero argumentos a favor, luego argumentos en contra, una solución general y respuesta a las objeciones.

1. ¿PUEDE IDENTIFICARSE LA VIRTUD MORAL CON EL AMOR RECTO EN LA DOCTRINA DE SANTO TOMÁS?

Parece que sí:

1. Porque la Caridad es una virtud, y no obstante Santo Tomás mismo la define como amistad (amor recíproco) entre Dios y la persona creada⁴. Si una virtud radicada en la voluntad puede identificarse con un cierto amor (aunque sea una virtud sobrenatural), nada impide que las demás virtudes morales, de orden natural, puedan identificarse también con algún amor de orden natural.
2. Además, Santo Tomás establece expresamente la estrecha unión entre amor y virtud, por ejemplo, cuando dice:

*“Como la virtud se ordena al bien, para cualquier virtud se requiere que de tal modo se relacione con el bien que obre bien, es decir, voluntaria, pronta, deleitable y también firmemente. Pero todas estas son condiciones de la operación virtuosa que no pueden convenir con ninguna operación, **si el agente no ama el bien en vistas del cual obra**, puesto que el amor es el principio de todas las afecciones de la voluntad. Lo amado es deseado cuando no se tiene, produce deleite cuando se tiene y las cosas que impiden que alcancemos el bien amado nos provocan tristeza. De manera que lo que se hace por amor, se hace firme, pronta y deleitablemente. Por tanto, **para la virtud se requiere el amor del bien al cual la virtud se dirige**”⁵.*

Parece que no:

1. Porque el amor es una *pasión* del apetito sensitivo o una *operación* de la voluntad⁶; en cambio, la virtud es hábito, es decir, una disposición

⁴Cfr. *Suma Teológica* 2-2, q.23, a.1

⁵*De Carit.*, q.un, a.2.

⁶Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.49, a.2.

de la potencia a la operación. No se puede reducir la virtud a un amor por la misma razón que no se puede reducir la disposición ni a pasión ni a operación⁷.

2. Además, todo hábito es una disposición *difícilmente mudable*⁸, mientras que el amor es momentáneo, especialmente el amor sensitivo, que *cambia con facilidad*; así vemos, por ejemplo, que, en un día determinado, una persona nos puede resultar muy simpática y, al día siguiente, muy desagradable.

2. RESPUESTA A LA CUESTIÓN: IDENTIDAD ENTRE AMOR HABITUAL Y HÁBITO

El Doctor Angélico entiende la virtud moral como *hábito apetitivo bueno*, es decir, la *disposición adquirida y estable del apetito que le inclina a elegir el verdadero bien y de la manera debida*⁹.

El amor, por su parte, es *el principio del movimiento que tiende al fin amado, es la primera respuesta del apetito frente a lo que el sujeto reconoce como bueno*¹⁰. No tiene en sí mismo el carácter de disposición, sino más bien de movimiento u operación del apetito¹¹; por ello parece no corresponderle al amor, en su esencia, el carácter de estable o permanente. Además, como el amor puede referirse a un bien verdadero o a un bien aparente (hay verdadero amor a bienes aparentes) no puede decirse que todo amor sea moralmente bueno.

Sin embargo, entre el amor y el hábito, entre el amor recto y la virtud existen muchas coincidencias dignas de analizar. Me ha parecido que la manera más clara de buscar una respuesta consiste en comparar ambas realidades en sus causas (formal, material, eficiente y final) y en sus efectos.

2.1. AMOR Y HÁBITO APETITIVO SE ASEMEJAN SEGÚN LA CAUSA FORMAL Y SEGÚN LA CAUSA MATERIAL:

- a) Con respecto a la causa material o sujeto en que radican el amor y el hábito moral: ambos radican en los apetitos de la persona, tanto en el superior como en los inferiores. Me parece que en este punto no es necesario abundar, porque es doctrina bastante conocida¹².
- b) Con respecto a la causa formal: ambos radican en el apetito 'a modo de cierta forma sobreañadida'.

⁷Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.59, a.1 in c.

⁸Cfr. *De Virt. in com.*, a.1, ad 3um; *Summa Theol.*, 1-2, q.49, a.2, ad 3um

⁹Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.38, a.3; *ibid.*, q. 55, a.1.

¹⁰Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.26, a.1, c.

¹¹Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.26, a.2, ad 3um.

¹²Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q. 27, a.1, q.58, a.1 c; *De Virt. in com.*, a.4 y a.5, entre otros.

Respecto al hábito afirma Santo Tomás que: *“Esta inclinación sobreañadida es como una cierta forma que tiende como por naturaleza hacia una sola cosa”*¹³. Y también *“estas potencias (rationales) se perfeccionan para obrar por algo sobreañadido, que no se encuentra en ellas únicamente como una pasión, sino más bien al modo como la forma que descansa y permanece en el sujeto”*¹⁴.

¿En qué consiste propiamente esta forma que es el hábito? En una *disposición interior y estable* del sujeto que lo lleva a ser y a obrar de una determinada manera: *“El hábito importa cierta disposición en orden a la naturaleza de la cosa y a la operación de la misma, en virtud de lo cual algo resulta bien o mal dispuesto para ello”*¹⁵.

Pero el Angélico compara también el amor con una cierta información del apetito.

*“Cuando el afecto o apetito está totalmente imbuido en la forma del bien que es su objeto, se complace en aquél y se le adhiere como fijo en éste mismo, y entonces se dice que lo ama”*¹⁶.

En la *Suma Teológica*, también compara el amor con cierta ‘información’ o inmutación del apetito: *“La primera inmutación del apetito por el objeto apetecible se llama amor”*¹⁷ ¿En qué consiste esta forma del apetito? *“La aptitud o proporción del apetito al bien es el amor”*¹⁸.

2.2. AMOR Y HÁBITO APETITIVO SE ASEMEJAN EN LA ORDENACIÓN AL FIN (CAUSA FINAL)

El amor por definición se refiere al bien como *fin*. Dice Tomás: *“El bien amado es fin; y el fin es principio respecto a las operaciones así como los primeros principios respecto a lo cognoscible”*¹⁹.

Por su parte, el hábito operativo también determina al apetito respecto del fin: *“Para aquel que posee un hábito es amable per se aquello que le es conveniente conforme a su propio hábito, porque aquello se le ha hecho connatural, en cuanto la costumbre y el hábito se transforman en naturaleza”*²⁰. De aquí que *“el juicio por el que alguien juzga que algo es un bien en sí y enteramente (es decir, como fin concreto de su obrar), proviene de la inclinación del hábito”*²¹. Y así *“al virtuoso le parece apete-*

¹³De Virt. in com., q.1, art. 9, c. Cfr. Summa Theol., 1-2, q. 51, a.2 c.

¹⁴De Virt. in com, a.1 c.

¹⁵Summa Theol., 1-2, q. 49, a.4.

¹⁶In III Sent., d. 27, q. 1, a.1.

¹⁷Summa Theol., 1-2, q. 26, a.2, c.

¹⁸Summa Theol., 1-2, q. 25, a.2.

¹⁹In III Sent., d. 27, q. 1 a.1; a.3; Summa Theol., 1-2, q. 28, a.6.

²⁰Summa Theol., 1-2, q.78, a.2.

²¹In III Ethic., lect. XIII, n. 343.

cible, en cuanto fin, el bien que es conforme a la virtud, también al vicioso le parece apetecible lo que pertenece a ese vicio”²².

En definitiva, tanto el amor como el hábito ordenan al sujeto directamente al fin, y no simplemente al fin en abstracto, sino en concreto; y refieren al fin de la misma manera: informando el apetito.

Existe, sin embargo, una diferencia en este punto: el hábito influye de tal modo en el juicio del sujeto que le hace captar que una cosa u acción es buena ‘de manera absoluta’: siempre y en todo momento, enteramente y en sí misma; en cambio, el amor (como pasión) lleva a juzgar que algo es bueno sólo para este momento. En otras palabras, el hábito nos dispone respecto al fin ‘último’, mientras que el amor pasión nos presenta algo como fin ‘momentáneo’ y ‘parcial’, no necesariamente último: *“El apetito se inclina hacia algo de dos modos: de uno, según la pasión del alma y de otro, según el hábito; por la pasión resulta que algo se juzga bueno para este instante (...); pero el juicio por el cual uno juzga que algo es bueno de suyo y totalmente proviene del hábito”*²³.

2.3. AMOR Y HÁBITO SE ASEMEJAN TAMBIÉN EN LA GENERACIÓN POR INFORMACIÓN DEL APETITO

La adquisición del hábito apetitivo es un proceso: el hábito se engendra en la medida en que la inclinación del principio activo superior ‘penetra’ y ‘se establece’ en el apetito inferior; de esta manera, lo que es el fin natural del principio superior pasa a ser también fin casi-natural del principio inferior.

Esto se ve, por ejemplo, cuando Santo Tomás describe el modo de generación de la virtud moral: *“Como la potencia apetitiva está dispuesta hacia varias cosas, no tiende a una de ellas a no ser que sea determinada por la razón. Por tanto, como la razón frecuentemente inclina a la potencia apetitiva hacia una sola cosa, se crea cierta firme disposición en la potencia apetitiva por la razón”*²⁴.

Los apetitos irán determinando su inclinación hacia los bienes propios de la razón en la medida en que actúen guiados por la razón misma; porque en esa medida, se imprimirá en el apetito la forma del principio activo y, junto con ella, la correspondiente inclinación²⁵.

También el proceso de generación del amor se describe como un modo de ‘información’ del apetito. *“El afecto es informado y determinado por el amor, así como el intelecto por los principios y las esencias”*²⁶.

²²De Virt. Card., a.2 in c.

²³In III Ethic., lec.13, n. 343.

²⁴De Virt. in com., q.1, art. 9, c. Cfr. Summa Theol., 1-2, q.51, a.2 c.

²⁵Cfr. De Virt. in com., q.1, art. 8 c.

²⁶In III Sent., d.27 q.1 a.3.

¿Cuál es el agente que genera el amor en el apetito? El bien proporcionado al sujeto y conocido por éste. Santo Tomás es preciso en este punto: ningún ente puede producir el amor del apetito sino en cuanto es bien *proporcionado o semejante* al apetito del sujeto²⁷. *“La raíz del amor, hablando con propiedad, es la semejanza del amado al amante, porque (lo amado) es bueno y conveniente para él”*²⁸.

La principal diferencia entre la ‘información’ propia del hábito y aquella que es propia del amor estriba en que el agente que genera el hábito son las potencias superiores, por cuya actividad se imprime una nueva formalidad en las inferiores²⁹. En cambio, el agente que genera el amor es el bien reconocido como *proporcionado*, ya sea por los sentidos, ya sea por la razón.

Quiero detenerme en este aspecto: el bien produce el amor en el sujeto, pero en tanto y en cuanto el bien esté *proporcionado* al sujeto mismo. Esa proporción puede ser ‘natural’ (causa de un amor natural), pero también puede ser una ‘proporción adquirida’. ¿Adquirida cómo? Como una ‘semejanza momentánea’ debida a una pasión precedente (por ejemplo, cuando estamos alegres nos parece amable y simpático todo aquel que también está alegre, aunque en otro estado de ánimo su alegría nos parecerá un insulto); o se trata de una ‘proporción adquirida’ al modo de una disposición estable, es decir, a modo de un hábito³⁰.

De manera que una primera y clarísima relación entre hábito y amor es la siguiente: el hábito apetitivo es causa de actos de amor, porque es una disposición adquirida que hace que el sujeto quede ‘proporcionado’ respecto a determinados bienes.

Pero podemos dar un paso más: ¿qué forma es la que imprimen las potencias superiores en los apetitos? La de su propia inclinación.

“La inclinación de la voluntad es cierto principio activo de todas las disposiciones que se van adquiriendo mediante el ejercicio en la potencia apetitiva. Y es evidente que la misma voluntad es una potencia que en relación con las cosas que son conducentes al fin se puede disponer de una u otra manera, y por tanto es susceptible de una inclinación habitual con respecto a una u a otra. También el irascible y el concupiscible obedecen naturalmente a la razón, y por eso son susceptibles de virtud, que

²⁷Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.27, a.3; *In De Divin. Nom.*, IV, lec. 9. La semejanza es causa del amor sólo en cuanto es semejanza según *alguna perfección* del ente, puesto que sólo el bien (cuyo fundamento está en el ‘acto de ser’) puede atraer hacia sí como fin. Cfr. *De Verit.*, q.22, a.1 ad 4.

²⁸*In III Sent.*, d.27, q.1, a.1 ad3. Cfr. *De Verit.*, q.22, a.1 ad 3.

²⁹Para ser precisos, debe decirse que las potencias superiores son los agentes propios del hábito virtuoso; en el caso del vicio parece que sucede lo contrario: la voluntad se deja llevar por los apetitos inferiores.

³⁰Cfr. *Summa Theol.*, 1, q.83, a.1, ad 5um.

se va perfeccionando en ellos en la medida en que las dispone a seguir el bien de la razón”³¹.

Pero imprimir un modo de inclinarse, ¿no es acaso imprimir un cierto amor?, ¿qué es el amor sino una inclinación del apetito y principio de inclinación³²?

2.4. EN LOS EFECTOS: EL MODO DE OPERAR

En cuanto a los efectos del amor y del hábito ya está dicho: ambos permiten que la persona realice las acciones correspondientes con deleite, prontitud y firmeza. Santo Tomás sostiene que esto no se puede realizar sin suponer un cierto amor.

Conocemos una forma a partir de su modo de obrar; ahora bien, si amor recto y virtud producen exactamente el mismo efecto, en el mismo sujeto, ¿qué impide que se identifiquen esencialmente uno con el otro?

Recapitemos brevemente: tanto el amor como el hábito moral inhiere en los apetitos al modo de cierta forma que produce una inclinación en el sujeto, ordenando a éste hacia un determinado bien como hacia el fin de su acción. De ahí que tanto el amor como el hábito se constituyan como principios de la acción del sujeto, haciendo que tal sujeto realice las obras que le son propias ‘con deleite y prontitud’.

Pero amor y hábito se diferencian (como se ha notado desde el comienzo) en que el hábito ordena respecto del fin último concreto de manera permanente, puesto que es una *disposición estable*; mientras que el amor no siempre ordena hacia un fin último permanente, sino que a veces su influencia es puntual, momentánea, puesto que *el amor constituye un movimiento de los apetitos sensitivos o un acto de la voluntad*.

Otra diferencia es que el agente directo del amor es el bien reconocido como semejante y proporcionado al sujeto; en cambio, el agente directo del hábito son las potencias superiores en la medida en que actúan sobre las inferiores.

En definitiva, a pesar de las clarísimas semejanzas entre ambos, ¿puede identificarse el amor recto y la virtud, si el primero es operación y la segunda hábito?

Seguimos sosteniendo que sí. ¿La razón? Porque el mismo Santo Tomás reconoce que el amor es un movimiento u operación con características bastante particulares. En primer lugar, el Angélico compara el amor con cierto reposo: “*El amor implica cierto quietamiento del apetito*”³³.

³¹De Virt. in com, a.8, c.

³²Cfr. Summa Theol., 1-2, q.26, a.2.

³³In III Sent., d.27, q.1, a.1.

Como una cierta forma que reposa, el amor, aunque es acto segundo, parece ‘permanecer’ y ‘quedar’ en el sujeto: es un acto y un movimiento que deja su huella. Recordemos que el amor es una operación inmanente. Esto se ve claramente cuando Santo Tomás habla de los efectos propios del amor: *“Se dice que el amado está en el amante en cuanto mora en el pensamiento del amante, como se dice en Fil., 1, 7: porque os llevo en el corazón.(...) Y se dice que el amado está en el amante en cuanto está, por cierta complacencia, en su afecto”*³⁴.

El amor tiene una duración relativamente prolongada: no es un acontecimiento puntual: el ‘estar amando’ se puede prolongar por largo tiempo, años y toda la vida, dependiendo de las causas que provoquen ese amor.

La proporción que viene del amor y permanece, ¿no puede entenderse como ‘un amor a modo de hábito’? Y cuando ese amor es amor a un bien honesto: a una persona, a la justicia, a las acciones templadas y fuertes conforme a razón, a las grandes obras de bien, ¿no puede decirse que este ‘amor habitual’ es una virtud?

Añadamos a esto que el amor no sólo permanece en el sujeto, sino que lo transforma: *“El amor se llama formalmente virtud unitiva porque es la unión misma o nexo o transformación por la cual el amante se transforma en lo amado y en cierto modo se convierte en él mismo”*³⁵.

*“El amor es cierta coadaptación de la potencia apetitiva a un bien (...). De ahí que el hombre se perfeccione y mejore principalmente por el amor de Dios, y sufra daño y deterioro por el amor al pecado, según aquello de Oseas (9, 10): ‘se hicieron abominables como las cosas que amaron’*³⁶.

Encontramos una nueva relación entre el amor y el hábito: el hábito no sólo es causa de algunos actos de amor, sino que determinados actos de amor llegan a ser causa de ciertos hábitos, en la medida en que modifican al amante, en que ‘transforman’ las tendencias en orden a lo que se ama. El amor puede generar una nueva disposición en el afecto, una nueva proporción respecto a determinadas bienes; y por tanto, un hábito.

En realidad, si se mira a fondo, toda virtud tiene por causa necesariamente un amor. La voluntad posee ya su propio y recto amor natural³⁷; y es este amor el que puede mover al sujeto a esforzarse por adquirir la virtud que todavía no posee. La natural capacidad de la razón a reconocer la verdad y el orden natural de la voluntad a seguir el juicio de la razón son las ‘semillas de virtud’ que poseen los hombres³⁸. ¿Qué sucede, entonces, que no hay virtud? Que la inclinación propia de la razón (su

³⁴*Summa Theol.*, 1-2, q.28, a.2.

³⁵*In III Sent.*, d. 27, q.1 a.1 ad 2um.

³⁶*Summa Theol.*, 1-2, q.28, a.5, c.

³⁷Cfr. *De Carit.*, q.un, a.2 ; *Summa Theol.*, 1-2, q.63, a.1.

³⁸Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.63, a.1 c.

amor natural hacia la verdad) no ha penetrado ni transformado todavía plenamente a la voluntad; y la natural inclinación de la voluntad a seguir el juicio de la inteligencia (es decir, al amor natural de la voluntad), no ha impregnado ni dispuesto plenamente a los apetitos inferiores. Cuando esto llega a suceder, entonces la voluntad se hace justa y los apetitos sensitivos, templados y fuertes.

3 RESPUESTA A LAS OBJECIONES CONTRA LA IDENTIFICACIÓN DE LA VIRTUD MORAL CON UN AMOR HABITUAL

Intentaremos responder a las objeciones planteadas al comienzo de esta comunicación.

1. El amor no puede identificarse con una disposición, porque es o movimiento u operación del apetito.

Respuesta: Efectivamente, el amor en cuanto movimiento u operación de la potencia es acto segundo respecto de la misma potencia y de su hábito: acto primero y acto segundo no pueden identificarse.

A pesar de esto, ya hemos dicho que Santo Tomás no duda en identificar algunos amores con un cierto hábito: en concreto, la amistad y la caridad³⁹.

Y no sólo al hablar de la caridad y de la amistad encontramos esta 'mixtura' entre amor y hábito; al hablar de la justicia como virtud que radica en la voluntad, el Angélico afirma (en un pasaje citado más arriba) que: "*la misma voluntad es (...) susceptible de una inclinación habitual*"⁴⁰.

Para Santo Tomás, inclinación y amor son sinónimos o casi-sinónimos: porque la inclinación o es un amor (por ejemplo: el amor natural) o es la consecuencia inmediata del amor: el deseo que mueve a buscar lo amado.

Es verdad que el amor es una cierta *operación* del apetito, pero se trata de una operación inmanente y que, por tanto, *permanece* de algún modo en el sujeto. Sabemos que las operaciones cognoscitivas dejan su huella en el sujeto: el geómetra posee la ciencia de la geometría, aunque no siempre piense de manera actual en ella: el geómetra ya ha adqui-

³⁹En efecto, puede decirse que la amistad es virtud o acompañada de virtud, pero bajo un concepto distinto que la justicia (...). Sin embargo, puede decirse que no es virtud distinta, en sí misma, de las demás virtudes, pues no tiene razón de laudable y honesta sino es por su objeto, a saber, en cuanto éste se funda en la honestidad de la virtud". *Summa Theol.*, 2-2, q.23, a.3, ad 1um.

Nótese que Santo Tomás niega a la amistad la razón de virtud no porque ésta no pueda tener el carácter ontológico de hábito, sino porque no toda amistad tiene el carácter de 'laudable' y 'honesto'

⁴⁰*De Virt. in com.*, a.8 c.

rido y mantiene en sí mismo los principios estables e inmediatos de la geometría. ¿Por qué no decir lo mismo del amor? De hecho, lo decimos. Decimos que una persona está enamorada, aunque esté durmiendo y no esté pensando en nada, y decimos que Fulanito ama el fútbol, aunque ahora esté pensando en el examen del día siguiente y su más intenso sentimiento sea el miedo por las posibles calificaciones. El amor es una operación que, de algún modo, mantiene una presencia real, aunque no siempre esté plenamente actualizada. ¿Qué nos impide decir que se trata de una presencia *a modo de hábito*?

2. La segunda objeción alegaba sobre el carácter inestable del amor; pero ya se ha visto, de alguna manera el amor permanece en el sujeto. Y cuanto más estable son las causas de ese amor, tanto más permanece.

CONCLUSIÓN

Sostenemos, por tanto, que para la mente del Doctor Angélico (y en la realidad de las cosas) la virtud moral es la disposición adecuada y estable del apetito respecto al juicio de la razón recta, y que esta disposición no es otra cosa que un *amor recto por modo de hábito*.

¿Por qué no es virtuoso el que realiza actos de generosidad para ser visto por la gente? Porque no ama el bien de la virtud, no existe proporción entre su voluntad y el bien de la virtud. Lo mismo debe decirse en el caso del avaro 'fuerte': aunque enfrente todas las dificultades del mundo para enriquecerse, en realidad, no posee verdadera fortaleza porque con su voluntad no ama el bien de la virtud, sino el dinero.

Es cierto que no todo amor puede llamarse virtud, sino sólo aquella proporción o adecuación ordenada y estable de los apetitos del sujeto respecto de verdadero bien (es decir, del bien rectamente ordenado). Pero toda virtud es, en su raíz, un amor habitual rectamente ordenado. Las múltiples consecuencias que pueden extraerse de la doctrina aquí expuesta nos parecen extraordinariamente ricas, sobre todo en el ámbito de la formación de virtudes: si la virtud es un amor, formar virtudes es formar y fortalecer un amor en los apetitos del sujeto.

Sin embargo, no se debe razonar de igual manera respecto a todas las virtudes⁴¹, pues la identificación de virtud y amor recto es más plena y exacta en aquellas virtudes que radican de manera directa en la voluntad, a saber, la Justicia, la Caridad y la Esperanza. En cambio, la virtud en el apetito sensitivo, más que un amor hacia algún bien propio de la sensibilidad, parece ser *la disminución del amor a los bienes propiamente*

⁴¹Cfr. *Summa Theol.*, 1-2, q.59, a. 4, ad 4um.

sensibles, para que tales apetitos puedan ser gobernados e influenciados por la razón y la voluntad sin obstáculos⁴².

Dados los límites de esta comunicación, no nos es posible entrar a fundamentar con más detenimiento esta diferencia; pero quede propuesta la idea y la invitación a reflexionar sobre esta veta preciosa de la doctrina tomista.

BIBLIOGRAFÍA

- Corpus Thomisticum S. Thomae De Aquino, Opera Omnia*, recognovit ac instruxit Enrique Alarcón automato electronico Pampilonae ad Universitatis Studiorum Navarrensis aedes A. D. MMV. Disponible en <http://www.corpusthomicum.org/iopera.html>
- Sancti Thomae Aquinatis, Doctoris Angelici, Opera Omnia*. Iussu impensaue Leonis XIII, P.M. edita. Roma-Paris, 1884-1985. Editoriales: Typographia Polyglotta S.C. Propaganda fide; Librairie Philosophique J. Vrin; Commissio Leonina.
- S. Thomae De Aquino, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis Ad Nicomachum Expositio*. Taurini. Marietti. 1964.
- Thomae Aquinatis, *Scriptum Super Libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi*. Ed. P. Mandonnet, O.P. et M. Moos. Paris. Lethiilleux. 1929-1947, 4 vols.
- Santo Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Eunsa. Pamplona. 2000.
- Santo Tomás de Aquino, *De las Virtudes*. Universidad de los Andes. 1997. Santiago de Chile.
- Santo Tomás de Aquino, *Opúsculos y cuestiones selectas*. B.A.C. Edición bilingüe, dos volúmenes. Madrid. 2001.
- San Agustín de Hipona, *De Moribus Ecclesiae Catholicae et de Moribus Manichaeorum Libri Duo*. En *S. Aurelii Augustini OPERA OMNIA*, editio latina, PL 32, publicado por la revista electrónica *San Agustín*, disponible en: http://www.augustinus.it/spagnolo/index_lat.htm
- Royo Marín, Antonio. *Teología de la Perfección Cristiana*. B.A.C. Madrid. 2002.

⁴²“El bien del hombre se encuentra en las pasiones estando de tal modo dispuesto en relación a ellas que no se aparte del juicio de la razón debido al ímpetu de las mismas”. *De Virt. in com.*, q.1, a.12 in c.

“No se dice que la virtud esté en el irascible y en el concupiscible como si ellos diesen cuenta de todo el acto de la virtud o de su parte principal, sino en tanto que, por medio del hábito de la virtud, confieren al hábito virtuoso su última perfección, pues el irascible y el concupiscible seguirán sin dificultad el orden de la razón”. *De Virt. in com.*, a.4, ad 2um.

Advertimos que no se trata de anular o disminuir la pasión en sentido absoluto, sino hacia los bienes sensibles, de manera que esas energías del alma puedan ser orientadas hacia otros bienes superiores por el gobierno y redundancia de la voluntad. Cf. Royo Marín, A. *Teología de la Perfección Cristiana*, Purificación de las pasiones, punto 253.

LA FE, ¿ASUNTO PÚBLICO O PRIVADO?

Rafael Alvira*

En su bello y profundo “Ensayo sobre la vida privada”, Manuel García Morente distingue tres planos, de creciente intensidad, en esa vida. El primero es el de la *confianza*, que se da entre amigos; después viene el de la *confidencia*, propia de los que se aman; por último, comparece la *confesión*, que cada uno se hace a sí mismo en la soledad de su conciencia. Amistad, amor, amor propio (“de sí”) son, por tanto, las contrapartidas de confianza, confidencia y confesión. Y –se puede añadir– esperamos siempre bienes de los amigos; esperamos, aún más, todo lo mejor de la persona que amamos; pero, ¿podemos cifrar alguna esperanza verdadera en nosotros mismos?

Cuando Manuel García Morente, brillante profesor de filosofía de la Universidad madrileña en época republicana, compañero y amigo de Ortega y Gasset y de Zubiri, escribió este Ensayo, era todavía un pensador agnóstico, antes de su sonada conversión a la fe católica. Desgraciadamente, que yo sepa, no revisó ya más su escrito. Pienso que, si lo hubiera hecho, habría retocado este último punto –el relativo a la confesión– pues sin duda se habría dado cuenta de la insuficiencia con que lo había planteado.

Confianza, confidencia, confesión: siempre *fides*. Sólo desde esa raíz tan profunda surge –se puede dar a luz– la *palabra*, es decir, nace la comunicación, la comunión entre seres que actualizan su espíritu en esa generación de la palabra. Por eso la palabra que no surge de una verdadera afición científica, es superficial; la que no surge de la amistad es ambigua o falsa; la que no surge del amor no tiene suficiente profundidad. Pero del mero “amor propio” apenas obtenemos palabra alguna, salvo que seamos capaces de ir más allá y darnos cuenta de que sólo encontraremos nuestro yo yendo más allá de él.

Es decir, sin *fides* no hay sociedad ni desarrollo de la persona. Gracias a ella –a la *fides*– nos encontramos a nosotros mismos en el calor de la

*Profesor de Filosofía. Director del Instituto Empresa y Humanismo, de la Universidad de Navarra/España. Este texto corresponde a la conferencia que el Prof. Alvira dio en el Segundo Congreso Iberoamericano “Católicos y vida pública”, organizado por la Universidad Santo Tomás los días 8 y 9 de junio del 2006. Agradecemos a la Secretaría de ese Congreso la autorización para su publicación en *Ius Publicum*.

amistad y el amor, que es la esencia de la privacidad; y, con todo, al mismo tiempo es ella la condición imprescindible para que se dé lo público, la sociedad, la comunicación. Por eso, es más profundo y más *personal* el creernos, que el *yo creo*.

Público y Privado se implican mutuamente, porque nacen de una raíz común. Por eso, la crisis del privatismo es siempre, al mismo tiempo, crisis de lo público, y viceversa.

Esto no se percibe hoy con claridad porque el par público-privado ha sido sustituido por el par estatal-particular, cuyo fundamento es diferente, porque el puro Estado no es producto de ningún amor profundo, sino de un mecanismo de regulación y defensa; y lo meramente particular es más bien o lo no compartible o lo “íntimo”, cuya lejanía de lo verdaderamente privado se muestra en la facilidad con que las intimidades se venden a los medios de comunicación.

Lo estatal es en sí jurídicamente público y de todos, pero de hecho pertenece a los victoriosos de la política, no es tan público como parece. Y, a su vez, una esfera privada sin amor es un contrasentido; se trata en ese caso sólo de un *ámbito particular*.

* * *

Parece, pues, que la presente situación histórica deja fuera de juego, fuera de lugar, a la *fides*, en la medida misma en que la política y la economía se constituyen –desde el inicio de la época moderna– sobre la *desconfianza*. Y, con todo, ello no es posible. Nada real –y la *fides* es real– se puede hacer desaparecer: se puede sólo falsear.

O, desde otro punto de vista, parece que la modernidad cambió la fe por la razón. La segunda sustituiría a la primera. Pero eso no es posible, es una simple apariencia. En realidad, lo que se ha hecho es, como apunta Antonio Machado, sustituir la fe en Dios por la fe en la razón. No se puede prescindir de la fe, nadie puede lograrlo. La mera razón no es capaz de dar razón de sí misma suficientemente, y, por tanto, ella misma encuentra su “continuación” en la fe. Es esta última la que nos sostiene y nos orienta, la que nos permite vivir en último término.

De ahí que la clave principal de nuestra vida sea encontrar la fe adecuada. Tanto mejor sea ella, tanto mejor viviremos. Desde antiguo, el paradigma de la vida es la *juventud*. En ella se concentra y se expresa toda la fuerza del vivir.

Como dice Kierkegaard, “quien espera siempre lo mejor envejece con las decepciones, y quien aguarda siempre lo peor se gasta temprano; pero quien cree conserva una eterna juventud” (*Temor y temblor*. Elogio de Abraham). Vemos así que personas envejecidas en el cuerpo y en el espíritu, todavía luchan en su vejez por aquello en lo que todavía creen, aun que sea fanáticamente. Es eso lo que los mantiene en vida.

Con frecuencia, sin embargo, la fe pierde la medida de su vitalidad. El punto aquí no está en la *intensidad* –pues todo lo que está en plenitud de vida crece–, sino en el *modo adecuado*. Cuando la fe falla, porque aquel en quien se cree se descubre indigno de ello, porque lo creído no muestra suficientemente su verdad, o porque no está bien asentada en nuestro espíritu, entonces se hace *acomodaticia* o se crispa en *fanatismo*.

Interesante es aquí que tanto la acomodación como el fanatismo son actitudes a la vez interiores y exteriores, como lo es toda fe. Puede alguien disimular y eludir en lo posible pronunciarse sobre algo, pero esa actitud misma ya le delata, porque no hay vivir que no se exteriorice. Puede otro mostrar gran entusiasmo, pero si ese entusiasmo no resiste la prueba de la *constancia* y de la *producción de frutos* se verá que no hay verdadera fuerza *interior*.

La confianza, la fe, como cualquier otro tipo de saber, no se puede imponer desde fuera. Es contradictorio con su propia naturaleza. El saber verdadero es siempre de un sujeto –no “subjetivo” en el sentido de caprichoso–, y tan poco sabe el que repite una lección sin entenderla como el que confiesa de palabra una fe que no tiene. Sin interioridad no hay fe.

Pero, desde el punto de vista complementario, es imposible que alguien poseedor de un saber no lo exteriorice. Contradiría la unidad del ser humano. Puede que no lo haga conscientemente o que se resista a decir lo que sabe, por algún motivo. Pero para el buen observador, la vida misma de esa persona –en su gesto, en sus acciones, en sus respuestas, etc.– “traiciona” constantemente lo que lleva dentro.

* * *

Ante unas realidades tan incontrovertibles cabe preguntarse en qué sentido es posible la tesis moderna de que la religión es cuestión privada, y solo lo “estatal” debe ocupar el ámbito público. Esta tesis, tomada en toda su crudeza, constituye la base del laicismo, que hoy pugna de nuevo por imponerse plenamente.

El laicismo puede buscar su coherencia al menos de dos modos. Por un lado, puede sostener que sociedad y Estado son dos realidades diferentes. En la sociedad, cada uno podría exteriorizar su fe, pero el Estado sería obligadamente neutro. Esto, sin embargo, es imposible, pues el Estado es una estructura pensada y manejada por seres humanos; es una forma determinada, y ninguna forma es “neutra”, sino que tiene en su misma formalidad una inclinación, ante la cual las pasiones de sus regidores no pueden permanecer indiferentes.

Además, aquí la diferencia sociedad-Estado no está correctamente comprendida, pues el gobierno es una institución de la sociedad entre otras, y no está en un plano distinto al de la llamada sociedad civil. El

gobierno es una institución de la sociedad civil; sin embargo, el “Estado” pretende ser otra cosa diferente o bien sustituir a dicha sociedad.

Otra solución posible, en la búsqueda de la coherencia laicista, consiste en negar la diferencia estado-sociedad, pero mediante el procedimiento de convertir a la vez la forma política vigente en religión. Si no hay distinción Estado-Sociedad, el lugar de la expresión de la fe no puede ser otro que el mismo Estado. Pero el Estado no puede estar internamente dividido; por tanto, en el fondo para esta solución la religión civil del Estado es inevitable, aunque ello se desconozca o se quisiera esconder.

Nos encontramos ante dos variantes del radicalismo democrático, la primera en su forma liberal y la segunda en el modo socialista. La debilidad de la fórmula liberal se presenta hoy con toda su agudeza en la Unión Europea que, ante la ausencia de valores de su sistema, pretendidamente neutro, está literalmente a merced de cualquier fe que se presenta, por fanática o exótica que ella sea.

Menos débil la fórmula socialista, cuyo núcleo está en la sacralización del Estado, pero tiene el inconveniente de que nos conduce –como está claro y ha sido muchas veces señalado– al totalitarismo de hecho, aunque encubierto en la apariencia de unas libertades inesenciales y casi anecdóticas. La dogmatización comunitarista de la democracia, propia de los socialismos *populistas*, supone, por su parte, la instalación en el poder de una fe fanática en una unidad popular, fe meramente emocional y reactiva, cuyo futuro político es la parálisis.

La “neutralidad” del Estado expresa el deseo de algunos o todos los ciudadanos de dejar la “carga” de lo social en manos de ese organismo, para así poder dedicarse cada uno a su vida e interés particular. El problema es que ese planteamiento implica la falta de fe operativa en el carácter social del ser humano, es decir, en el carácter trascendente del hombre (pues si no hay trascendencia, carece de sentido cargar con la vida de los demás). La consecuencia ineludible de esa falta de fe –falta que viene sustituida por la fe de cada persona en sí misma– es la debilitación social y personal, pues hace falta ser muy optimista para tener verdaderamente fe en uno mismo.

Ello explica por qué el vaciamiento religioso del liberalismo extremo empuja a la mayoría hacia la fe en el Estado. No se puede vivir sin fe, la fe es la raíz de nuestro vivir, y ante el vértigo y la angustia de tener que creer en un desconocido –pues, con pocas excepciones, cada uno es un profundo desconocido para sí mismo– es una solución asequible el creer en el Estado, fe aún más fácil si este se presenta en forma cálida populista. Para el pensamiento moderno, como muy bien supo ver Hegel, el Estado es el Dios objetivo en este mundo.

Ninguna de las dos fórmulas, por tanto, da resultado, y menos aún el intento de lograr una intermedia. Esto último ya se ha ensayado varias veces y, de la forma más poderosa, en el llamado Estado providencia de

la Segunda Postguerra europea: un porcentaje de libertad y otro de Estado, convenientemente mezclados. La intención es buena y los resultados aparentes también. El problema está en que la fe se enerva al máximo, queda adormecida, con una capacidad casi infinita de acomodación en lo profundo y una incapacidad progresiva de acoplamiento en lo exterior.

* * *

Es decir, justo lo contrario de lo que pide la naturaleza de las cosas. El que se acomoda en lo profundo no tiene vigor ni personalidad propia alguna, es un “mero individuo”; el que no se acopla en lo exterior es un “niño mimado” intransigente, que impide cualquier forma social agradable de vida.

Esta es la imagen del hombre más común hoy. Podemos comprobar con cuánta dificultad se cede en cuestiones superficiales y con cuánta facilidad en las profundas. El cambio de nombre de una calle puede suscitar un levantamiento popular, mientras que la transformación del concepto de matrimonio deja indiferente a la mayoría. Pero, una vez más, no hay que dejarse engañar: nadie puede vivir sin *fides*. Ahora la fe se pone en el Estado, en el progreso futuro o en el vacío de la existencia. Hay personas, en efecto, que deciden “vivir al día”, en el pragmatismo existencial, “confiadas” en que ese vacío hace irrelevantes sus acciones desde el punto de vista de la trascendencia. Pero no podemos olvidar que no lo saben: nadie sabe con seguridad que la vida no vale nada. Ellos lo creen, es su fe.

Un misterio de la realidad, y sobre todo de la realidad humana, consiste en que cada acción que llevamos a cabo es –en sentido amplio– una cierta creación. No estaba y ahora está. Como apostilla Nietzsche: “vuestro querer es crear”. Por eso siempre son creadores de empresas, organizaciones, instituciones, los que creen en ellas. Por eso, el que cree en Dios, de modo misterioso ayuda a “crear” a Dios en su alma; y por eso el que cree en la nada se autoanula.

Lo que importa subrayar aquí es que ninguno de esos “actos de fe” tienen sentido sin su raíz interior, ni existen tampoco sin su manifestación exterior. Es inútil jugar con la idea contraria. Cualquier esfuerzo por enerrar la fe en la pura particularidad o en el mero privatismo no es que sea ilegítimo, es que es imposible. Lo que puede ser ilegítimo es el trato que por parte de los “poderes públicos” se da a la fe de cada persona.

* * *

Ahora bien, eso nos conduce a otro tema. Cada realidad tiene un poder propio, *natural*. Lo privado, una vez instalados en ello, nos concede todo su ser; y lo mismo lo público. Pero también hay poderes “*violentos*”, que

pueden ser de dos tipos: aquellos que buscan *perfeccionar lo natural*—como cuando se opera a una persona para rectificarle un defecto orgánico— o los que *fuerzan la naturaleza*.

Todo lo que entendemos por *poderes* en la vida de la sociedad se ejercitan de alguno de esos dos modos violentos. Por eso, desde antiguo el arte de la política ha sido comparado con el arte médica. Y lo mismo se puede decir del arte educativa.

En relación con el tema que nos ocupa, el gobernante debe, en principio, ayudar a que cada persona despliegue armónicamente, perfeccione, la fe que profesa. Lo contrario parece un atropello, no se le ve justificación posible alguna. Con todo, aquí nos enfrentamos a un problema tan antiguo como la humanidad. El problema procede de que para vivir humanamente necesitamos a los otros, pero para poder convivir con ellos hemos de tenerles confianza, y no hay confianza sin una cierta unidad de ideas y sin unidad de voluntades.

El gobernante es legítimo cuando garantiza con su acción de gobierno el que se respeten los fundamentos sobre los que se apoya la confianza entre los miembros de una sociedad, y cuando fomenta adecuadamente su desarrollo. El problema está en saber bien cuáles son esos fundamentos, algo en tiempos pasados relativamente fácil, pero en tiempos modernos y, sobre todo, en los progresivamente multiculturales y globales, cada vez más difícil.

Volvamos por un momento al comienzo de esta exposición. Se mencionaban los tres planos de la *fides*: confianza en la amistad, confidencia en el amor, confesión en el “amor de sí”. Son niveles de creciente intensidad y, por tanto, vemos una interioridad y una exterioridad más fuertes en el amor que en la amistad, y en el amor a Dios que en el amor de sí mismo. Para construir la sociedad llamada Iglesia hace falta el amor de Dios, la fe en plena confesión, la confianza más absoluta; para construir la sociedad llamada matrimonio hace falta el amor verdadero al cónyuge, la confidencia con él; para construir la sociedad civil hace falta una amistad fundamental, sin la cual no hay confianza posible: es esa amistad y esa confianza las que crean las *instituciones*, las cuales encarnan socialmente lo propio de la amistad, a saber, la *constancia de la voluntad*.

No hay verdadera sociedad civil sin instituciones sólidas, vitales, verdaderas. Las instituciones no se pueden crear “desde fuera”, desde el Estado. La función de éste es sólo protegerlas y fomentarlas. Estamos hoy tan lejos de esta normalidad, que más bien se ve normal, en el mejor de los casos, que el Estado “cree” sociedad civil.

Dos de los más grandes tratadistas de la política, uno antiguo y otro reciente—Aristóteles y Carl Schmitt— dicen algo muy parecido con respecto a ella, aunque suene diferente. Aristóteles sostiene, en la *Ética Nicomaquea*, que la base principal e imprescindible para que se dé la unidad política y sea posible—por consiguiente— un gobierno normal, es la “amistad” entre

los ciudadanos. Carl Schmitt, por su parte, afirma que la principal tarea del gobernante es distinguir con claridad quién es el “enemigo”.

Aristóteles no pretende que todos los ciudadanos sean “íntimos amigos”. Sabe bien que eso no es posible. Afirma, simplemente, que sin una actitud básica de amistad, no es posible organizar una unidad política duradera en un grupo de población.

Carl Schmitt, por su parte, no pretende la declaración de guerra contra todo enemigo que se presente. Distingue con claridad entre *inimicus* y *hostis*. El *inimicus* es el enemigo personal, por alguna razón que ha atizado el odio. Schmitt no considera que esto sea directamente un tema político. El se refiere al *hostis*, al *adversario meramente político*, que puede además ser *inimicus* o no. El autor alemán tiene buen cuidado en afirmar que Jesucristo ordenó amar al *inimicus*, pero nada dijo acerca del *hostis*. Es decir, lo que Schmitt subraya es que si no sabes diferenciar quién es la persona confiable para la convivencia política (el “amigo” aristotélico) y quién no, no puedes gobernar adecuadamente.

Lo que se obtiene, entonces, de ambos autores, es que la guerra es una posibilidad siempre abierta en política, pues siempre hay ámbitos políticos extraños al propio. Que haya diferentes unidades políticas tiene la ventaja de permitir la libertad a cada individuo de abandonar un ámbito político que le desagrade. Mantener la posibilidad de la guerra es por tanto en ese sentido lo mismo que mantener la posibilidad de la libertad individual.

Por el contrario, el *pacifismo* es antipolítico, y suspende *de facto* la libertad individual de los ciudadanos. El pacifismo o bien prefiere la paz a la amistad –al anular los grupos diferentes–, o bien se empeña utópicamente en conseguir la amistad universal de los seres humanos.

En el primer caso, más característico del socialismo, sucede que una paz sin amistad es la paz de los muertos. El socialismo sustituye lo social por lo colectivo, en el cual la persona humana es un individuo unido a otros de forma puramente reactiva, pero no se desarrolla interiormente como persona: es un viviente psicológico y un muerto espiritual.

El segundo caso es típicamente anarquista. El ideal anarquista se cifra en la solidaridad universal del género humano, lo cual había de lograrse por medio de una unión sentimental, dado que toda unión basada en la razón es subordinante y, por tanto, según el anarquismo, no “amistosa”. Tal solidaridad es ciertamente una utopía, como la historia se ha encargado de mostrar repetidamente.

Sin embargo, el anarquismo es, en el fondo, la utopía escondida en el alma de todo socialista y de todo liberal que tienen corazón, pues tanto el uno como el otro se dan cuenta de la inhumana frialdad de las respectivas propuestas en su estado puro. Unas gotas de utopía anarquista son imprescindibles para ofrecer algo así como una esperanza. Y sin ella no se puede vivir.

* * *

La amistad que fundamentaba la confianza, sin la cual no hay sociedad civil posible, se transforma así de hecho en solidaridad que fundamenta la simpatía o el afecto, pero las simpatías no bastan. Una fe verdadera engendra esperanza; la solidaridad sentimental engendra mero entusiasmo.

Un buen gobernante sabe que ha de basar su política en aquella fe, por pequeña que pueda ser, que los ciudadanos tienen en común. Pero también sabe que sin esperanza no se vive bien. Ha de intentar, por ello, facilitar el crecimiento de una fe que genere esperanza, pues entonces se reforzará esa "amistad" básica sin la que no hay sociedad posible.

Confianza, esperanza y amistad pueden ser más o menos profundas, pero carece de sentido situarlas sólo en lo privado o en lo público: pertenecen necesariamente a ambas dimensiones. De donde se deduce que neutralidad o indiferencia son palabras vacías, falsas, imposibles en política.

Un gobernante y una sociedad demuestran, por tanto, su grandeza no cuando pretenden ser neutrales, sino cuando expresan con valentía y con respeto al amigo y al adversario la amplitud y la profundidad de su fe.

REFORMAS A LA JUSTICIA: DESAFÍOS Y TAREAS PENDIENTES

*Isidro Solís Palma**

Quisiera en primer lugar agradecer la invitación extendida por la Universidad Santo Tomás para compartir con la comunidad estudiantil y académica reflexiones sobre los históricos minutos que se viven en la justicia en nuestro país. Este encuentro es tal vez un momento propicio para proyectarse y dar una mirada a todo ese quehacer.

No hay otro momento en nuestra historia en que –como lo estamos viviendo hoy– se conjugue un número tan significativo de reformas y transformaciones en esta materia.

Los gobiernos de la Concertación se han abocado a la tarea de iniciar un proceso que reforma integralmente nuestro sistema de justicia.

Como no lo había estado por muchas décadas, la justicia ha pasado a estar en el centro de las preocupaciones públicas. Y la tarea encomendada por la Presidenta Michelle Bachelet es poner nuestros mejores esfuerzos para dar continuidad y consolidar dichas transformaciones. Y al mismo tiempo, iniciar las reformas pendientes que nos permitan llegar al Bicentenario de la República con una justicia que resguarde efectivamente los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, con un servicio judicial de calidad, transparente, y que responde en tiempo oportuno.

En síntesis, se trata de un proceso de consolidación, que yo llamaría también de ajustes, necesario y que no es posible de obviar para dar el salto a la definitiva modernización de nuestro sistema de justicia.

Hay muchos hechos, realidades indesmentibles que dan cuenta de la magnitud: al año 2000, para todas las materias, Chile contaba con 378 magistrados. A finales del 2007, cuando tendremos implementados todos los procesos de reforma diseñados a la fecha, llegaremos a más de 1 mil 350 jueces. En otras palabras y para dimensionar el esfuerzo desplegado, en menos de una década casi habremos cuadruplicado el número de magistrados. Sumemos a ello los nuevos fiscales, defensores, y sólo en el ámbito Procesal Penal, los más de 6 mil funcionarios de apoyo al nuevo sistema.

*El texto que se transcribe corresponde a la conferencia que el señor Ministro de Justicia dictara en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás, el día 29.6.2006.

Creo que son muchas las tareas por delante y creo que son muchos los ojos puestos en nosotros. Y tenemos claro que no podemos defraudar.

A riesgo de tomar algunos minutos, quisiera esbozar brevemente lo que serán las principales tareas que asumiremos en el periodo por venir.

La Reforma Procesal Penal –que hace poco cumplió un año de vigencia en la Región Metropolitana– ha tenido un carácter fundacional. Ha sido la guía y modelo donde se han mirado y se mirarán las sucesivas reformas que iremos conjuntamente –con la participación de todos los sectores– diseñando, perfeccionando, implementando y consolidando.

Hay quienes –de manera legítima aunque equivocada– manifiestan su disconformidad con la Reforma Procesal Penal culpándola de ser poco eficiente en la persecución de la delincuencia; no es precisamente esa su tarea, aunque sí es un factor que contribuye.

Los objetivos de la reforma procesal penal son otros. Algunas reflexiones al respecto:

- No es bueno instrumentalizar la reforma en el debate político y argumentar razones de seguridad ciudadana para criticarla.
- Los objetivos de la reforma son algo más modestos que garantizar por sí sola la seguridad ciudadana: desarrollar juicios rápidos, transparentes y eficaces. Éste es el estándar bajo el cual ésta debe ser medida y sin duda que ha cumplido con creces.
- La reforma actúa dentro del ámbito de la represión de los ilícitos y no busca convertirse en un mecanismo de prevención de la delincuencia.
- No debe incurrirse en confusiones y simplificar el debate sobre la seguridad ciudadana reduciéndolo sólo a aumentar las penas, eso no ha resultado en ninguna parte del mundo.
- Equivocadamente se ha señalado que es “muy garantista”, lo que dificultaría la persecución de los delitos. Por el contrario, se trata de las garantías mínimas que cualquier sistema debe ofrecer.

Agreguemos al debate algunos elementos:

Tras cinco años de permanente evaluación y seguimiento, el nuevo sistema exhibe un adecuado funcionamiento y resultados positivos. Las cifras con que se cuenta lo erigen como un “modelo” para los países de la región.

- *Rapidez*: la tramitación promedio de las causas es de menos de un año, lo que contrasta con el antiguo sistema, donde los casos tardaban considerablemente más que eso.
- *Eficiencia*: de cada 100 denuncias ingresadas al sistema 87 se encuentran terminadas.
- *Transparencia*: el 99% de las audiencias han sido orales y públicas.

- *Juicios orales*, a diciembre de 2005 se han realizado 6 mil 570 juicios, de los cuales el 91% terminó con sentencia condenatoria.
- *Protección a víctimas y testigos*: en cinco años de vigencia el Ministerio Público ha brindado protección especial a más de 50 mil personas en todo el país.
- *Defensa profesionalizada*: 262 mil 981 imputados han recibido defensa jurídica profesional.

Sin embargo, la transformación del procedimiento no puede ni debe restringirse a un cambio meramente formal. Ustedes han podido advertir los efectos –quizás no previstos por el legislador– que se han dejado sentir no sólo en el ámbito jurídico sino también en la vida nacional. La reforma ha sido motor de cambio y ha promovido la revitalización de grandes valores un tanto olvidados en nuestra vida jurídica y social: la igualdad y la transparencia, por mencionar algunos, aparecen como los de mayor relevancia.

Es nuestro objetivo como Ministerio de Justicia consolidar, afianzar y profundizar las transformaciones. Así, junto a la corrección de las dificultades del nuevo sistema y al monitoreo permanente avanzaremos para lograr –en otros ámbitos– resultados como los que hoy puede ofrecer al país esta modernización.

No obstante, diversas y amplias son las tareas que acometeremos en los próximos años.

Estamos implementando la nueva Justicia Penal Adolescente, que establece un sistema de justicia especializado para los jóvenes infractores de ley, con procedimientos orales, transparentes y rápidos, cuyo principal énfasis está en la rehabilitación. En paralelo, se fortalecerán los programas de tratamiento para estos adolescentes de manera de propender a la reinserción social y a un cambio de conducta.

Hoy el desafío no es crear un sistema que nos resultaba difícil imaginar, sino ser capaces de dar un paso más allá de la Reforma Procesal Penal e internalizar el cambio de paradigma que la Responsabilidad Penal Adolescente importa, incluso respecto de una Reforma a la que recién nos empezábamos a acostumbrar.

La Reforma Penal Adolescente nos presenta una nueva mirada y nos lleva a exigir y responsabilizar a los adolescentes, pero sin dejar de recordar que la llamada “delincuencia juvenil” suele ser la triste manifestación de conflictos sociales más profundos y que “el interés superior del niño o adolescente” debe ser el norte en la solución de este conflicto, buscando así la sanción que, dentro de la gravedad del delito cometida, otorgue oportunidades reales de reinserción social.

Dentro de esta nueva mirada a los jóvenes, la especialización es una exigencia de la Responsabilidad Penal Adolescente, ya que no sólo exige particulares conocimientos y destrezas, sino que también exige desarrollar

una especial, pero no por ello menos firme y resuelta sensibilidad frente a este fenómeno. Los invito a reflexionar sobre la posibilidad de buscar en esta área un nicho donde desarrollar su vocación.

Hemos logrado un plazo adicional para la puesta en marcha, limitado y circunscrito a un año, junio del próximo año, que nos permitirá terminar la instalación de la infraestructura pendiente, mejorar la preparación de los actores que ya han sido capacitados y fortalecer los programas de reinserción y rehabilitación social de forma que las penas cumplan su objetivo y no sean exclusivamente retributivas. Tenemos que ser eficaces, eficientes, pero también responsables con los adolescentes de nuestro país. Tenemos el enorme desafío de instalar este nuevo sistema, que conjuga reintegración social y responsabilidad, que para nosotros son dos dimensiones inseparables.

En materia de infancia y adolescencia, contaremos con una nueva institucionalidad de infancia y adolescencia. La nueva ley de Protección de Derechos de la Infancia, que sustituye la actual Ley de Menores, establecerá –entre otros aspectos– nuevos procedimientos y competencias del Servicio Nacional de Infancia y Adolescencia, sucesor del Servicio Nacional de Menores, SENAME, así como de los tribunales de justicia frente a situaciones de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente.

Generaremos redes a nivel local que puedan coordinar oportunamente la información que proviene de la policía, del Sename y de los municipios. El objetivo es identificar y solucionar tempranamente los casos de niños y niñas en situación de abandono o desprotección.

Se realizará seguimiento y evaluación a todas las nuevas líneas de intervención del Programa de Subvenciones del Sename de manera de hacer más eficiente la oferta de las Oficinas de Protección de Derechos de la Infancia –OPD– para niños de y en la calle, explotación sexual, comercio sexual infantil y reparación, entre otras.

Presentaremos asimismo el proyecto que adecua la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores a la nueva realidad y la nueva institucionalidad de infancia.

Vamos a implementar en su totalidad el Programa de Concesiones en Infraestructura Penitenciaria, que contempla 10 penales concesionados. Ello permitirá mejorar progresivamente los estándares penitenciarios, en especial en los recintos no concesionados. Los primeros tres complejos penitenciarios, de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua, están operando desde fines del año pasado.

El sistema penitenciario debe transformarse en un elemento que contribuya a prevenir la delincuencia. Para ello será prioritario reforzar y avanzar en una política de apoyo a la reinserción social de los privados de libertad en la que serán claves la educación, la capacitación y el acceso al trabajo.

En lo relativo a la nueva Justicia de Familia vamos a mejorar y consolidar los cambios. En noviembre del 2004 comenzó a regir la nueva ley de matrimonio civil –que por primera vez incluyó el divorcio vincular–, cuerpo legal que reemplazó una legislación de más de 120 años que ya no ofrecía respuestas adecuadas a la realidad de las familias chilenas.

En esta misma área, los Juzgados de Familia, que se instalaron en el país hace menos de un año, están presentando dificultades que no desconocemos y que ya estamos enfrentando de manera decidida. En los próximos días anunciaremos un paquete de medidas que incluyen los ajustes necesarios para que esta nueva justicia entregue efectivamente respuestas rápidas. Vamos a simplificar los procedimientos, establcere-mos la obligatoriedad de la derivación a mediación en ciertas materias y aumentaremos el número de jueces, entre otros aspectos.

En marzo próximo nos corresponde poner en marcha la Nueva Justicia Laboral, que busca el efectivo resguardo de los derechos de los trabajadores, junto con mejorar la cobertura y la calidad del servicio judicial a otorgar.

Siguiendo los pasos de las reformas precedentes, a contar del 1 de marzo del 2007 se contará con un nuevo procedimiento: oral, público, concentrado e inmediato y se duplicará el número de magistrados dedicados a estas materias, los que se sumarán a los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional ya en funciones.

En esta materia estamos avanzando conjuntamente con el Poder Judicial para llegar en las mejores condiciones posibles a la puesta en marcha. El tiempo previo nos está permitiendo monitorear el sistema y llevar a cabo los ajustes necesarios ya sea en materia de procedimientos, aspectos administrativos y de dotación, medidas que también serán anunciadas en momento oportuno.

Pero también llevaremos adelante la reforma a la ley penal sustantiva redactando un nuevo Código Penal para el siglo XXI. Introduciremos profundos cambios en materias de delitos y sus sanciones, considerando especialmente la inclusión de nuevos ilícitos en áreas como tecnología, economía y medio ambiente.

El objetivo es dotar a los jueces de un mayor abanico de tipos penales coincidentes con las nuevas conductas que se han generado para su comisión, haciendo especial énfasis en criterios de proporcionalidad y armonía.

Iniciaremos también los estudios para la redacción de un anteproyecto de ley que regule la Ejecución de las Penas y establezca un sistema eficaz de control administrativo y judicial de su ejecución. Éste establecerá los principios y reglas de la ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares personales que signifiquen privación o restricción de libertad.

También hemos iniciado el trabajo prelegislativo para acometer la segunda gran transformación al sistema judicial chileno en toda su historia: la Reforma del Procedimiento Civil.

Queremos una justicia civil más expedita, oportuna, comprensible y dinámica. La oralidad, la intermediación, la transparencia y la eficiencia, hoy atributos del nuevo sistema procesal penal, deben ser incorporados al nuevo procedimiento. Nuestro objetivo es lograr en los próximos años la efectiva especialización de la primera instancia.

La importante tarea emprendida –la construcción de una nueva justicia civil– pasa, sin embargo, no sólo por la creación de un nuevo procedimiento. Pasa por abordar en su programación y diseño las más diversas aristas que un sistema civil moderno debe presentar:

- eficientes modelos de procedimientos ante la justicia ordinaria,
- un diseño orgánico que la acompañe y le permita cumplir ampliamente sus objetivos,
- una etapa de implementación acorde a las complejidades del sistema,
- y una capacitación adecuada a los diversos actores del sistema.

Pero ello tampoco es suficiente. La experiencia y conocimiento adquiridos a través de las reformas ya implementadas, así como la evolución y desarrollo que el derecho procesal ha alcanzado, nos lleva a advertir que la transformación real del sistema no se alcanza si atendemos exclusivamente a la creación de nuevos mecanismos de solución de controversias dentro de nuestra tradicional forma de afrontarlos: la justicia ordinaria. La real transformación viene dada por una nueva concepción de la solución misma de los conflictos (arbitraje, mediación, conciliación, negociación), entendiendo que su resolución por vía de la justicia ordinaria es sólo una de tantas posibilidades existentes y que debe ser entendida como la última ratio, sólo cuando la solución alternativa a ésta no ha sido posible.

Estimados alumnos, profesores, comunidad universitaria: La modernización de la justicia no tiene vuelta atrás. En estos años hemos sido capaces de cambiar su rostro, de abrir una senda por la cual avanzar en pos de más y mejores estándares de servicio.

Como abogado he visto la importancia de una justicia impartida en tiempo oportuno. Sin temor a equivocarme creo que éste es uno de los grandes anhelos de las personas. Daremos por ello un fuerte impulso a aquellos proyectos que se traduzcan en una justicia más expedita y oportuna, menciono entre éstos, la especialización de la Corte de Apelaciones de Santiago y aquellos –ya en trámite parlamentario– que apuntan a mejorar el funcionamiento del gobierno judicial.

Nos une un gran deseo, compartido también por todos los chilenos y chilenas: mejorar la justicia, hacerla más cercana y eficiente.

Y como operadores actuales y futuros del sistema, como futuros profesionales colaboradores de la justicia, debemos sentirnos el doble

de comprometidos para –como se ha hecho en estos años– avanzar precisamente hacia una justicia que es valorada y reconocida por la comunidad, un sistema de justicia confiable.

Reitero a ustedes mis agradecimientos y reitero también las gracias a esta casa de estudios y sus autoridades por esta invitación y por esta contribución a la discusión y difusión de las políticas públicas y el saber.

Muchas gracias.

COMPETENCIA DE LAS CORTES DE APELACIONES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

*Eduardo Meins Olivares**

SUMARIO. I. Presentación. II. Generalidades. III. Competencia de las Cortes de Apelaciones bajo el Código Procesal Penal. IV. Forma en que conocen las Cortes de Apelaciones de las materias de su competencia de naturaleza penal. V. Recursos de apelación y de nulidad sobre incompetencia en el nuevo proceso penal.

I. PRESENTACIÓN

Atendidos los límites de espacio que precisa un trabajo como el de que se trata, se comprende, en primer lugar, un apartado sobre generalidades respecto de la competencia; los asuntos de naturaleza penal que conocen las Cortes de Apelaciones en única, primera y segunda instancia; la forma en que dichos tribunales superiores conocen y resuelven tales asuntos; un breve estudio de ciertos temas de los recursos de apelación y nulidad, para concluir con un vistazo respecto de la incompetencia de los tribunales que conocen de asuntos penales.

II. GENERALIDADES

La competencia, entendida como el grado o parte de jurisdicción, esto es, la facultad y el deber que en forma exclusiva y excluyente corresponde a los tribunales de justicia, en orden a conocer un conflicto de intereses de relevancia jurídica, resolverlo y hacer ejecutar lo resuelto, con efecto o autoridad de cosa juzgada, reconoce origen constitucional. Así, tenemos que el artículo 74 inciso primero de la Constitución Política de la República dispone que una ley orgánica constitucional

*Ministro de la Illma. Corte de Apelaciones de Talca. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Talca.

El presente trabajo se basa en el libro que su autor tiene en etapa de terminación acerca de los Recursos Procesales en el Nuevo Sistema Procesal Penal.

determinará la organización y *atribuciones* de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

Asimismo, la competencia responde al principio de distribución de funciones y de legalidad que debe informar la labor de los órganos públicos, consagrado en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, en que se sustenta el Estado de Derecho.

Pero, además, la competencia constituye un factor del debido proceso, como se desprende de lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución, al señalar que toda sentencia de un órgano que ejerza *jurisdicción* debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Las Cortes de Apelaciones, en cuanto a su competencia de carácter propiamente jurisdiccional, son esencialmente un tribunal de segunda instancia, sin perjuicio de que ciertos asuntos los conocen en primera, y otros, en única instancia.

Con ocasión de la gradual entrada en vigencia de la reforma procesal penal, las Cortes de Apelaciones fueron privadas de parte importante de su competencia como tribunal de segunda instancia en asuntos de tal naturaleza, al restringirse drásticamente la procedencia del recurso de apelación, la que se hallaba sobredimensionada en el Código de Procedimiento Penal de 1906. En efecto, su artículo 54 bis disponía que eran apelables las sentencias definitivas de primera instancia y las interlocutorias de igual grado que pusieran término al juicio o hicieran imposible su continuación; las demás resoluciones respecto de las cuales la ley concedía el recurso y, en general, las que *causaban gravamen irreparable*, sin distinguir acerca de su naturaleza jurídica.

Tan generoso sistema de doble instancia encontraba su explicación en las grandes atribuciones que tenía el juez del crimen que conocía en primera instancia de un conflicto jurídico de naturaleza penal, las que precisaban ser supervisadas por medio del recurso de apelación, en cuyo conocimiento el tribunal de alzada estaba investido de aún mayores facultades.

Pues bien, este control vertical a que estaba sujeto el conocimiento y fallo de dichos conflictos fue sustituido en el Código Procesal Penal por uno de carácter horizontal, en que las partes, a través de un sistema en que se privilegia que la decisión jurisdiccional esté informada por la plena aplicación de los principios de la contradicción e inmediatez, reconocen, así, a los intervinientes participación protagónica en la construcción de tal decisión.

III. COMPETENCIA DE LAS CORTES DE APELACIONES BAJO EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

3.1. EN ÚNICA INSTANCIA CONOCEN

3.1.1. De los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (Artículo 63 N° 1, letra b) del Código Orgánico de Tribunales).

Tales sentencias definitivas son las dictadas:

3.1.1.a. Por los tribunales de juicio oral en lo penal (Artículo 372 Código Procesal Penal).

3.1.1.b. Por los juzgados de garantía, y de letras y garantía en el procedimiento simplificado (Artículos 46 del Código Orgánico de Tribunales y 399 del Código Procesal Penal).

3.1.1.c. Por los juzgados de garantía, y de letras y garantía en el procedimiento por delitos de acción privada (Artículos 46 del Código Orgánico de Tribunales y 405 del Código Procesal Penal).

3.1.2. De la extradición activa (Artículos 63 N° 1º, letra d) del Código Orgánico de Tribunales y 431 al 439 del Código Procesal Penal).

3.1.3. De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información al Ministerio Público y a los Tribunales, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, en cuyo caso el tribunal competente es la Corte Suprema (Artículos 63 N° 1, letra e) del Código Orgánico de Tribunales y 19 del Código Procesal Penal).

3.1.4. De los conflictos de competencia entre juzgados de garantía, de letras y garantía, y de las contiendas de competencia trabadas entre juzgados de garantía, de letras y garantía y tribunales de juicio oral en lo penal (Artículos 46, 190 y 192 del Código Orgánico de Tribunales).

Si tales contiendas de competencia se suscitan entre el Ministerio Público y un Juzgado de Letras, con ocasión del procedimiento aplicable a la comisión de un hecho punible determinado, esto es, si se aplica el contemplado en Código de Procedimiento Penal o el previsto en el Código Procesal Penal, deben ser resueltas por la Corte Suprema (Artículo 191 inciso final del Código Orgánico de Tribunales).

3.1.5. De los recursos de hecho (verdadero y falso) interpuestos en contra de las respectivas resoluciones dictadas por los jueces de garantía y de

letras y garantía (Artículos 46 del Código Orgánico de Tribunales y 369 del Código Procesal Penal).

De estimarse la procedencia del recurso de queja –cuyo análisis escapa el propósito del presente artículo–, en contra de jueces de garantía o de letras y garantía y en contra de jueces de tribunales de juicio oral en lo penal, debiera conocerse en única instancia, al tenor de lo establecido en el artículo 63 N° 1, letra c) del Código Procesal Penal.

3.1.6. De las reclamaciones presentadas en contra de las resoluciones del Defensor Nacional que apliquen sanciones en virtud del artículo 71 inciso segundo, o que ordenen cumplir la que el Consejo hubiere dispuesto en el caso del artículo 72 (Artículo 73 de la Ley N° 19.718).

3.2. EN PRIMERA INSTANCIA CONOCEN

3.2.1. De los desafueros de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, esto es, los Diputados Senadores (Artículo 63 N° 2°, letra a) del Código Orgánico de Tribunales; y 416 y siguientes del Código Procesal Penal).

De igual manera debe procederse en el caso de los Intendentes y Gobernadores (423 Código Procesal Penal).

3.2.2. De los recursos de amparo y protección (Artículos 63 N° 2, letra b) del Código Orgánico de Tribunales; 20 y 21 de la Constitución Política de la República).

3.2.3. De los procesos por amovilidad en contra de los jueces de garantía, de los jueces de letras y garantía y de los de los tribunales de juicio oral en lo penal (Artículos 5 incisos primero y segundo, 46, 63 N° 2, letra c), 335 N° 2°, 338 y 339 del Código Orgánico de Tribunales).

3.2.4. De las querellas de capítulos, que tengan por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces de garantía, de letras y garantía, de jueces de tribunales de juicio oral en lo penal, y de los fiscales del ministerio público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley (Artículos 46, 63 N° 2, letra d) del Código Orgánico de Tribunales; y 424 a 430 del Código Procesal Penal).

3.2.5. De la adopción de medidas disciplinarias en contra de los jueces de garantía, de letras y garantía, y los de los tribunales de juicio oral en lo penal (Artículos 535, 536, 537, 538 y 551 del Código Orgánico de Tribunales).

3.3. CONOCEN EN SEGUNDA INSTANCIA

3.3.1. De las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía y de letras y garantía (Artículos 46, 63 N° 3, letra b) del Código Orgánico de Tribunales; y 370 del Código Procesal Penal).

IV. FORMA EN QUE CONOCEN LAS CORTES DE APELACIONES DE LAS MATERIAS DE SU COMPETENCIA DE NATURALEZA PENAL

Las Cortes de Apelaciones conocen de los asuntos de su competencia en Sala o en Pleno.

El artículo 66 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales señala que todos los asuntos entregados a la competencia de las Cortes de Apelaciones pertenecerán a las salas en que estén divididas, a menos que la ley expresamente disponga que deben conocer de ellos en pleno.

De lo prevenido en el inciso cuarto de dicha disposición legal, en cuanto establece que corresponderá a todo el tribunal el ejercicio de las facultades disciplinarias, administrativas y económicas, el conocimiento de los desafueros de los Diputados y Senadores y de los juicios de amovilidad en contra de los jueces de letras, se puede sentar la siguiente regla general, en lo relativo a la competencia penal: los asuntos jurisdiccionales son conocidos en sala, y los disciplinarios, en pleno.

Pero como toda regla reconoce excepciones, hay asuntos jurisdiccionales que son conocidos en pleno, como ocurre con el desafuero de los parlamentarios; y a la inversa, asuntos disciplinarios que se conocen en sala, cuyo es el caso del recurso de queja, sin perjuicio que las medidas disciplinarias que se apliquen lo sean por el tribunal pleno (Artículo 66 inciso quinto del Código Orgánico de Tribunales).

Ahora bien, sabido qué asuntos se conocen en sala y en pleno, es necesario averiguar la manera en que las Cortes de Apelaciones resuelven tales asuntos sometidos a su conocimiento y decisión. Al efecto, tienen dos formas de hacerlo: en relación o previa vista de la causa, y en cuenta.

El Código Orgánico de Tribunales no nos dice qué asuntos resolverán las Cortes de una u otra forma, sino que se limita a sostener que las Cortes de Apelaciones resolverán los asuntos en cuenta o previa vista de ellos, según corresponda.

Sin embargo, de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de dicho cuerpo jurídico, puede formularse la siguiente regla general: de los asuntos jurisdiccionales, las Cortes de Apelaciones conocen previa vista de la causa; en cambio, de los asuntos administrativos, disciplinarios, y del ejercicio de las facultades conservadoras y económicas, conocen en cuenta.

Tal regla general, por cierto, admite excepciones. Así es como el recurso de hecho va a ser conocido en cuenta (Artículo 369 inciso segundo del Código Procesal Penal). A la inversa, el recurso de queja se conoce previa vista de la causa (Artículo 549, letra c) del Código Orgánico de Tribunales); y los recursos o acciones de amparo y protección, que corresponden al ejercicio de facultades conservadoras por parte de los tribunales superiores de justicia, se conocen, también, previa vista de la causa (Auto acordado de la Excma. Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, que estimamos vigente, en lo pertinente, frente a la ausencia de actual regulación legal; y N° 3° párrafo segundo del Auto acordado de la Excma. Corte Suprema de 27 de junio de 1992, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, respectivamente).

V. RECURSOS DE APELACIÓN Y DE NULIDAD Y SOBRE INCOMPETENCIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Como advertimos, por razones de espacio nos referiremos brevemente al análisis de algunos temas relativos a los recursos de apelación y de nulidad y sobre incompetencia en el nuevo proceso penal.

5.1. RECURSO DE APELACIÓN

Ya sostuvimos que el recurso de apelación fue drásticamente reducido en el sistema procesal penal en actual vigencia, si se toma en cuenta la amplitud de su procedencia que contemplaba el Código de Procedimiento Penal de 1906, el que además establecía el trámite de la consulta de ciertas resoluciones judiciales, contrariando el principio en orden a que la revisión de resoluciones judiciales por parte del tribunal superior jerárquico de aquel que la dictó sólo procede a petición de la parte agraviada con ella. Así, eran consultables a la Corte de Apelaciones las siguientes resoluciones:

a) Las sentencias definitivas de primera instancia que no fueran revisadas por el respectivo tribunal de alzada por la vía de la apelación, en las hipótesis que a continuación se indican:

a.1. Cuando imponían una pena de más de un año de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento o destierro o alguna otra superior a ellas (Artículo 533 N° 1° del Código de Procedimiento Penal).

a.2. Cuando aplicaban diversas penas que, sumadas, excedían de un año de privación o de restricción a la libertad (Artículo 533 N° 2° del Código de Procedimiento Penal).

a.3. Cuando el proceso versaba sobre delito al que la ley señalaba pena aflictiva, caso que correspondía, por lo tanto, a aquel en que la sentencia dictada era absolutoria (Artículo 533 N° 3° del Código de Procedimiento Penal).

b) El auto de sobreseimiento definitivo, cuando el juicio versaba sobre delito que la ley castigaba con pena aflictiva (Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal).

c) La resolución que admitía las excepciones de previo y especial pronunciamiento consistentes en la cosa juzgada, el perdón de la parte ofendida, otorgado antes de iniciarse el procedimiento respecto de delitos que no podían ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado, la amnistía o indulto, la prescripción de la acción penal y la falta de autorización para procesar, en los casos en que se requería de acuerdo a la Constitución y las leyes, en las mismas hipótesis en que se exigía la consulta de la sentencia definitiva (Artículos 433 números 4, 5, 6, 7 y 8; y 444 del Código de Procedimiento Penal).

d) La resolución que concedía la libertad provisional al detenido o preso, cuando el delito que se le imputaba tenía asignada pena aflictiva (Artículo 361 del Código de Procedimiento Penal).

A su turno, el Código Procesal Penal, además de reducir la procedencia del recurso de apelación, suprimió el trámite de la consulta.

Veamos, entonces, cuáles son, actualmente, las resoluciones susceptibles de ser impugnadas de apelación, y cuyo conocimiento corresponde a las Cortes de Apelaciones, pues también hay apelaciones de las que conoce la Corte Suprema, lo que ocurre con la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de desafuero de las personas que gozan de fuero constitucional; la que se dicta en la querrela de capítulos; y la que falla la petición de extradición pasiva (Artículos 418, 423, 427 y 450 del Código Procesal Penal).

El artículo 370 del Código Procesal del Ramo es clave para estos efectos. Nos dice que las resoluciones dictadas por el juez de garantía son apelables en los siguientes casos:

a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y

b) Cuando la ley lo señalare expresamente.

Al referirse la norma al juez de garantía, debemos entender comprendidos en tal denominación a los jueces de letras y de garantía a que se refiere el artículo 46 del Código Orgánico de Tribunales.

Y al aludir dicha disposición legal sólo a los jueces de garantía, es coherente, por cuanto, a su turno el artículo 364 preceptúa que son inapelables las resoluciones dictadas por el tribunal de juicio oral en lo penal.

5.1.1. Resoluciones judiciales que ponen término al procedimiento

5.1.1.a. El sobreseimiento definitivo, sin perjuicio de que es apelable directamente (Artículo 253 del Código Procesal Penal).

5.1.1.b. La resolución del juez de garantía que aprueba la decisión del fiscal de no iniciar investigación (Artículo 168 del Código Procesal Penal).

5.1.1.c. La resolución del juez de garantía que rechaza las reclamaciones presentadas contra la decisión del ministerio público de aplicar el principio de oportunidad (Artículo 170 del Código Procesal Penal).

5.1.1.d. La resolución dictada por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral, por la que acoge las excepciones de cosa juzgada y de extinción de responsabilidad penal (Artículo 271 inciso tercero del Código Procesal Penal), sin perjuicio de que son apelables directamente, por constituir causales de sobreseimiento definitivo (Artículos 250 literales d) y f) y 253 del Código Procesal Penal).

5.1.2. Resoluciones judiciales que hacen imposible la prosecución del procedimiento

5.1.2.a. El sobreseimiento temporal, sin perjuicio de que es apelable directamente (Artículo 253 del Código Procesal Penal).

5.1.2.b. La resolución del juez de garantía que en la audiencia de preparación del juicio oral acoge las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente (Artículo 271 inciso segundo del Código Procesal Penal).

5.1.3. Resoluciones judiciales que suspenden el procedimiento por más de treinta días

Nos parece que sólo constituye dicha hipótesis la cautela de garantías contemplada en el artículo 10 del Código Procesal Penal, esto es, cuando el juez de garantía, en cualquiera etapa del procedimiento, por estimar que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y a pesar de adoptar las medidas para permitir dicho ejercicio, éstas no son suficientes para evitar que pudiese producirse una

afectación sustancial de los derechos del imputado, y ordena la suspensión del procedimiento, decretando el sobreseimiento temporal, también apelable directamente (Artículo 253 del Código Procesal Penal).

5.1.4. Resoluciones judiciales respecto de las cuales se concede expresamente el recurso de apelación

5.1.4.a. La que declara inadmisibile la querrella (Artículo 115 inciso primero del Código Procesal Penal).

5.1.4.b. La que declara el abandono de la querrella (Artículo 120 inciso final del Código Procesal Penal).

5.1.4.c. La resolución que ordene, mantenga, niegue lugar o revoque la prisión preventiva, cuando ha sido dictada en una audiencia, y lo mismo puede decirse respecto de las medidas cautelares personales diversas a la prisión preventiva (Artículos 149 y 155 inciso final del Código Procesal Penal).

5.1.4.d. La resolución que da o niega lugar a las medidas cautelares reales (Artículo 158 del Código Procesal Penal).

5.1.4.e. La resolución que se pronuncia acerca de la suspensión condicional del procedimiento (Artículo 237 inciso sexto del Código Procesal Penal).

5.1.4.f. La resolución que revoca la suspensión condicional del procedimiento (Artículo 239 inciso final del Código Procesal Penal).

5.1.4.g. El sobreseimiento definitivo y el sobreseimiento temporal (Artículo 253 del Código Procesal Penal).

5.1.4.h. La resolución que se pronuncia sobre las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente (Artículo 271 inciso segundo del Código Procesal Penal).

5.1.4.i. El auto de apertura del juicio oral es apelable por el ministerio público en aquella parte en que excluya pruebas por él ofrecidas, que provienen de actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas, y las que se han obtenido con inobservancia de garantías fundamentales (Artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal).

5.1.4.j. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado (Artículo 414 del Código Procesal Penal).

Pero el legislador, en su afán de restringir la procedencia del recurso de apelación, no sólo se ha limitado a establecer qué resoluciones judiciales son susceptibles de impugnarse a través suyo, sino que también ha señalado otras que son inapelables, entre las que se encuentran las siguientes:

5.2. RESOLUCIONES JUDICIALES NO SUSCEPTIBLES DE IMPUGNARSE DE APELACIÓN

5.2.1. La que admite a tramitación la querella (Artículo 115 inciso segundo del Código Procesal Penal).

5.2.3. La que niega lugar a declarar el abandono de la querella (Artículo 120 inciso final del Código Procesal Penal).

5.2.4. La que declara el abandono de la querella por no concurrir el querellante a la audiencia del juicio oral, sin causa debidamente justificada, o se ausente de ella sin autorización del tribunal (Artículos 120, inciso primero, letra c) y 364 del Código Procesal Penal).

5.2.5. La resolución que ordene, mantenga, niegue lugar o revoque la prisión preventiva, si ha sido dictada fuera de audiencia (Artículo 149 del Código Procesal Penal).

5.2.6. La resolución que rechaza la solicitud del querellante en orden a sostener la acción penal, cuando el fiscal hubiere comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento (Artículo 258 inciso final del Código Procesal Penal).

5.2.7. La resolución que deje para la audiencia del juicio oral el fallo de las excepciones de cosa juzgada y de extinción de la responsabilidad penal (Artículo 271 inciso final del Código Procesal Penal).

5.2.8. Las resoluciones dictadas durante el juicio oral (Artículo 364 del Código Procesal Penal).

5.3. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ES UN ACTO JURÍDICO PROCESAL SOLEMNE

En el Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación no era un acto jurídico procesal que estuviere revestido de solemnidades, pues se podía apelar verbalmente, sin que se exigiera fundamentación ni petición alguna formulada al tribunal de alzada. Incluso, había un caso en que no se contemplaba plazo para apelar. En efecto, conforme a su artículo 366, si el procesado quería apelar del auto que decretaba o denegaba la libertad provisional y del que fijaba el monto de la caución, en su caso, debía deducir el recurso en el acto de la notificación respectiva.

Ahora, la situación es diametralmente distinta, pues conforme a lo prevenido en el artículo 367 del Código Procesal Penal, el recurso de apelación debe interponerse por escrito e indicar sus fundamentos y las peticiones concretas que se formulan al tribunal de segundo grado.

Tales exigencias se justifican, en lo que al imputado se refiere, desde el momento que tiene garantizada la defensa letrada, al crearse la Defensoría Penal Pública.

5.4.EFECTOS EN QUE SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN

El artículo 355 del Código Procesal Penal dispone que la interposición de un recurso no suspende la ejecución de la decisión, salvo que se impugne una sentencia definitiva condenatoria o que la ley disponga expresamente lo contrario.

Se sostiene como únicos dos casos en que la ley dispone expresamente que el recurso de apelación se concede en ambos efectos, los señalados en los artículos 277 inciso final y 414 inciso final, esto es, el auto de apertura del juicio oral, en cuanto excluye prueba ofrecida por el ministerio público por considerar el juez de garantía que ella proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales; y la sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, respectivamente.

Sin embargo, postulamos que también se concede el recurso de apelación en ambos efectos cuando se interpone en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que acoge la solicitud de desafuero de un diputado o senador, o de un intendente o gobernador, y la que acoge la querrela de capítulos; y la sentencia que dicte el Ministro de la Corte Suprema concediendo la extradición pasiva (Artículos 419, 423, 428 y 451, respectivamente, del Código Procesal Penal).

Ello, por cuanto, como aparece de dichas disposiciones legales, los efectos de las respectivas sentencias se producen una vez que se encuentren firmes o ejecutoriadas.

5.5.ADMISIBILIDAD ANTE LOS TRIBUNALES DE PRIMER Y SEGUNDO GRADO

Si bien el Código Procesal no contempla norma expresa sobre el particular, nos asisten las siguientes razones para sostener que debe existir examen de admisibilidad ante ambos tribunales, los que deben controlar si el recurso se ha interpuesto en contra de resolución susceptible de apelación, si lo ha sido en tiempo y si el escrito contiene fundamentos y peticiones concretas que se formulen al tribunal de alzada.

5.5.1. La aplicación supletoria de las normas contenidas en los artículos 201 y 213 del Código de Procedimiento Civil (Artículo 52 del Código Procesal Penal).

5.5.2. Carecería de sentido haber exigido requisitos de interposición al recurso de apelación sin que se pudiese verificar su cumplimiento, sin perjuicio de que se violentaría el principio formativo del procedimiento de la economía procesal, pues se trataría de un recurso que no estaría en condiciones de ser conocido por el tribunal de alzada.

5.5.3. El hecho de que el artículo 369 del Código Procesal Penal señale la procedencia del recurso de hecho, una de cuyas hipótesis fácticas es la denegación del recurso de apelación por el juez de garantía, conlleva el estudio de admisibilidad que éste debe realizar.

5.6. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de segunda instancia en el Código de Procedimiento Penal contaba con una extensa competencia en el conocimiento y decisión del recurso de apelación. En efecto, de acuerdo a su artículo 527 podía tomar en consideración y resolver las cuestiones de hecho y las de derecho que fueran pertinentes y se hallasen comprendidas en la causa, aun cuando no hubiera recaído discusión sobre ellas ni las comprendiera la sentencia de primera instancia.

Y como si tal fuera poco, el artículo 528 del citado Código consignaba que aun cuando la apelación hubiese sido deducida por el procesado, podía el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante, consagrando explícitamente la *reformatio in peius*, esto es, la reforma en perjuicio del acusado recurrente, situación que podía distorsionar el derecho de defensa del encausado y sentirse inhibido para apelar, frente a la posibilidad cierta de que, lejos de ser absuelto, pudiese ver aumentada la pena impuesta por el fallo de primer grado.

Y ello también ocurría respecto del recurso de casación en el fondo pues, según lo preceptuaba el artículo 548 del Código de Procedimiento del Ramo, en los casos en que la Corte Suprema acogía el recurso deducido en interés del condenado, podía aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autorizaba, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada.

Incluso, si la Corte Suprema invalidaba una sentencia condenatoria firme o ejecutoriada, acogiendo la acción de revisión, y ordenaba al juez competente la instrucción de un nuevo proceso, en éste los jueces debían aplicar la ley aunque la pena fuere mayor a la impuesta por la sentencia anulada (Artículos 664 y 666 del Código de Procedimiento Penal).

Pero lo dicho no era todo. Si el tribunal de alzada, al no haberse apelado una sentencia definitiva –condenatoria o absolutoria– debía conocer de ella por la vía de la consulta, en los ya señalados casos

previstos en su artículo 533, se hallaba facultado para condenar en el evento de tratarse de una sentencia absolutoria; y de aumentar la pena impuesta por la de primera instancia (Artículo 534 del Código de Procedimiento Penal).

Como puede apreciarse, se podía proceder de tal manera, no obstante encontrarse ejecutoriada la sentencia consultada, al no haberse impugnado por ninguna de las partes, conforme le preceptúa el artículo 174 del Código del Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 43 del de Procedimiento Penal.

Pues bien, el Código Procesal Penal proscribió tanto el trámite de la consulta como la *reformatio in peius*.

En efecto, su artículo 360, ubicado en el Título I del Libro Tercero, en que se regulan las disposiciones comunes a todos los recursos, previene que el tribunal que conociere de un recurso sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en dicho artículo y en el artículo 379 inciso segundo.

La excepciones se refieren a la situación en que uno solo de varios imputados por el mismo delito entablare el recurso contra la resolución, caso en el cual la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal así declararlo expresamente.

El otro caso dice relación exclusivamente con el recurso de nulidad, en el sentido de que el tribunal que conozca de él, de oficio, puede acogerlo por una causal distinta de las invocadas por el recurrente, cuando se hubiere fundado en alguna de las señaladas en el artículo 374.

Y en su inciso final el aludido artículo 360 dispone que si la resolución hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente.

En cuanto al trámite de la consulta, se lo mantuvo respecto de la resolución que otorgaba la libertad provisional a los procesados por delitos terroristas; ello por la supremacía constitucional que reviste al ser contemplada en el artículo 19 N° 7°, letra e), inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, fue suprimida por la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050.

5.7. ABANDONO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Se creó la institución del abandono de los recursos (Artículo 358 inciso segundo del Código Procesal Penal).

Consiste en una sanción procesal para el recurrente que no comparece a la audiencia fijada para la vista del recurso; por lo tanto, constituye una forma anormal de poner término a los recursos.

Se ha sostenido que al recurso de apelación, por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, debieran aplicarse las normas sobre emplazamiento en la segunda instancia, comprendidas en los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Civil.

Estimamos que ello resulta improcedente y postulamos que el abandono del recurso de apelación resulta incompatible con la obligación de las partes y, en la especie, del apelante, de comparecer ante el tribunal de alzada. En efecto, si el recurrente de apelación no comparece a seguir el recurso dentro del plazo establecido en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, debiera declararse su deserción; y si comparece a la audiencia de vista del recurso, fijada para una fecha posterior a dicho plazo, no podría verse el recurso porque éste ya estaría declarado desierto, lo que parece insostenible si tenemos en cuenta que el citado artículo 358 del Código Procesal Penal exige que el recurrente comparezca a la audiencia de la vista del recurso.

A mayor abundamiento, el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso primero establecía que las apelaciones se veían por el tribunal de alzada sin esperar la comparecencia de las partes y, en consecuencia, no tenía aplicación en los recursos de apelación en materia penal lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil. Si el legislador hubiera querido innovar al respecto, así lo habría hecho, y no habría regulado expresamente la obligación de comparecer sólo a la audiencia de vista del recurso, bajo sanción de abandono.

5.8. PRUEBA

El Código Procesal Penal sólo contempla el ofrecimiento y recepción de prueba en el recurso de nulidad, la que debe circunscribirse a las circunstancias que constituyan las causales invocadas, para lo cual debe ofrecerse en el escrito de interposición del recurso (Artículo 359).

En consecuencia, en el recurso de apelación no puede ofrecerse ni rendirse prueba alguna.

La ausencia de prueba en el recurso de apelación nos hace replantearnos el carácter de instancia que reviste este medio de impugnación en el nuevo proceso penal, si entendemos por instancia el grado de jurisdicción de que está investido un tribunal para conocer de los elementos de hecho y de derecho que integran todo conflicto jurídico.

Tal conclusión estimamos que se corresponde con el principio de inmediación que informa el juicio oral, que es donde los intervinientes rinden la prueba relativa a acreditar la existencia de un hecho punible y a determinar la persona de su autor, cómplice o encubridor.

Por ello, nos parece que el recurso de apelación, tal como está concebido, al impedirse que el tribunal de alzada pueda recibir prueba sobre los hechos establecidos por el de primer grado, carece de una

de las fases de los momentos jurisdiccionales comunes a todo procedimiento, cual es la de prueba, que integra el momento jurisdiccional del conocimiento.

Más ostensible resulta esta conclusión respecto del recurso de apelación interpuesto por el imputado en contra de la sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, al ser requisito para la procedencia de éste el que acepte expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren (Artículo 406 inciso primero del Código Procesal Penal), lo que importa su renuncia a la prueba de tales hechos, admitiendo ser juzgado conforme al mérito de la carpeta de investigación del ministerio público.

5.9. PLAZO PARA FALLAR EL RECURSO DE APELACIÓN

El Código Procesal Penal no establece, como sí lo hace respecto del recurso de nulidad, un plazo para fallar el recurso de apelación, en el caso de que ello no ocurra el mismo día de la audiencia de la vista de la apelación, sino que quede en acuerdo.

Frente a esta omisión han surgido, fundamentalmente, dos tesis: la una sostiene que debe acudirse a la regla general contenida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales en cuanto al plazo de que disponen las Cortes de Apelaciones para dictar sentencia en los asuntos de que conocen, esto es, quince o treinta días, según el caso. La otra posición postula que, conforme a lo establecido en el artículo 361, procede aplicar el plazo contemplado para el fallo del recurso de nulidad, esto es, veinte días (Artículo 384 inciso primero del Código Procesal Penal).

No participamos de ninguna de tales posiciones, por estimar que los términos que comprenden son muy extensos, y no se compadecen con los principios de celeridad y preferencia con que deben conocerse y fallarse los recursos en el nuevo proceso penal.

Además, el plazo contemplado en el caso del recurso de nulidad tiene su justificación, por cuanto éste es procedente sólo en contra de sentencias definitivas: las dictadas en el juicio oral, en el procedimiento simplificado, en el procedimiento por delito de acción privada y en el procedimiento de extradición pasiva (Artículos 372, 399, 405 y 450 del Código Procesal Penal). En cambio, según vimos, la única sentencia definitiva dictada por el juez de garantía que es susceptible de apelación, es la que se pronuncia en el procedimiento abreviado.

En consecuencia, estimamos que por remisión del mismo artículo 361 del precitado Código, debe aplicarse el plazo que tiene el tribunal de juicio oral en lo penal para dictar sentencia definitiva, que es de cinco días, no obstante que éste debe hacerse cargo de toda la prueba rendida en la audiencia del juicio.

5.10. LAS COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El Código Procesal Penal las regula entre sus artículos 45 a 51, pero tales disposiciones no contemplan la situación propia de las costas en los recursos, por lo que sostenemos que por remisión del artículo 52 de dicho Código procede aplicar las normas del de Procedimiento Civil, específicamente, sus artículos 144, 145 y 146.

5.11. SITUACIÓN DE LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA EN AQUELLA PARTE QUE SE PRONUNCIA SOBRE ALGUNA MEDIDA ALTERNATIVA A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

La sentencia definitiva condenatoria dictada en el juicio oral y en el procedimiento abreviado deben contener pronunciamiento acerca de la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley (Artículos 348 y 413, letra e) del Código Procesal Penal).

La primera de las sentencias definitivas nombradas sólo es susceptible de ser recurrida de nulidad (Artículo 372 del Código Procesal Penal), mientras que la segunda sólo es impugnabile de apelación (Artículo 414 del Código Procesal Penal).

Sin embargo, estimamos que tales sentencias, en la parte que se pronuncian sobre las medidas alternativas en referencia, vale decir, las contempladas en la Ley N° 18.216, no son tales, por mucho que esté inserta en ella, pues la decisión sobre el particular no responde al concepto de sentencia definitiva contenido en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, no es susceptible de recurrirse de nulidad ni de apelación.

Es lo mismo que ocurre en materia civil, cuando la sentencia definitiva de primera instancia se pronuncia sobre las tachas de testigos o las costas, o bien se deja para dicha fase procedimental el fallo de alguna objeción de documentos. En esos aspectos, no reviste el carácter de sentencia definitiva, por similar razón.

Y la decisión relativa a dichas medidas alternativas tampoco puede ser impugnada de apelación conforme al articulado de la ley que las regula, por cuanto de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la aludida Ley N° 18.216, en su redacción actual, derivada de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.806, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, de 31 de mayo de 2002, sólo es apelable la decisión revocatoria de ellas, en circunstancias que antes de tal modificación la norma decía, a la letra: *“Sin perjuicio de las reglas generales sobre apelación y consulta, el reo también podrá apelar de la decisión*

denegatoria o revocatoria de los beneficios que establece esta ley, caso en el cual el tribunal de alzada sólo se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del beneficio”.

Del contenido de la indicada norma se infiere, indubitadamente, que el régimen de apelación relativo a las medidas alternativas de que se trata era independiente de la impugnación de la sentencia definitiva dictada en el proceso respectivo, independencia que resultaba funcional a la idea de que ésta no tiene tal carácter en la parte que emite pronunciamiento a su respecto.

Además, se contemplaba la apelación sólo por parte del encausado, y no por el querellante, en su caso.

En suma, sostenemos que, actualmente, la decisión de una sentencia definitiva condenatoria relativa a las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, no es impugnabile ni de apelación ni de nulidad, por las motivaciones precedentemente expuestas, situación que, creemos, debiera ser abordada legislativamente con prontitud.

5.12. EL RECURSO DE NULIDAD

5.12.1. Resoluciones susceptibles de ser recurridas de nulidad

5.12.1.a. El juicio oral y la sentencia definitiva dictada en él, o sólo la sentencia definitiva (Artículo 372 del Código Procesal Penal).

5.12.1.b. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento simplificado (Artículo 399 del Código Procesal Penal).

5.12.1.c. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento por delito de acción privada (Artículo 405 del Código Procesal Penal).

5.12.1.d. La sentencia que dicte el Ministro de la Corte Suprema conociendo de la extradición pasiva (Artículo 450 del Código Procesal Penal).

5.12.2. Tribunal competente

El tribunal competente para conocer de él va a depender de la causal invocada por el recurrente.

Si se invoca la causal contenida en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento (redacción actual, después de la modificación introducida por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre del presente año) o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, el tribunal competente va a ser la Corte Suprema.

En cambio, si las causales en que se funda el recurso son las contempladas en el artículo 373, letra b), esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; o en el artículo 374, que contiene los llamados motivos absolutos de nulidad, la competencia corresponde a las Cortes de Apelaciones.

No obstante lo dicho precedentemente, si el recurso se funda en la causal señalada en el artículo 373, letra b), y el recurrente sostiene que respecto de la materia de derecho objeto del recurso existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, su conocimiento es de competencia de la Corte Suprema.

Y lo mismo ocurre si el recurso se funda en diversas causales, y al menos una de ellas es de competencia de la Corte Suprema, ésta va a conocerlo respecto de todas las causales.

De igual manera se procede si contra la sentencia respectiva se interponen diversos recursos de nulidad, y entre las causales en que se funden haya una que es de competencia de la Corte Suprema (Artículo 376 del Código Procesal Penal).

Sin embargo, van a ser de competencia de la Corte de Apelaciones respectiva los recursos de nulidad que, en virtud de lo predicho, debieran ser de competencia de la Corte Suprema, cuando ésta considera que, de ser efectivos los hechos en que se fundan, serían constitutivos de alguna de las causales indicadas en el artículo 374 del Código Procesal Penal y no de la señalada en el artículo 373, letra a); y cuando estima que tratándose del recurso fundado en la causal del artículo 373, letra b), no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aún existiendo, no fueren determinantes para la decisión de la causa.

5.12.3. Aumento del plazo para su interposición

La ubicación y una primera lectura del artículo 353 del Código Procesal Penal podrían inducir, erróneamente, a sostener que los plazos para interponer todos los recursos en el proceso penal se amplían conforme a la tabla de emplazamiento prevista en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, ello no es así; del estudio armónico y sistemático de dicha norma y del artículo 21 A del Código Orgánico de Tribunales, se desprende que tal aumento de plazo procede sólo respecto del recurso de nulidad, pero no en todos los casos en que éste es procedente, sino sólo cuando se interpone en contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, porque es el único tribunal que, por razones de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el pro-

ceso, puede constituirse y funcionar en localidades situadas fuera de su asiento, para la mejor atención de uno o más casos.

5.12.4. Concepto de errónea aplicación del derecho

La causal de nulidad consistente en la errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo en que éste incurre, contemplada en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, nos parece que debe entenderse referida a una equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo, contempladas en el Código Penal o en alguna ley penal especial; no procedimentales, y para así afirmarlo nos basamos en dos órdenes de fundamentos:

5.12.4.a. Sostener que también debe incluirse la infracción de normas procesales en la causal en referencia, resulta ilógico, de momento que en el artículo 374 se contienen causales vulneratorias de normas de tal naturaleza; por manera que resulta difícil de aceptar que el legislador contemplase dos disposiciones, una en pos de otra, que contuvieren causales de naturaleza idéntica; y

5.12.4.b. La terminología usada por el legislador en el citado artículo 373 b) es similar a la empleada por el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil con ocasión de la regulación del recurso de casación en el fondo, con la única diferencia que en lugar de “derecho”, se habla de “ley”.

5.12.5. Sentencia de reemplazo

Del estudio del artículo 385 del Código Procesal Penal se infiere, sin lugar a dudas, que procede que la dicte el tribunal ad quem cuando el recurso ha sido interpuesto por el imputado en contra de una sentencia definitiva condenatoria, y la causal invocada es la contemplada en el artículo 373, letra b), pues sólo así cabe entender que se faculte a la Corte a invalidarla, y dictar sentencia de reemplazo, cuando el fallo impugnado hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considera tal, o aplicado una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondía.

Asimismo, nos parece impropio, por razones de economía procesal y de economía propiamente tal, que reconociéndose al ministerio público y al querellante particular legitimación activa para recurrir, cuando son ellos los que impugnan de nulidad una sentencia definitiva absolutoria, en circunstancias que debió ser condenatoria, o que aplique una pena menor que la que legalmente correspondía, haya de invalidarse el juicio oral y la sentencia en él librada, en circunstancia que la infracción se produjo en el pronunciamiento del fallo.

5.13. INCOMPETENCIA

El artículo 264 del Código Procesal Penal señala, entre las excepciones de previo y especial pronunciamiento, en su N° 1 la incompetencia del juez de garantía.

A su turno, el artículo 271 establece que si en la audiencia de preparación del juicio oral el imputado plantea la excepción de incompetencia, ésta será resuelta de inmediato.

También constituye causal del recurso de nulidad, según lo previene el artículo 374, letra a).

Asimismo, el tribunal de juicio oral carece de competencia para condenar al imputado respecto de hechos o circunstancias no contenidos en la acusación fiscal; y si lo hace, el fallo incurre en la causal de nulidad señalada en el artículo 374, letra f), sin perjuicio de que se encuentra autorizado para calificar jurídicamente el hecho punible de una manera distinta a la efectuada en la acusación, pero de ello deberá advertir oportunamente a los intervinientes, con el objeto de abrir debate al efecto (Artículo 341 del Código Procesal Penal).

A su turno, las Cortes de Apelaciones, conociendo de un recurso de apelación o de nulidad, carecen de competencia para decretar medidas para mejor resolver, o pronunciarse más allá de lo pedido por los recurrentes, salvo las excepciones indicadas en el inciso primero del artículo 360, ya referidas; ni menos, tienen competencia para reformar un fallo en perjuicio del único recurrente, como también vimos.

LA CUESTIÓN DEL OBISPADO CASTRENSE

*Alberto M. Sánchez**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El marco normativo. 3. El decreto 220/05. 4. El orden normativo internacional. 5. Conclusión.

*A Juan Pablo II,
Apóstol de la paz.*

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad argentina vive hoy momentos de alta tensión respecto del conflicto suscitado entre el Gobierno argentino y la Santa Sede en razón de la situación del Obispo Castrense, Mons. Antonio Baseotto, designado en tal cargo por ésta luego del acuerdo manifestado por aquél a través del Decreto 2499/02.

La cuestión bajo examen se originó, como es de público conocimiento, en declaraciones que el Ministro de Salud de la Nación, Dr. Ginés González García, vertió el día 14 de febrero de 2005 en una entrevista publicada por un matutino de Capital Federal, en la que se pronunció a favor de la despenalización del aborto.

A raíz de ello, el día 17 del mismo mes el Obispo Castrense le envió al Ministro una carta en la que decía, entre otras cosas, textualmente: "Cuando usted repartió públicamente profilácticos a los jóvenes, recordaba el texto del Evangelio donde Nuestro Señor afirma que 'los que escandalizan a los pequeños merecen que le cuelguen una piedra de molino al cuello y lo tiren al mar'..." (Mt. 18, 6).

La misiva se hizo pública y produjo en el gobierno nacional un profundo malestar, por lo que solicitó a la Santa Sede, vía Cancillería, el desplazamiento del Obispo Castrense, por entender que sus dichos

*Doctor en Derecho, Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Comunitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Miembro del Instituto de Derecho Eclesiástico de la Universidad Católica Argentina.

“se convirtieron en una alegoría con connotaciones muy fuertes en la Argentina”, según palabras del Jefe de Gabinete Alberto Fernández. Las “fuertes connotaciones” referían a la vinculación, efectuada por el propio gobierno, con los llamados “vuelos de la muerte”, ocurridos durante el último gobierno de facto.

La posición del Vaticano fue comunicar verbalmente, a través de su Nuncio Apostólico, el apoyo a Mons. Baseotto y la inexistencia de causales en el Derecho Canónico para removerlo por los motivos aducidos por el Gobierno Nacional.

Ante ello, el Presidente Kirchner dictó, el 18 de marzo de 2005, el Decreto N° 220/2005, por el que dispone dejar sin efecto el acuerdo dado oportunamente al obispo cuestionado y suspender su remuneración mensual por el cargo que ostentaba.

A la fecha de estas líneas, la situación fáctica sigue tensándose cada vez más, resultando difícil en este momento predecir cuáles serán los alcances finales del conflicto. Lo cierto es que el fallecimiento del Santo Padre ha puesto la cuestión en un compás de espera, por lo que habrá que esperar un tiempo más para conocer el desenlace final.

2. EL MARCO NORMATIVO

Desde el punto de vista normativo, la creación del entonces Vicariato Castrense tuvo su origen en el “Acuerdo sobre Jurisdicción Castrense y Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas”, suscrito entre la Santa Sede y la República Argentina el 28 de junio de 1957¹.

El Acuerdo contempla la constitución, por parte de la Santa Sede, de un Vicariato Castrense “para atender el cuidado espiritual de los militares de Tierra, Mar y Aire (art. 1)², estando el Servicio Religioso Castrense integrado por un Vicario Castrense, tres Capellanes Mayores (uno por Fuerza) y Capellanes Militares (art. 2).

En cuanto al punto central de la situación que nos ocupa, el art. 4 del Acuerdo prescribe: “El Vicario Castrense será nombrado por la Santa Sede previo acuerdo con el Señor Presidente de la República Argentina”. Analizaremos esto en el punto siguiente.

¹Fue aprobado por Decreto-Ley 7623/57, de fecha 5 de julio de 1957 (B.O. 17/07/57). El Sistema Orgánico del Vicariato Castrense fue estructurado por el Decreto-Ley 12958/57. El primer Reglamento Orgánico elaborado por el Vicariato Castrense fue aprobado por Decreto 5924/58. Ver los antecedentes en: Padilla, Norberto y Juan G. Navarro Floria. “Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”. Secretaría de Culto. Buenos Aires. 1997.

²La jurisdicción se extiende además a los familiares de los militares y servicio doméstico que convive con ellos en los establecimientos militares, como a los cadetes de instituciones de formación militar y personal de hospitales militares y otras instituciones del área (art. 10).

Finalmente, no puede soslayarse el importante haz de facultades que el Acuerdo y las normas de aplicación posteriores otorgan al Vicario Castrense –hoy Obispo Castrense–, de cuya simple lectura se desprende que el impedir al Vicario Castrense el ejercicio de su jurisdicción no es un tema menor, ya que compromete de modo esencial el funcionamiento del servicio religioso en las Fuerzas Armadas. Es obvio, en este sentido, que no estamos, en el supuesto sub examine, en el caso de vacancia contemplado en el art. 4 del Acuerdo, en cuyo caso el Pro-Vicario, o en su falta, el Capellán militar más antiguo asume las funciones de modo interino.

El Acuerdo analizado sufrió modificaciones como consecuencia del intercambio de notas reversales operado en abril de 1992. Tales modificaciones, que no afectaron la jurisdicción, consistieron, a propuesta del Gobierno argentino, en los siguientes ítems:

- a) Cambio de denominación, pasando a llamarse “Obispado Castrense de la República Argentina”, con carácter de Ordinariato, es decir, equiparado jurídicamente a Diócesis.
- b) El Obispado estará a cargo de un Obispo Castrense, que podrá contar con un Obispo Auxiliar.
- c) En caso de vacancia se hará cargo el Obispo Auxiliar o, en su defecto, el Vicario General o, en su defecto, el Capellán más antiguo.
- d) La referencia hecha por el Acuerdo de 1957 a la Instrucción “De Vicariis Castrensibus” (1951) debe considerarse hecha a la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*” (1986).
- e) Las citas de los cánones del Código de 1917 deben ser consideradas efectuadas a los cánones correspondientes del Código de 1983.

En razón del intercambio de notas y las modificaciones consecuentes, el 24 de agosto de 1992 se dictó el Decreto-Ley 1526/92³, por el que se reconoce al Obispado Castrense de la República Argentina con rango y dignidad de Diócesis.

Debe necesariamente mencionarse, para finalizar el esquema normativo bilateral, que el Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y la República Argentina el 10 de octubre de 1966, aprobado por Ley 17.032 (23/11/66), dispone, en su Artículo III, que “todo lo relativo al Vicariato Castrense continuará rigiéndose por la Convención del 28 de junio de 1957”. Esto implica una clara y explícita ratificación de la voluntad de las partes de mantener incólume lo resuelto en el Acuerdo respecto del Vicariato.

Por otra parte, y volveré sobre ello luego por ser de fundamental importancia, el artículo 6 del Acuerdo dispone: “En caso de que hubiesen

³B.O. 31/08/92.

observaciones u objeciones por parte del Gobierno Argentino conforme a los artículos segundo y tercero, las Altas Partes contratantes buscarán las formas apropiadas para llegar a un entendimiento; asimismo resolverán amistosamente las eventuales diferencias que pudiesen presentarse en la interpretación y aplicación de las cláusulas del presente Acuerdo”.

No es posible terminar este acápite sin hacer mención a las disposiciones pertinentes del Código de Derecho Canónico aplicables al caso, las que serán analizadas en el acápite correspondiente.

3. EL DECRETO 220/05

Como se ha dicho, el día 18 de marzo de 2005 el Presidente de la Nación dictó el Decreto 0220/2005, que dispone:

“Artículo 1º.- Déjase sin efecto el acuerdo a Su Excelencia Reverendísima Monseñor Antonio Juan Baseotto, C.S.R. (L.E. N° 5.569.378) como Obispo Castrense y, en consecuencia, derógase el Decreto N° 2499 de fecha 1º de Diciembre de 2002.

Artículo 2º.- Suspéndese la vigencia del Decreto N° 1084 de fecha 14 de setiembre de 1998, en lo que hace a la remuneración mensual total de Pesos Cinco Mil (\$ 5.000) fijada por el artículo 2º y su planilla anexa, hasta tanto se produzca la designación de un nuevo Obispo Castrense en las condiciones citadas”.

El art. 3º es de forma.

Analizada la norma en cuestión, no dudo en señalar que la misma es nula, de nulidad absoluta, en los términos de la Ley 19.549 (Procedimientos Administrativos), art.14, inc. b), sin perjuicio de lo que señalaré más adelante acerca de la normativa internacional.

En efecto, la norma es nula por *falta de causa*. De la lectura de sus considerandos se advierte que la única causal esgrimida está contenida en el considerando segundo, que textualmente reza: “Que las expresiones de Su Excelencia Reverendísima Monseñor Antonio Juan Baseotto, invocando alegorías de connotaciones muy fuertes en la República Argentina, que recuerdan los llamados ‘vuelos de la muerte’, reivindican los métodos de la dictadura, apoyan a los ejecutores de tales crímenes y lejos están de aportar a la paz y la armonía o al cuidado espiritual de las Fuerzas Armadas”. Lo dicho es lo único expresado en el Decreto que tenga visos de fundamentación del decisorio.

En concreto, se acusa al Obispo Castrense de:

- a) Reivindicar los métodos de la dictadura y
- b) Apoyar a los ejecutores de los crímenes vinculados a los “vuelos de la muerte”.

Ahora bien, ¿tiene esto algún asidero?

Como ya se ha transcrito, el Obispo Castrense, en una carta dirigida al Ministro de Salud, sólo indicó que la actitud de éste de repartir preservativos entre los adolescentes y jóvenes le recordó una frase bíblica, dicha por el mismo Jesucristo: ‘los que escandalizan a los pequeños merecen que le cuelguen una piedra de molino al cuello y lo tiren al mar’... (Mt. 18, 6). Se refiere a la cita que los exégetas titulan como “gravedad del escándalo”, y cuya hermenéutica está muy lejos de referencias a los “vuelos de la muerte”. Las palabras de Jesús aluden a la vida eterna y a la posibilidad cierta de condenación en caso de escandalizar. Sobre esto se ha dicho: “La gravedad del escándalo se expone con el grafismo oriental. El amor al prójimo exige desearle el bien, y el escandaloso lo empuja al mal. Sapiencialmente hablando, esto le condena. Por eso, le valía más que lo arrojaran al mar –con el grafismo descriptivo que utiliza, y que eran formas usuales de decir– que no a la gehenna (infierno)... Naturalmente, no quiere decir que esto se realice materialmente. Si escandaliza un ojo y se lo corta, queda el otro para seguir escandalizando. La comparación está hecha sobre un principio de la ley natural: hay que sacrificar la parte por el todo. Aquí, con este aviso, se alerta sobre la gravedad del escándalo, y el castigo que le corresponde en orden a evitarlo”⁴.

Queda más que claro, así, el sentido de la expresión bíblica. A la luz de ella, no puede haber duda alguna que el Ministro de Salud escandaliza a los menores, entregándoles preservativos que no pueden servir para otra cosa que para mantener relaciones sexuales fuera del contexto del matrimonio y, por ello, pecaminosas en la doctrina de la Iglesia. En lugar de aconsejar la abstención sexual hasta el matrimonio –doctrina de la Iglesia– el Ministro se enrola en la idea del “sexo seguro”, que en realidad es “supuestamente seguro” y, para la Iglesia, indudablemente libertino.

¿Qué otra cosa puede hacer un obispo católico, ante esta actitud, que prevenir usando las palabras mismas de Jesús? Es más, ¿qué otra opción le cabe a un obispo cuya jurisdicción está, por así decirlo, “dentro” del ámbito estatal, que llamar la atención sobre las conductas escandalosas protagonizadas por funcionarios estatales? No puede soslayarse que, entre las obligaciones de todo obispo está la de “defender con firmeza, por los medios que se consideren más aptos, la integridad y la unidad de la fe...” (c. 386, 2) y la de “... predicar la Palabra de Dios en todo lugar...” (c. 763).

Ahora bien, vincular la cita evangélica con los llamados “vuelos de la muerte” es algo de una incongruencia alarmante. ¿De qué modo puede una expresión de Jesús, como lo dice el Decreto, “reivindicar los métodos de la dictadura y apoyar a los ejecutores de los crímenes vinculados a los

⁴Profesores de Salamanca. “Biblia Comentada”. Tomo V. BAC. Madrid. 1976. 286/287.

“vuelos de la muerte”? ¿Es que acaso debería interpretarse que cuando Jesús habla de “si tu ojo te escandaliza, sácatelo y échalo de ti”, está aconsejando la mutilación, o cuando, refiriéndose a Judas, dice “más le valdría no haber nacido”, está proclamando la validez del aborto?

El Presidente remueve ilegalmente al Obispo Castrense por una interpretación antojadiza e infundada de sus expresiones, no porque ellas sean, en sí mismas, cuestionables. Y, más grave aún, sienta un precedente de impredecibles consecuencias hacia el futuro, toda vez que se sanciona a un integrante de las Fuerzas Armadas –además dignatario de la Iglesia– por lo que piensa y expresa, violando arteramente el derecho a la libertad de expresión, uno de los derechos de raigambre constitucional de mayor importancia en la vida democrática.

La incongruencia de la fundamentación del Decreto se ve más clara aún si se piensa en que el Presidente no tomó medida alguna contra el Ministro que se pronunció a favor del aborto, crimen tipificado en el Código Penal y expresamente prohibido por la normativa de rango constitucional. No obstante, el considerando segundo se refiere a la “justicia” y a la “verdad” como pilares de la “defensa de los derechos humanos”. ¿Dónde está la justicia en la propuesta de González García de despenalizar el aborto? ¿Cuál es la verdad que da fundamento a dicha propuesta? ¿Cómo se compatibiliza la intención del Ministro con la defensa de la vida, derecho humano por antonomasia?

Desde el punto de vista legal, en la República Argentina existe persona desde la concepción en el seno materno (art. 70 del Código Civil). Esto es de suma relevancia, ya que antes de su nacimiento las personas pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido, según lo dispone el mismo artículo. Conforme a esta definición, que reconoce obviamente irrefutables fundamentos metajurídicos, en la Argentina el aborto es un delito (arts. 85 a 88 del Código Penal). Es importante destacar que el derecho a la vida tiene en nuestro país jerarquía constitucional, ya que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional otorga tal rango a diversos instrumentos internacionales que lo consagran. Así ocurre con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948 (art. I); la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, también de 1948 (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 6). Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, también comprendida en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, reputa niño a todo ser humano menor de 18 años (art. 1), habiendo la República Argentina efectuado una reserva mediante la cual este artículo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano *desde el momento de su concepción* y hasta los 18 años de edad. El derecho a la vida, finalmente, está consagrado en las Constituciones provinciales de Buenos Aires (12, inc. 1), Catamarca (7), Chaco (14 y 15), Chubut (18), Córdoba (4), Corrientes (29, implícitamente),

Entre Ríos (5), Formosa (5), Jujuy (19), La Pampa (31, implícitamente), La Rioja (19), Mendoza (8), Misiones (7 y 8), Neuquén (13), Río Negro (16), Salta (17), San Juan (15 y 22), San Luis (13), Santa Cruz (3), Santa Fe (6), Santiago del Estero (16), Tierra del Fuego (14), Tucumán (22 y 35, inc. 1) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (10). Conforme lo expuesto, resulta claro que *el aborto es manifiestamente inconstitucional* por atentar contra el derecho a la vida que tiene todo ser humano desde su concepción en el seno materno, siendo hoy científicamente indubitable que la vida comienza en el preciso momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide.

Todo ello indica que si hubo alguien que actuó ilegalmente en este tema fue el Ministro de Salud, quien por otra parte hace rato que ha instalado el aborto en la Argentina con sus planes de “Salud Reproductiva” y la consiguiente distribución de DIU –de indudable carácter antiimplantatorio– y de píldoras en base a Levonorgestrel, droga con efectos abortivos prohibida por la Corte Suprema en el precedente “Portal de Belén”.

Lo dicho pone en claro que el Decreto en examen carece de causa por ser falsos los hechos que le dan fundamento y, por ende, es nulo de nulidad absoluta.

También el acto administrativo analizado carece de *motivación* (Ley 19.549, art. 7, inc. e), que consiste en “la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto”⁵. El acto no contiene una sola referencia a qué normas habría violado el Obispo Castrense con sus dichos. En otras palabras, la necesidad de motivar el acto exige no solamente indicar el “porqué” y “para qué” se lo emite, sino fundamentalmente dejar en claro que la solución que se adopta tiene una vinculación de justicia con los antecedentes fácticos y jurídicos del caso. No puede divorciarse la medida tomada de todo aquello que le confiere lógica y justicia, y por eso mismo la norma exige también acá que se sustente en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable. En definitiva, cuando no existe motivación del acto, cuando no se explicitan los antecedentes de hecho y derecho que llevaron a dictarlo y no queda clara la relación entre ellos y la solución justa del problema planteado, existe arbitrariedad. Lo ha dicho muy claramente la Corte de Justicia de Mendoza: “A través de la motivación del acto de la Administración podrá distinguirse si el ejercicio discrecional ha sido o no arbitrario. Discrecionalidad no es arbitrariedad; son más bien conceptos antagónicos; lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo

⁵Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. LexisNexis. Buenos Aires, 113.

caso, y no meramente de una calidad que lo haga inatacable...⁶. Esto explica que, con mayor razón, la motivación debe existir cuando, como en este caso, no existe actividad discrecional sino reglada.

Por último, se ha afectado también el elemento *finalidad* (Ley 19.549, art. 7, inc. f). “La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto. De modo que la finalidad, en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente”⁷. La norma prohíbe que se persigan encubiertamente otros fines y exige que “las medidas que el acto involucre sean proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”. ¿Cuál es, en el caso que estudiamos, el elemento teleológico? ¿Cuál es el fin perseguido con el dictado del acto? Nada podemos extraer sobre esto de la lectura del mismo.

Los argumentos expuestos precedentemente demuestran con claridad que el Decreto 220/2005 es nulo de nulidad absoluta en razón de lo dispuesto en el art. 14, inc. b) de la Ley 19.549, por carecer de causa (art. 7, inc. b), motivación (art. 7, inc. e) y finalidad (art. 7, inc. f).

4. EL ORDEN NORMATIVO INTERNACIONAL

Sin perjuicio de lo ya dicho en cuanto a la nulidad absoluta del Decreto 220/05, el mismo es también violatorio del orden jurídico internacional.

Como se ha explicado, el mecanismo de designación del Obispo Castrense implica un procedimiento complejo integrado por una propuesta de la Santa Sede, un acuerdo del Poder Ejecutivo Nacional y una designación posterior por parte de la primera, todo ello en el marco de un tratado bilateral. De allí deviene la imposibilidad jurídica de alterar este tipo de designaciones de modo unilateral.

Habiéndose producido el acuerdo y la designación subsiguiente, no hay otro modo de remover al designado que la concurrencia de la voluntad de ambas partes o la incursión por parte de aquél en causales de remoción previstas en la normativa de aplicación. En este sentido, la posibilidad de “quitar” el acuerdo es tan ilegal como lo sería que el Senado de la Nación “quitara” el acuerdo oportunamente concedido para la designación de un juez de la Corte Suprema de Justicia, en los términos del art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional, pretendiendo que con ello dicho magistrado cesara en sus funciones.

Ahora bien, el primer paso es precisar que las expresiones de Mons. Baseotto se enmarcan en la dimensión pastoral de su tarea. Nada hay en ellas que hagan alusión a actividad alguna concerniente a su carácter

⁶SC. Mendoza, junio 10-997.- “Consorcio Surballe-Sadófschi c. Provincia de Mendoza”. La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 16-12-97.

⁷Marienhöf, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1981, 344.

específicamente castrense. Conviene entonces recordar que el Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y Argentina en 1966 dispone, en su artículo 1, que “el Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica, Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual... así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos”. Por otra parte, el artículo 2º del Decreto-Ley 12958/57 prescribe que “En el orden militar y jurídico el Vicariato Castrense dependerá directamente del Presidente de la Nación”.

Aclarado esto, es claro que la carta del Obispo Castrense al Ministro de Salud, con nítidas previsiones de carácter pastoral, en modo alguno puede incluirse entre aquellos actos por los cuales el Obispo “depende” del Presidente de la Nación. Dar a las palabras de Mons. Baseotto otro marco implicaría tanto como pretender que un Obispo de la Iglesia Católica puede ser supervisado en su actividad pastoral por el Presidente de la Nación, lo que es a todas luces absurdo y choca frontalmente con el ya comentado art. 1 del Acuerdo de 1966. Esta dependencia es la que parece esgrimir el Gobierno Nacional en cuanto funda su decisión en el art. 99, incs. 1 y 12 de la Constitución Nacional. El primero de ellos alude a su carácter de jefe supremo de la Nación, mientras que el segundo refiere a su calidad de “comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación”.

Por último, como es bien sabido, el cumplimiento de todo Tratado de Derecho Internacional está dominado por el principio *pacta sunt servanda*, normativizado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con la siguiente fórmula: “Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26).

5. CONCLUSIÓN

Las argumentaciones expuestas me llevan a plantear las siguientes conclusiones:

- a) El Decreto 220/05 es nulo de nulidad absoluta por carecer de causa, motivación y finalidad, de acuerdo a las disposiciones pertinentes de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.
- b) El Decreto 220/05 es inconstitucional por vulnerar el orden de prelación de las normas en nuestro derecho interno, toda vez que se pretende modificar por decreto una situación consolidada en razón de un tratado internacional y una ley del Congreso.
- c) El Decreto 220/05 es también violatorio de los Acuerdos suscritos entre la República Argentina y la Santa Sede de 1957 (art. 4) y de 1966 (arts. I y VI).

Para agregar confusión al respecto, altos funcionarios del Gobierno Nacional efectuaron declaraciones públicas en el sentido de que nada impedía a Mons. Baseotto ejercer su actividad pastoral habitual, no obstante que el Decreto en examen dejaba sin efecto el acuerdo y suspendía el pago de la remuneración correspondiente al cargo. Esta actitud motivó que la autoridad eclesiástica argentina solicitara al Gobierno Nacional una aclaración por escrito de la situación del Obispo Castrense, a lo que se ha negado hasta hoy.

Las consecuencias de esta situación son impredecibles. Desde el punto de vista del Derecho Canónico existe la posibilidad de que se declare al Obispado Castrense "Diócesis impedida", a tenor del c. 412, lo que ocurre "... cuando por cautiverio, relegación, destierro o bien incapacidad, el Obispo diocesano se encuentra totalmente imposibilitado para ejercer su oficio pastoral en la diócesis...". En el presente caso, no habiendo la Santa Sede aceptado el desplazamiento del Obispo por no existir causales canónicas para ello, es obvio que no existirá consentimiento en dicho desplazamiento, abriéndose así una instancia de lamentable incertidumbre.

Es claro que una cosa es lo que el Gobierno Nacional ha manifestado verbalmente intentando volver sobre sus pasos y otra es la que surge de la letra del Decreto 220/05, conforme a la cual, Mons. Baseotto ha sido removido de su cargo, con lo cual no se entiende cómo puede seguir cumpliendo sus funciones con normalidad.

En definitiva, este lamentable episodio pone nuevamente en jaque las relaciones del Gobierno argentino con la Santa Sede, reeditando épocas a las que no quisiéramos volver. Como bien lo afirma Padilla, "hostilidad y persecución religiosa, paradójicamente o no, ha sufrido la Iglesia Católica, con el asesinato y expulsión de ministros y el incendio de templos, colegios y curias"⁸.

Es hora de entender que ya hemos superado la institución del Patronato, y que el derecho a la libertad religiosa tiene precisamente como pilar básico la posibilidad de manifestar libre y responsablemente las verdades de la fe. No es por el camino de la censura previa ni de la sanción posterior por donde pasa la convivencia pacífica y fructífera entre Iglesia y Estado. Por el contrario, todo gobernante, sobre todo en un estado de derecho, tiene el deber insoslayable de respetar esta legítima libertad de expresión, con los límites que imponen el orden público, la moral y las buenas costumbres.

El camino inverso es altamente peligroso. Suponer que el Estado puede cuestionar y castigar, por la vía de caprichosas hermenéuticas, la prédica de un obispo, es tanto como pretender el sometimiento de la Iglesia al Estado, aspiración propia de los regímenes totalitarios.

⁸Padilla, Norberto. "Ciento cincuenta años después", en "La libertad religiosa en la Argentina" (AA.VV.). CALIR. Buenos Aires. 2003, 43.

DEL DERECHO COMO ARTE DE LO JUSTO AL DERECHO COMO ARTE DE MAGIA (a propósito de la llamada “falta de servicio”)

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO: Introducción. 1. La responsabilidad del Estado no tendría sustento en la Constitución. 2. La regulación de la responsabilidad del Estado la habría reenviado la Constitución a la ley. 3. La ley habría configurado la regulación de la responsabilidad del Estado-Administración sobre la idea de la falta de servicio. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Más de alguno podrá sentir perplejidad al leer el título que encabeza estas líneas, pero al leerlas completas estoy seguro que convendrá conmigo en la verdad y certeza de ellas.

En efecto, ya los romanos concebían al derecho –al *ius*– como arte de lo justo (*ius sive iustum/el derecho, es decir lo justo*)¹, y por cierto el pensamiento griego, Aristóteles, lo concebía así igualmente (to *dikaion/lo justo– Diké la diosa de la justicia*)², e incluso siglos antes, el pensamiento hebreo (en el Antiguo Testamento) también concebía al derecho como justicia, y como justicia/santidad (el justo es el santo)³.

*Profesor de Derecho Administrativo, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

¹Vid. *El derecho un arte de lo justo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino 1998 (Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 1999, E. Soto Kloss editor), con trabajos de F. Samper P., A. Guzmán Brito, J. de D. Vial Larraín, J. García Huidobro y R. Madrid Ramírez.

²Vid. el clásico *El derecho, perspectiva griega, judía y cristiana*, de M. Villey. Ghersi Editor (Pequeña biblioteca de filosofía del derecho). Buenos Aires. 1978; también *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y Santo Tomás*. ídem. 1981; de L. Lachance, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*. Soc. Fabril Editora. Buenos Aires. 1953.

³Vid. Villey, *El derecho* cit.; más específicamente, mi *Antecedentes veterotestamentarios de la dignidad de la persona humana*, en *Revista de Derecho Público* 41/42 (1987), 49-75, (más ampliamente en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, I, 50-71; hay traducción al polaco/Prof. K. Complak, en *Godnosc czlowiecka jako kategoria prawa*, Wroclaw. 2001, 55-64).

Y aún cuando sólo a partir de los siglos XVII y XVIII se fue concibiendo al derecho como facultad/voluntad (Suárez, Grocio, Puffendorf, Wolff⁴) y luego, en especial 1789 francés, a entenderlo en una visión estatalista como ley (con la hegemonía de los parlamentos/siglo XIX), para todo hombre o mujer que estudia Derecho –y que luego lo ejerce, especialmente como juez– y lo aplica, sigue siendo (aunque a veces lo fuerza) un “arte de lo justo”, un instrumento de justicia a fin de que la convivencia social se desarrolle en paz. Y es que jamás habrá paz si no hay justicia, porque la paz es obra de la justicia, cosa que comprendieron muy bien los genios de nuestra cultura judeo-romana-cristiana, empezando por Isaías, el gran profeta, allá 600 a 700 años antes de Cristo, que el primero expresara, con claridad pasmosa, aquello de “pax opus iustitia”⁵.

Pues bien, por desgracia el fragor de las batallas judiciales y el afán de sacarse de encima demandas que muchas veces –las más– son de evidente justicia y merecen el acogimiento en la más evidente equidad, lleva a la defensa de los intereses “gubernativos” (no confundir con los intereses del “Estado”, ya que el Estado lo componen los ciudadanos todos) a plantear ideas que no resisten la más mínima concordancia con la Constitución, y que incluso –tomadas a veces del derecho extranjero– no concuerdan ni siquiera con el derecho vigente en esas naciones.

Un típico ejemplo de ello es la noción o idea o expresión de “falta de servicio”, que aparece en la Ley 18.575 art. 44 (y que se le ha dado una connotación o sentido –diverso según autores y según fallo judiciales–) y en la Ley 18.695 art. 141 (que retoma el art. 5º transitorio del DL 1.289, de 1978, y que ha tenido una interpretación, diría uniforme, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, dándosele el exacto sentido de “omisión”).

No trataré aquí la disconformidad de la noción chilena que se ha dado a la idea de “falta de servicio” francesa, con el propio régimen francés, “faute du service”/culpa del servicio, ya que a ello me he referido en dos ocasiones recientes; primeramente en el comentario a “Torres Velásquez” (C. Apelaciones de Concepción 18.12.2003, en *Ius Publicum* 12/2004, 245-264, y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 100/2003, 2.5, 163-170, comentario en 170-180), y luego a “Parada Toloza” (C. Apelaciones de Concepción 18.1.2006, en *Ius Publicum* 16/2006, 241-267, más ampliamente).

Sí me referiré, y solamente, a la “incoherencia” que significa plantear, como lo han hecho ciertos fallos de la Corte Suprema, que el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por daños producidos por la

⁴Vid. Ph. J. André-Vincent, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*. Gherzi Editor. Buenos Aires. 1978; M. Villey, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural (racionalista)*. Gherzi Editor. Buenos Aires. 1978. Más ampliamente, su *La formation de la pensée juridique*. Montchretien. Paris. 1975, 397-707 (hay edición Puf. Paris. 2003).

⁵Isaías, 32, 17 (“La paz es obra de la justicia, y el fruto de la justicia, el sosiego y la seguridad para siempre”).

Administración 1) no tendría sustento en la Constitución sino que 2) ésta lo habría reenviado a la ley, para que ésta lo regulara, y 3) esa ley habría determinado que ese régimen estuviera fundado en la noción de falta de servicio (y ésta entendida como “culpa del servicio” traduciendo el término francés de “faute du service”⁶).

Como se advierte, el tema es *bien* preciso, *bien* delimitado y lo haré *bien* resumido para mayor claridad y brevedad.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NO TENDRÍA SUSTENTO EN LA CONSTITUCIÓN

- En cuanto a este punto, ello ha sido afirmado por la 4ª Sala de la Corte Suprema en “Domic Bezic” (15.5.2002, casación fiscal acogida que anula sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena 24.10.2001 que confirmaba sentencia de 31.8.2000 de Juzgado de Letras de La Serena, condenando al fisco por daño moral por actuaciones de organismos del Estado que terminara con la muerte del marido de la actora), consid. 5º, cuyo texto señala que “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional sino son consecuencias necesarias de la naturaleza del Estado...”⁷.

Nos hemos hecho cargo de esta atrocidad jurídica, ya en el comentario a “Torres Velásquez” cit. (253-255).

Baste aquí resumir: si la responsabilidad del Estado no deriva de la Constitución, significa desconocer que están vigentes los arts. 6º inc. 3º, 7º inc. 3º y 38 inc. 2º, y respecto de la responsabilidad del Estado juez, el art. 19 nº 7 letra i), que expresa, clara y formalmente disponen que la Constitución reconoce la responsabilidad del Estado por vía general y, específicamente, además, de una manera particular la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del Estado juez penal.

⁶El sistema constitucional vigente lo he desarrollado en mi *Derecho Administrativo* cit., II, 292-311; también, resumido en *El sistema chileno de responsabilidad del Estado*, en Castaño-Soto Kloss (editores), “El derecho natural en la realidad social y jurídica”. Academia de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005, 455-464; vid. también en comentario a *Torres Velásquez* cit. 253-255.

⁷En RDJ t.99/2002, 2.5, 126-154 (con comentario); también *Pisani Burdiles* t.100/2003, 2.5, 17-30 (con comentario). Igualmente insiste dicha 4ª Sala en tal planteamiento en *obiter dictum* en *Santibáñez Viani* (C. Suprema 16.8.2004, que desecha casación fiscal en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10.12.2002), consid. 15º; vid. los fallos aludidos en *lus Publicum* 14/2005, 225-234; también en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 101/2004, 2.1, 220-224.

Por lo demás, es posible señalar más de 40 fallos entre los años de la última década que afirman que la responsabilidad del Estado Administración tiene su fundamento en la Constitución, arts. 6º inc. 3º, 7º inc. 3º y 38 inc. 2º (v.gr. todos los fallos/ más de 30 que han acogido las demandas de nulidad y responsabilidad del Estado a raíz de la aplicación de DL 77/1973, vid. últimamente “Pey Casado”/RDJ t. 99 (2002) 2.5, 113-126 y nota de p. 114 en donde cito 6 casos más)⁸.

Sin ir más lejos, en Antofagasta, “Baeza Rojas”/2002 (el caso de la arsenalera del Hospital Regional) acoge la demanda de responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud, fundamentada precisamente en esas disposiciones de la Constitución de 1980 referidas (consids. 16 y 18)⁹.

2. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LA HABRÍA REENVIADO LA CONSTITUCIÓN A LA LEY

- En cuanto al segundo punto (y dejada aparte –aquí– la incoherencia de afirmar que la responsabilidad del Estado no tendría sustento en la Constitución y luego sostener que ella la habría reenviado a la ley para su regulación), referido a que la Constitución Política no posee régimen alguno de responsabilidad del Estado Administrador, y que por ello lo ha reenviado a la ley para que ésta lo regule, ya lo he controvertido tanto en el mismo comentario que he hecho a “Domic” cit. 153 espec., como en “Torres Velásquez” cit. 253-254, como en mi “Derecho Administrativo”, t. II, pp. 292-311¹⁰.

⁸Vid. también de la misma 3ª Sala de la Corte Suprema, “Quintana Olivares”, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 98/2001, 2.5, 13-23 (consids. 7 al 10, p. 16). Este fallo establece claramente que la responsabilidad del Estado-Administrador proviene de la propia Constitución, art. 38 inc. 2º, e incluso que la acción para perseguirla es *imprescriptible*, puesto que carece de plazo de prescripción. Sobre fallos recaídos en el contencioso anulatorio/resarcitorio del DL 77/1973 cit., vid., entre otros, *Pérsico Paris*, en Gaceta Jurídica 209/1997, 67-76; *Balra Moreno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 95/1998, 2.1, 116-121; *Sánchez Michea*, ídem t. 95/1998, 2.5, 114-126; *Cantero Prado*, t. 96/1999, 2.5, 69-73; *Cademartori*, ídem, 2.1, 139-143; *Brian de Diego*, t. 97/2000, 2.5, 83-92; *Rodríguez Valenzuela*, ídem 185-191; *Pey Casado*, t. 99/2002, 2.5, 113-126, *Bussi Soto* (C. Suprema, 4.7.1998, en Gaceta Jurídica 217/1998, 83-88). Varios no publicados –a nuestro conocimiento– hemos referido en *Aedo Alarcón* (La Semana Jurídica Nº 7, 25.12.2000-1.1.2001, nota 2, p. 14) y otros en notas a pie de página en los publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

⁹He comentado el caso en *Ius Publicum* Nº 10/2003, 215-218.

¹⁰Este planteamiento, surgido a raíz del análisis no sólo de la Constitución Política de 1925 sino muy especialmente de la jurisprudencia judicial suprema desde 1858 a 1970 y tantos, ya lo formulaba en *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en Revista de Derecho Público 21/22 (1977), 149-155; ampliado en *La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)*, en Revista de Derecho Público 27 (1980), 133-171, resumido para sus referencias a la Constitución de 1980, en *Bases*

Baste recordar aquí brevemente dos cosas: *una*, que desde 1858, en “Bernardino Bravo” (Gaceta de los Tribunales 1858, 873, 2) y durante todo el siglo XIX, en no poca jurisprudencia, e incluso en un cúmulo de fallos recaídos con ocasión de daños producidos por los beligerantes de la guerra civil de 1891 (vid. mi comentario a “Parada Toloza” cit. su nota 11, pp. 258-259, en donde cito 12 casos), cuando se plantea y acoge la responsabilidad del Estado Administración *se parte de la base de la Constitución Política*/art. 12 n° 5 (afectación del derecho de propiedad por causal no prevista en la Constitución para privar a alguien de su dominio, de lo suyo), y por ende se reconoce claramente que existe un régimen regulatorio en la propia Constitución. No se olvide que con la Constitución Política de 1925/ art. 10 N° 9 se le va a agregar la idea que el daño va a significar una violación a la igualdad de las cargas públicas, como lo recordará como “*obiter dictum*”, el fallo “Lapostol”/1930 (consid. 7°)¹¹.

Y la *otra*, que una tal afirmación desconoce pura y simplemente el art. 6° incs. 1° y 2° de la Constitución, los cuales han establecido tanto la “vinculación directa” de los preceptos de la Constitución como su “operatividad práctica”, precisamente para no recaer en el absurdo e inepticia lógica de tiempos de aplicación de la Constitución de 1925, en que la vigencia de los preceptos de ella se entendiera que quedaba entregada a la voluntad y decisión del legislador (recuérdese casos de arts. 20 y 87), es decir, que la voluntad del constituyente quedaba subordinada a la del legislador, que la norma fundamental quedaba en su aplicación entregada a la ley, y los derechos y libertades ciudadanas subordinados al capricho o discrecionalidad del legislador (mandatario del ciudadano y no autónomo ni soberano de éste).

Ello indica muy claramente que los postulados de la 4ª Sala no se avienen, ni se adecuan, ni se conforman con la Constitución, sino que revelan resabios sobrepasados ya largamente de un parlamentarismo sin base jurídica alguna hoy, y de oligarquías partidistas probadamente fracasadas y que sólo sirvieron para avasallar los derechos fundamentales de las personas.

para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81 (1984), Primera Parte, Sección Derecho, 87-96.

¹¹El consid. 3° de *Becker con Fisco* (C. Suprema 13.1.1965, casación en el fondo/Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 62 (1965) 2.1, 6-13) señala que bajo la Constitución de 1925, los arts. 20 y 87 establecían la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, por el error judicial en materia penal, y de la Administración respectivamente (en mi *Derecho Administrativo* cit. II, 413-420).

3. LA LEY HABRÍA CONFIGURADO LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRACIÓN SOBRE LA IDEA DE LA FALTA DE SERVICIO

- El tercer punto *aludido* se refiere a que habiendo reenviado la materia la Constitución a la ley (basado en una interpretación farisaica del inc. 3º del art. 7º Constitución: ...“originará las responsabilidades y sanciones que *la ley señale*”), esta ley sería la orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, 18.575 (1986), que es una ley especialmente de “*organización*” (título II), con un título I de “normas generales”, y un título III sobre “probidad administrativa”¹², es decir, de típica regulación “doméstica”.

Pues bien, entre esas “normas generales” se encuentra precisamente el art. 4º, retomando la idea del art. 38 inc. 2º de la Constitución, que, como aparece en la propia sesión 410 de la Comisión Ortúzar (30.8.1978, pp. 3439-3440), se refiere a la responsabilidad del Estado¹³. Como norma general que es, establece con luminosa claridad que “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 pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Es decir, establece esa responsabilidad de manera bien clara, tajante, sin excepción, en la medida que el daño se haya producido “en ejercicio de sus funciones”¹⁴.

Ateniéndose a esta formulación no debería existir problema alguno, ya que la responsabilidad del Estado Administrador requerirá la existencia del daño, la debida relación causal entre autor (del acto, hecho u omisión) y ese daño en una víctima, y una víctima no obligada jurídicamente a soportar tal daño (lo estaría, v.gr., en el supuesto de ser una carga pública, en la medida que ésta fuera igualitaria, conforme con el art. 19 N° 20 de la Constitución).

¹²Léase simplemente el inicio del art. 38 inc. 1º: “Una ley orgánica constitucional determinará la *organización básica* de la Administración Pública” (cursivas nuestras), y el epígrafe que encabeza el párrafo: “Bases generales de la Administración del Estado”. Si se analiza bien el inc. 1º referido se concluye aún más certeramente que se refiere a temas de “organización interna” de la Administración: “garantizará la carrera funcionaria” y sus “principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse”; “aseguraré tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

¹³ Este inciso 2º fue modificado por la Junta de Gobierno en el texto sometido a plebiscito, introduciéndole los términos “contencioso administrativos” entre “tribunales” y “que determine la ley”, los que fueron eliminados por la ley 18.525 (17.8.1989) de reforma constitucional, volviéndose así a su formulación originaria, que es la de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por su Administración.

¹⁴ Hago presente que en la Comisión formada por profesores de derecho administrativo de distintas universidades de aquella época, que elaborara el proyecto de ley, luego 18.575, dicho precepto fue de mi autoría.

Y entre las normas del título II, párrafo 1º “De la organización y funcionamiento”, aparece en su art. final (44), luego de preceptos referidos a la organización de la Administración del Estado y de competencia de órganos, esta disposición cuyo texto señala que “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por *falta de servicio* (inc. 1º). No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal” (inc. 2º).

Lo que resulta curioso es la afirmación de ciertos fallos (v.gr. *Figueroa Gallardo*, C. Suprema 8.5.2002, rol 3427, y especialmente *Hernández Espinoza*, C. Suprema 30.4.2003, Gaceta Jurídica 274/2003, 59-75, consids. 13 y 14) en cuanto a que *el régimen que la ley 18.575 establecería de la responsabilidad del Estado Administración sería el de la “falta de servicio”, y entendida ya no sólo como “omisión” de actuar como aparece de la noción misma de “falta/ausencia”, sino también cuando su actuar es tardío o defectuoso (consids. 8º y 14º de Hernández cit.)*¹⁵.

Y digo “curioso” porque ello revela una serie de incoherencias que hacen que el tal pretendido régimen –aparentemente– unitario no lo sea ni mínimamente, ni tampoco dé cuenta de los diversos sectores o actividades en que pueden recaer los daños en las personas producidos por la Administración del Estado.

En efecto, sin entrar en prolijos detalles que alargarían esta exposición, bástenos indicar:

1. el art. 44 reduciría –tratándose de normas de organización de la Administración del Estado– *lo estipulado por su propio art. 4º*, que tiene un alcance amplio y general, ya que allí –título I– se establecen los “principios generales” de la organización referida. Y lo reduciría ya que haría responsable a la Administración del Estado solamente con ocasión de un solo tipo de origen del daño/“falta de servicio”, en circunstancias que la norma de base y principio no restringe esa responsabilidad a ninguno, y la hace omnicompreensiva. *Y lo que es más grave*, es que así entendido el tema, *sería inconstitucional* desde que la Constitución no restringe la responsabilidad del Estado Administración de manera alguna, por lo que al restringirla, como se

¹⁵Sobre la formulación típica de “no actuar o actuar de manera tardía o defectuosa” debe recordarse que es copia de un texto clásico en la materia como es *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, de Paul Duez (Dalloz. Paris. 1938, p. 27-40) y que algún autor retomaría textual (P. Aylwin, *Apuntes de derecho administrativo*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1960, II, 14 -16), y lo recogería el DL N° 1.289/76, art. 62 inc. 3º, y hoy el art. 141 de la Ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades. Mayores datos en nuestro comentario a *Torres Velásquez* cit. nota 22, en donde refiero el hecho de que hoy en Francia la idea misma de “falta de servicio” (culpa del servicio/a la francesa) ha sido sobrepasada e incluso hasta no utilizada mayormente.

pretende al intentar interpretar el art. 44 en esa forma, se viola ipso iure la Constitución¹⁶.

2. si fuera ese el “sistema o régimen” jurídico que el derecho chileno dispusiera para la responsabilidad del Estado Administración, resultaría que *no sería un régimen general*, ya que, por ejemplo, la responsabilidad municipal por los daños que cometa la actividad de los municipios no es precisamente *el de* la falta de servicio, desde que el propio art. 141 de la LOC Municipalidades 18.695/1989, dispone que “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio” (inc. 1º, cursivas nuestras) –su inc. 2º repite inc. 2º del art. 44/Ley 18.575. Si dice el texto “principalmente” es porque también responde, además, por otros fundamentos, causales u orígenes. De allí que *sea falso* afirmar que el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado Administración gire o se base en la “falta de servicio”.
- 3 tampoco es “general” si se advierte que el título II de la ley 18.575 *sólo se aplica* a los órganos fiscales, y ni a todos (ni a la Contraloría General de la República, ni a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, ni a los Gobiernos Regionales, ni al Consejo Nacional de Televisión: art. 18) y *a los dotados* de personificación. Lo cual significa que a los excluidos no les es aplicable la teoría de la “falta de servicio”, sino les es aplicable en plenitud la Constitución art. 38 inc. 2º y la ley 18.575 art. 4º, disposiciones que no distinguen, ni restringen, ni reducen esa *plena* responsabilidad del Estado Administración. Esto es, habría otro régimen, que ese es “general”, cual el de la Constitución, que incluso abarcará a las Municipalidades, siendo la “falta de servicio” uno especial pero no general ni el único¹⁷.

¹⁶Y aparece obvia esa violación si se atiende al claro tenor del art. 38 inc. 2º que se refiere a la *lesión/daño* que cualquier persona sufra en sus derechos “por la Administración del Estado” (en su conjunto), especificando luego, “o de sus organismos o de las municipalidades”, *sin excluir a ningún organismo de la Administración del Estado*, y abarcando cualquiera causa origen del daño, si acto, hecho u omisión, y si acto escrito o verbal, gestual o electrónico, tácito o presunto, etc.

Valga, para mayor antecedente, citar el trabajo de G. Fiamma *La acción constitucional de responsabilidad del Estado por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho 16/1989, 429-440, espec. 437-439, en que demuestra tal inconstitucionalidad del art. 44 Ley 18.575, entendida como “culpa de servicio” y restringiendo el alcance de la disposición constitucional del art. 38 inc. 2º.

¹⁷Como lo hemos afirmado tantas veces y lo hemos desarrollado en nuestro comentario a “Torres Velásquez” cit. (pp. 256-257), la idea de “falta de servicio” que contiene el art. 44 de la ley 18.575 indica “omisión/falta de = ausencia de, la “prestación debida” según exigencia impuesta por la ley a determinado órgano de la Administración del Estado. *Omisión* que es tanto no actuar, no actuar de modo oportuno, o no actuar de manera eficiente como

4. si no se aplica el régimen de la “falta de servicio” a los que se excluyen por el art. 18 referido, resulta que los daños que produzca la actuación u omisión de Carabineros, Fuerzas Armadas, de Contraloría, etc., *está regida directamente por la Constitución* (art. 38 inc. 2º) y será enteramente inconstitucional pretender plantear la responsabilidad del Estado Administración sobre aquella “falta de servicio”, pues se estarían aplicando normas que “expresamente” están excluidas, violando el tribunal que se asilara en ella para fallar los arts. 6º y 7º y 38 inc. 2º (además de violar el art. 18 de la propia ley 18.575).

De allí que resulta patente esa violación en fallos que aplican esos planteamientos, aun si aparece evidente que hubo un uso negligente de armas, excesos en procedimientos policiales o abusos de autoridad, y es condenado el fisco al pago de indemnizaciones a las víctimas, porque la razón de esa condena no es la “falta de servicio” –como “culpa del servicio” según la falsa interpretación que se le ha dado a esos términos–, sino “el abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades”, como muy bien lo señala el art. 2º de la ley 18.575, en concordancia con el art. 7º de la Constitución, ya que hay en ello un ejercicio no “dentro de su competencia”, sino “fuera” de ella, y, por tanto, origina la responsabilidad consecuencial (incs. 1º, 2º y 3º)¹⁸.

5. Pero aún se resiente de incoherencia esta idea de que el régimen de la responsabilidad del Estado Administración giraría en Chile sobre la base de “falta de servicio” si se advierte simplemente cómo ella ni siquiera tiene cabida cuando se persigue la responsabilidad del Estado por daños producidos por *acto administrativo*, ya no por hechos/materiales, u omisiones, sino por la dictación de un decreto, resolución, dictamen contralor, oficio, circular, instrucción, etc. Aquí, el daño/lesión producido a una víctima se origina en una decisión (jurídica aparentemente) contraria a Derecho/nula-inexistente como acto jurídico, pero vía de hecho: art. 7º Constitución (e incluso

lo impone la ley (única manera de satisfacer la necesidad pública que la ley ha impuesto hacerlo a un órgano público).

¹⁸Sobre excesos policiales (uniformados o civiles) vid., entre otros, últimamente, *Santibáñez Viani con Fisco* (C. Suprema 16.8.2004 y especialmente C. Apelaciones de Santiago, 16.12.2002) y en *Ius Publicum* N° 14/2005, 225-234; también *Fuentes Lizana con Fisco* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 93/1996, 2.5, 257-266); *Albornoz Amaya con Fisco* (C. Suprema, 4ª Sala, 13.12.2005) en *Gaceta Jurídica* 306/2005, 47-54; respecto de Policía de Investigaciones vid. *Vásquez Peña*, en *Gaceta Jurídica* 67/1986, 60-65; *Quezada Salazar* (C. Apelaciones de Santiago, 4.3.2005, rol 2233-2000); habla precisamente de “abuso de autoridad” *Caro Silva con Fisco* (C. Suprema/4ª Sala, 19.10.2005, rol 4.004-03, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 102/2005, 2.5, en prensa; en *Gaceta Jurídica* 304/2005, 70-83, en materia de responsabilidad del Estado por hechos producidos por miembros v.gr. del Ejército, respecto de conscriptos que hacen su servicio militar.

“lícita” han dicho varias veces distintos fallos incluso supremos, v.gr., “Abalos” 1889-“Galletué” 1984).

Si se revisa la jurisprudencia en el tema, v.gr. municipal (“*Silva Barrueto*”/ Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 163-166), y la muy abundante recaída en el contencioso originado por el DL 77/1973¹⁹, se advertirá que jamás se habla de “falta de servicio” para condenar al Municipio o al fisco por el daño producido por “decisiones” que nunca pudieron ser dictadas por *carecer de competencia* sus autores, sino por existir abuso o exceso (art. 2º L. 18.575), esto es, una decisión carente de fundamento, sea en los hechos, sea en el derecho, pero no de “falta de servicio”²⁰.

En otras palabras, respecto de “actos” no tiene aplicación dicha formulación, siendo, pues, enteramente falsa dicha pretensión de ser la “falta de servicio” el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado Administración.

6. Por último –dejo otros puntos para otra ocasión²¹–, resulta “sorprendente” que una norma como la del inc. 1º del art. 44, que está

¹⁹Véanse casos citados en nota 8 precedente.

²⁰Particularmente clara aparece en este aspecto, v.gr., entre otros, *Rodríguez Valenzuela* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 185-191, consid. 12º del fallo de la C. de Apelaciones de Santiago, en que habla precisamente de la ilicitud de los actos de que se trata (confiscatorios ilegales, por carecer de “competencia” su autor) “obliga a dar lugar a la indemnización”); *Brian de Diego* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97 cit., 2.5, 83-92, consid. 9º del fallo de la Corte Suprema, en donde se establece que una vez declarada la nulidad de un acto administrativo (por carecer de competencia su autor) “las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallaran si no hubiese existido el acto nulo y a que en tal restitución se comprenda la indemnización de los perjuicios que se causen por la ejecución del acto”); *Cantero Prado* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 96/1999, 2.5, 69-73, consid. 11º de la Corte Suprema, que afirma, para sostener la imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado-Administración y la no aplicación a esta materia de normas civiles, que no se trata de una responsabilidad extracontractual “pues lo que se imputa (al autor del acto nulo) es haber excedido sus facultades al dictar los decretos impugnados”); en igual sentido *Bussi Soto* (Gaceta Jurídica 217/1998, 83-88) y para no alargar la cita, clarísimo *Sánchez Michea* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 95/1998, 2.5, 114-126, consid. 24 que habla textualmente de “abuso de poder” y consid. 48 que establece en su nº 3 “que las indemnizaciones forman parte de la responsabilidad por los actos antijurídicos del Estado, cuya fuente se halla tanto en la *norma fundamental* como en el derecho no escrito”).

²¹No puede soslayarse el indicar la incongruencia de plantear la idea de falta de servicio como “culpa de servicio”, al modo civil, como responsabilidad “subjetiva”, imposible de aplicar al Estado y a sus personas jurídicas administrativas; de allí que esta responsabilidad sea intrínsecamente objetiva, y la necesaria exigencia, que nace de las palabras mismas “falta de servicio” = ausencia de servicio = “omisión”, de entender el art. 44 inc. 1º aludido como la explicitación de la “omisión” como causal de responsabilidad del Estado Administración, casos de muy frecuente ocurrencia de daños a las personas. He insistido en sostener que “falta” es “omisión/ausencia” en comentario a “Torres Velásquez” cit. 256-257 y en comentarios a “Tirado con Municipalidad de La Reina”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, Primera Parte, Sección Derecho, 39-48, ahora en mi *Derecho Administrativo* cit, II, 333-345.

inserta en un título de “organización y funcionamiento interno” de los servicios públicos, organismos de la Administración del Estado –y es consecuencia del art. 38 inc. 1º de la Constitución, que habla de la organización de la Administración del Estado²² *aparezca nada menos* como “la norma fundamental”, por encima de la propia Constitución, de un régimen jurídico tan relevante como el de la responsabilidad del Estado, ya que no se olvide que la Responsabilidad del Estado “corona”, nada menos, que un régimen de Estado de Derecho.

En efecto, si se analiza con objetividad el art. 44, aparece al relacionar los dos incisos, que lo que se plantea es una relación intra-administrativa, a fin de perseguir al funcionario negligente, indolente, que actúa desaprensivamente, o hasta con malicia (hay allí una culpa personal), y repetir en su contra por la indemnización que ha debido pagar el organismo administrativo a una víctima, y especialmente cuando ese daño se ha producido por *falta de servicio/omisión* de actuar en la forma, momento y medios debidos conforme a lo exigido por la ley. Un asunto de “organización interna”, que obviamente no puede contravenir o ser disconforme con el principio o norma general de principio que es el art. 4º, ya que sería ilegal y además inconstitucional (38 inc. 2º).

CONCLUSIONES

Para terminar, no puedo menos que recordar a dos grandes jurisconsultos romanos –sabiduría jurídica infinisecular– como son Hermogeniano y Modestino, de quienes el *Digesto* conserva dos fórmulas magistrales. Del primero, “*Hominum causa omne ius constitutum est*” (Libro I, título V, ley 2ª). Del segundo, “Ninguna razón o fundamento de derecho, ni tampoco la justicia –benigna y equitativa– permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para la utilidad de las mismas” (Libro I, tít. III, ley 25).

Y es que no puedo menos que insistir en el carácter perverso que constituye plantear la “falta de servicio”, entendida como “culpa del servicio”, como el régimen de la responsabilidad del Estado. Y por una razón muy simple: conlleva –como lo han afirmado varios fallos ya– que sea la “víctima” quien tenga que probar “el mal funcionamiento” del servicio, lo que significa una burla sangrienta para ella, sabiendo que el espíritu de casta, de cuerpo, lealtades, protecciones, silencios ominosos, hacen muy frecuentemente difícil, cuando no imposible, tales probanzas.

²²Que tiene obviamente un sentido de regulación interna –doméstica– de funcionamiento de esos organismos.

O si no se sacan de la manga argumentaciones peregrinas (por no decir monstruosas), verdadero arte de magia, como en el caso *Arévalo Bascuñán*, conocido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta y con la única solución sensata en justicia, acogiendo en su fallo la pretensión indemnizatoria deducida, pero revocada por la Corte Suprema (3ª Sala²³), entre otras razones, porque el organismo (Gendarmería) autor del daño (joven de 22 años quedada parapléjica, casada y con una guagua) no prestaba servicios al público, pero sin embargo la persecución de un preso que se escapaba originó disparos de un gendarme en plena calle alcanzando a esa transeúnte²⁴. Lo más penoso, intelectualmente hablando, es que si hubiese habido mayor diligencia en tal caso, y para ser coherente con esa visión de falta de servicio = culpa del servicio, en el conocimiento del derecho administrativo, habría debido aplicarse la misma argumentación de la “falta de servicio”, que en un caso semejante, si no idéntico, el propio Consejo de Estado francés condenó al Estado, por el daño sufrido por la esposa de la víctima, muerto por disparos de la policía persiguiéndose a delincuentes, vid.²⁵.

Falta de servicio: omisión, sí; falta de servicio: culpa del servicio, jamás.

Cómo no recordar aquí a Ripert cuando señalaba que “es por la constante preocupación de defender la justicia que el profesor de derecho marca la superioridad de su función; él se rebaja cuando se transforma en el legista que redacta, aprueba y sirve al poder”²⁶.

¿Falta de servicio o falta de criterio?

²³Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 100/2003, 2.1, 132-139.

²⁴Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 100/2003, 2.1, 132-139. El Derecho es la más poderosa escuela de la imaginación. Creo que Jean Giradoux decía que nunca un poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como un jurista la realidad.

²⁵“Consorts Lecomte”/1949. Long, Weil, Braibant, Devolvé, Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (15è. éd.) Dalloz. Paris. 2005, 399-405, con indicación de la jurisprudencia en materia de daños producidos por acción de la policía, pero también de la policía judicial, y del uso de armas por agentes del Estado, y salidas de reclusos, etc. (vid. en este último caso *Regnault-Desroziers*/1919 y comentarios 3.II, GA cit., 215-219, aplicación del fundamento riesgo por actividades que lo significan, e incluso situaciones peligrosas).

²⁶¿Cuál es tu ideal? ¿Ser un jurista o vegetar en un mero legista, obsecuente al jerarca de turno?

CRÓNICA

UN PROBLEMA GRATUITO

Como en la vida no faltan los problemas, es preferible no fabricárselos artificialmente. Para eso existen la ley, los principios morales y las normas de educación. Si uno los cumple, disminuirán las probabilidades de terminar en la cárcel o con un ojo en tinta. Es más, una persona bien educada casi no necesita de leyes, pues no estará preocupada de evitar dañar a los demás, sino de tratarlos bien, de hacerles la vida más grata.

Todo esto es muy sencillo, tanto, que incluso un intelectual puede entenderlo. Pero sucede que en los últimos años en Occidente nos hemos llenado de fundamentalistas liberales que están tan eufóricos con su credo que se han convencido de que, en una sociedad democrática, uno puede hacer y decir lo que se le ocurra, aunque signifique ofender a los demás. Es más, creen que incluso uno tiene derecho a eso.

Hasta ahora la tenían muy fácil, porque las víctimas de sus desaguidados solían ser los cristianos, especialmente los católicos, que suelen ser gente pacífica, que a lo más responde por escrito e incluso se preocupa de hacer el bien a sus enemigos. Pero no se dieron cuenta de que con Mahoma no se juega. Partieron con unas caricaturas, que unos editores poco razonables transformaron en un símbolo de la libertad de expresión. (¿Se imaginan a Locke o Kant haciendo algo semejante?). Ya van varios muertos en esta historia y parece que los entuertos no tienen para cuándo terminar, dado que hay gente interesada en echarle más fuego a esta hoguera.

Supongamos, por un momento, que hubiese derecho a hacer cosas que los creyentes de una determinada religión consideran ofensivas. ¿Basta con que tengamos ese derecho para que las hagamos, particularmente cuando se trata de actos que son perfectamente prescindibles? ¿No es una actitud adolescente hacerlas precisamente para mostrar que se tiene derecho? Nadie le niega a usted el derecho a tomarse la sopa a lengüetazos, en vez de usar cuchara, pero si usted es una persona madura estoy seguro de que no lo hará.

Pero tampoco está claro que las famosas caricaturas estén amparadas por la libertad de expresión. En el caso "Wingrove vs. Reino Unido" (1996), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos validó una decisión del Consejo Británico de Calificación Cinematográfica en orden a prohibir una película que representaba escenas de la vida de santa Teresa de manera ofensiva. Con sentido común, las autoridades inglesas dijeron que la libertad de expresión no incluía el derecho a blasfemar. Pienso que este criterio puede orientarnos también en este problema.

Algunos han planteado que el caso de las caricaturas de Mahoma es un ejemplo del choque de civilizaciones y de la batalla que debe dar el mundo libre para defender sus valores frente a la amenaza del fundamentalismo islámico. Me parece que el asunto es bastante menos dramático y que tiene que ver con la forma en que los occidentales entendemos nuestra propia tradición jurídica y política. Los esfuerzos de nuestros antepasados por contar con sociedades más libres y justas, en donde a todas las personas se les reconocieran ciertos derechos

fundamentales, no tenían por objeto satisfacer el ego de algunas personas que no tienen cosas más importantes que hacer. Su empeño era sentar las bases de la buena vida social y poner las condiciones para que podamos conseguir la excelencia humana. Sólo así se explica el atractivo del modo de vida que nos legó Occidente y únicamente de esa manera se conseguirá que otros pueblos decidan libremente seguir por ese camino.

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORREA*

*Profesor de Derecho de la Universidad de los Andes.

SOBRE LA SUBVERSIÓN DE LOS PRINCIPIOS

I. EXPROPIACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Cualquiera que se adentre en el espíritu de nuestras sociedades occidentales, se percatará rápidamente que ella podría definirse desde muchas perspectivas como un conjunto cada vez más amplio de libertades, que incluso podrían poner en riesgo la gobernabilidad del todo social. Sin embargo –y tal vez por esto mismo–, no dejan de existir flagrantes contradicciones e incoherencias con este espíritu, al limitárselo a veces de forma increíble, lo cual hace preguntarse si no estaremos, al menos en algunos aspectos, ante un *totalitarismo encubierto* con apariencias de libertad.

En efecto, el tribunal supremo de Inglaterra decretó hace poco que las adolescentes menores de 16 años pueden abortar sin conocimiento de sus padres, con lo cual ha vedado el derecho de los progenitores a saber si sus hijos quieren abortar. El caso se produjo ante el reclamo de una madre (quien protestó indignada fruto de su propia experiencia al haber abortado hace dos décadas), en atención a una ley que permite a estas adolescentes ser aconsejadas sobre el aborto de manera confidencial, a fin de realizarlo a espaldas de sus padres. El tribunal, amparándose en la referida ley, rechazó el reclamo.

Esto significa que la ley confía más en el consejo de un extraño que en el de la propia familia o, si se prefiere, viene a minar las relaciones de confianza, respeto, franqueza y transparencia necesarias para la formación de los hijos, porque, en el fondo, con esto no hace sino poner a los padres contra los hijos y a los hijos contra los padres, dividiéndola.

Ahora bien, ¿es legítimo que el Estado interfiera así en la vida de las personas? ¿Quién le ha dado esta potestad? El asunto es muy delicado, porque con esto se está privando a los padres del derecho de dar consejo y apoyo a sus propios hijos. Y de manera más profunda, ¿será mejor el consejo de un agente sanitario del gobierno –muchas veces adoctrinado para incentivar el aborto– que además desconoce a la adolescente que le consulta, que el de sus padres? Resulta evidente que los padres no son perfectos (de ahí que el Estado pueda subsidiar su labor si ellos fallan o están ausentes), pero en este caso estamos ante una flagrante expropiación de la patria potestad.

En realidad, no parece adecuado justificar lo anterior señalando que con esta ley se protege la libertad de la afectada. Y no lo es, porque se trata de una menor de edad que, según otras leyes, aún no es capaz de obligarse a sí misma de manera autónoma y que, además, puede ser fácilmente manipulable. En realidad, la contradicción es mayúscula, porque en otras materias la ley exige este conocimiento y consentimiento paterno, como por ejemplo en la administración de muchos medicamentos o, lo que viene a ser lo mismo, no permite a los adolescentes comprar cigarrillos o alcohol por su cuenta propia. También por eso mismo las penas son diferentes para un adolescente que para un adulto. Sin embargo, para una decisión tan delicada como ésta se le da la mayor autonomía, pudiendo optar

así libremente por mantener o terminar con la vida del no nacido, sin perjuicio de que su propia vida ya no será la misma en caso de abortar.

Por eso, la libertad requiere un conocimiento y una madurez mínima del sujeto, puesto que a fin de cuentas exige responsabilidad, sin la cual, en realidad, no puede existir.

II. TAN ESTRUCTOS Y TAN LAXOS

Como una de las más duras en su género en el plano internacional, ha sido calificada la nueva ley sobre publicidad y consumo de tabaco.

Esta polémica ley no deja de tener justificación. A fin de cuentas, están absolutamente probados los nocivos efectos del tabaco, tanto para fumadores activos como pasivos, sin perjuicio de que si no se pone atajo a esta cuestión, el sistema de salud no dará abasto para enfrentar este problema. Es por eso que se ha adoptado una política preventiva, advirtiendo encarecidamente sobre estos efectos dañinos, restringiendo la publicidad, regulando los lugares en que se puede fumar y sus condiciones, e intentando proteger a los menores, retrasando o incluso impidiendo que consuman tabaco. Y para que no quepa duda, fuertes multas vienen a sancionar a quienes desobedezcan.

Todo esto parece correcto, porque el Estado debe velar por el bien de su población e intentar encauzar sus conductas si algunas de ellas resultan nocivas para el todo social. Esto es bien común, lograr unas condiciones de vida mejores para la ciudadanía o, si se prefiere, impedir que por un mal uso de la libertad los costos sean mucho mayores que los beneficios, lo que de paso muestra que la vinculación entre la libertad individual y el bien común es mucho más estrecha y necesaria de lo que a primera vista se cree. Sólo eso legitima que la autoridad se inmiscuya así en lo que podríamos considerar la intimidad de los ciudadanos.

Sin embargo, no deja de ser llamativo y, en realidad, abiertamente contradictorio, que en algunas materias seamos tan estrictos y, en otras, por el contrario, sumamente laxos, porque prácticamente podríamos acudir a los mismos argumentos en todas ellas.

En efecto, es curioso que en materia de sexualidad la autoridad mire para otro lado como si no pasara nada, puesto que estamos en presencia de situaciones tanto o más graves que las que se pretenden evitar regulando la ingesta de tabaco. No se trata de prohibir el sexo, evidentemente, pero sí de tomar medidas para que éste no se desboque, para que no ocasione muchos más problemas que las supuestas ventajas que conlleva no tener regulación alguna a su respecto. En este sentido, *la autoridad pareciera estar ciega ante lo que ocurre*, e incluso hace incansables esfuerzos para que la creciente liberalización sexual, considerada una conquista irrenunciable, continúe. Mas, si cada vez existen menos trabas e incluso mayores incentivos para tener sexo lo antes posible, con quien se quiera, cuando se quiera y sin compromiso alguno, no nos quejemos de los lamentables efectos que se acumulan delante nuestro: de los niños sin hogar, de los embarazos adolescentes, de las infidelidades, las separaciones, los divorcios, los hogares destruidos, de la pobreza en que caen por regla general la mujer y sus hijos cuando el padre no asume sus responsabilidades, de los abortos, inevitables cuando se hace un uso

irresponsable de la sexualidad, del descenso de la natalidad, de los contagiados por diversas enfermedades de transmisión sexual, y así un largo etcétera.

Por eso llama la atención tanto permisivismo en materia sexual, cuando no una abierta y rabiosa oposición a cualquier limitación u orientación a su respecto y, que al mismo tiempo, caigamos en una reglamentación, si bien necesaria, tan detallada y estricta en el caso del tabaco, siendo un problema evidentemente mucho menos grave que el primero.

III. UNA NUEVA “LEY NATURAL”

Desde la antigua Grecia hasta hoy, el tema de la Ley Natural ha recorrido la historia de la filosofía con múltiples autores, escuelas y momentos, más claros unos, más oscuros otros. Y el mensaje siempre ha sido el mismo: ¿Cómo saber qué conductas son buenas o malas en sí mismas? La pregunta es más que importante, ya que como el hombre es un ser libre puede hacer muchas cosas; mas parece claro que no todo uso de la libertad es indiferente; no da lo mismo lo que hagamos con ella, tanto por lo que pudiéramos hacer a los demás como a nosotros mismos. Dicho de otro modo, como el hombre no tiene un camino hecho de antemano para recorrer necesariamente (como los animales), sino que va, por así decirlo, a campo traviesa, una pauta de lo que debe o no debe hacer le resulta fundamental. En consecuencia, puesto que tenemos la vida en nuestras manos, y no está en absoluto garantizado el éxito, las ya bimilenarias doctrinas de la ley natural han sido el intento más serio por encontrar respuesta a esta inquietante pregunta. Con todo, es sólo una pauta, y como seguimos siendo libres, podemos seguirla o no.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha impuesto la idea aparente de que nadie es dueño de la verdad y que todas las opciones valen lo mismo, o sea, todo lo contrario de lo que propugna la ley natural. Y es una idea sólo aparente, porque si se mira con atención, si existen algunas ideas fundamentales que son defendidas a brazo partido como “verdades” por sus “dueños”, en este caso, los autodenominados sectores “progresistas”, con lo cual, evidentemente, no todas las opciones valen lo mismo. Es por eso que puede decirse que hoy existe una especie de “ley natural” al revés o en sentido inverso, porque este conjunto de ideales pretende imponerse a todo el mundo, contra viento y marea, sin importar las convicciones que se tengan, ni el real querer de las bases. En el fondo, sus impulsores consideran que un mundo civilizado no podría ser tal sin estos nuevos ideales supuestamente “evidentes”, que, en el fondo, obedecen a una antropología completamente distinta de la tradicional.

En realidad, todo es parte de un programa preestablecido que, entre otras cosas (y sin que la lista sea exhaustiva ni en este orden), contempla la liberalización de la sexualidad mediante la anticoncepción; el divorcio y la transformación del concepto de matrimonio para incluir en él las uniones homosexuales con derecho a adopción; el aborto químico y quirúrgico, primero sutilmente y bajo diversas condiciones muchas veces más teóricas que reales, para terminar siendo de libre acceso; la eutanasia, nuevamente para casos especiales en un principio, para luego ser impuesta por terceros o el mismo Estado incluso contra la voluntad del afectado; la procreación artificial, la manipulación de embriones, la obtención

de células madre y la clonación; el control de la natalidad y los planes de esterilización voluntaria o forzada, y otros factores aparentemente más lejanos, como las corrientes ecologistas extremas o algunos movimientos feministas.

Aunque no se sepa, todos estos fenómenos están mucho más vinculados de lo que se cree, y obedecen a una concepción de hombre completamente distinta de la tradicional, que para muchos justifica cambiarlo todo a fin de imponer y aplicar en la práctica esta nueva "ley natural".

IV. LOS RIESGOS DEL HEDONISMO

En una antigua novela de ciencia ficción de los años 70 ("Mundo Anillo", de Larry Niven) se asiste a un duelo en el cual cada uno de los protagonistas hace gala de sus mejores armas. Lo sorprendente es que quien gana no utiliza artilugios que causen dolor, sino, curiosamente, placer. En particular, logra su objetivo gracias a un chip implantado, mediante el cual envía una honda eléctrica al cerebro de su enemigo, causándole un placer tan intenso, que éste es incapaz de defenderse.

Esta escena siempre me ha sorprendido no sólo por lo adelantado para la época, sino, sobre todo, por lo sutil de su mensaje: que para manipular al ser humano puede utilizarse tanto el placer como el dolor, de lo cual pueden extraerse varias consecuencias.

La más obvia es que esta sutil forma de dominación a través del placer, por ser indolora, es más difícil de identificar, lo que la hace más perversa que las tradicionales formas de manipulación. Incluso podría darse el caso, nada infrecuente, de que el sujeto ni siquiera se entere de lo que le está ocurriendo, y se convierta en un simple títere de su agresor. De hecho, esta es la conclusión a la cual llega el personaje vencido una vez pasados los efectos placenteros, dándose perfectamente cuenta de que en caso de seguir sometido a dicha arma una y otra vez, podría muy bien transformarse en un esclavo de la misma.

Como resulta fácil adivinar, hoy podríamos estar asistiendo a un problema parecido a nivel social e incluso cultural. Puesto que vivimos en un mundo que busca el placer y, sobre todo, huye del dolor o, si se prefiere, cataloga el progreso y la calidad de vida en función de la comodidad y del goce, puede muy bien estar hipotecando buena parte de su libertad por este camino, entre otras, por dos razones.

La primera, porque, en el fondo, una sociedad que se comporta así va perdiendo resistencia e incluso puede quedar completamente inerme ante el sufrimiento, que de manera inevitable llegará en esta vida. De ahí, por ejemplo, que el dolor se vaya haciendo insoportable como realidad en sí misma, incluso si no afecta directamente al propio sujeto, motivo por el cual se lo esconde o elimina a como dé lugar. La eugenesia, la eutanasia o varios casos de suicidios por motivos nimios son una buena muestra de ello.

La segunda razón es la apuntada al principio: que los sujetos pueden comenzar a verse literalmente atrapados en una red de placeres o de ausencia de sacrificio y dolor tal, que cada vez les sea más difícil salirse de ella; en suma, que se harán más y más esclavos de la misma y, eventualmente, de quien la controle, convirtiéndose en peleles del hedonismo, perdiendo en buena medida su libertad.

Es por eso que, aunque parezca cada vez más paradójico o incomprensible para el mundo de hoy, el sufrimiento y las dificultades tienen sentido; no sólo debido a que son realidades ineludibles para el hombre, por mucho que se esfuerce en lograr lo contrario (lo cual hace conveniente enfrentarse a ellas, al no quedar otra alternativa), sino, en el fondo, porque en cierta medida –y sin pretender caer en ningún tipo de masoquismo– nos mantiene “vivos”, esto es, con los pies bien puestos en la tierra, haciéndonos despertar de ese sueño utópico que busca un mundo perfecto e indoloro, lo cual resulta imposible en virtud de nuestra propia finitud.

MAX SILVA ABBOTT*

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de la Sma. Concepción. Para comentarios, msilva@ucsc.cl

DUDAS Y PÍLDORAS

Nuevamente la píldora del día después nos lleva a poner en duda la bondad o malicia de una medida. Nuevamente las reacciones de unas autoridades civiles y religiosas se ven enfrentadas gravemente y, como consecuencia de ello, aparece una vez más el desencanto, el desaliento o la confusión de educadores y padres que tienen que enfrentar a los adolescentes en una batalla en que la familia tiene mucho que perder y el gobierno nada que ganar.

¿Es o no abortiva la píldora en cuestión? Tanto los que la presentan como eliminadora de la vida naciente como los que nos aseguran que no mata a nadie, no parecen llegar a un acuerdo, por lo que la verdad sobre el tema –de indudable gravedad en todo caso– queda una vez más en suspenso. Queda en la duda.

Mientras tanto, la autoridad civil que hace un año destituyó a un subsecretario por anunciar su reparto, hoy la impone a la ciudadanía bajo la disposición de oferta gratuita por parte de la Ministra del Ramo, haciendo caso omiso de lo que ayer fue considerado como inaceptable por similares autoridades, si no del mismo gobierno, sí de la misma coalición.

La pregunta es muy simple. ¿Ha cambiado la píldora o han cambiado los que ayer la encontraban inaceptable? Si ayer era dudosa en su acción mortífera, ¿ha dejado hoy de serlo? Pareciera que la píldora es la misma y que la duda sigue subsistiendo. Y en este caso lo único que cabe preguntarse es lo de siempre: ¿Se puede actuar con duda frente a un hecho objetivamente grave? Más claro aún: ¿Se puede actuar moralmente ante la posibilidad de que la píldora sea asesina de pequeñas vidas nacientes? El más elemental principio ético al respecto nos dice que no. Ante la duda, hay que abstenerse. Más aún, antes de actuar con duda, hay que tratar de salir de ella, para que el acto humano pueda ser tenido como bueno.

¿Por qué, si este principio moral es universalmente aceptado como verdadero, una autoridad que representa a la mayoría de la población puede actuar en esta forma tan lejos de la ética natural? ¿Habría alguna razón oculta que los comunes mortales desconozcamos y que avale moralmente una conducta de tal naturaleza? O ¿será que dicha autoridad ignora el valor absoluto de la ética en materia de grandes principios, universales y graves?

De acuerdo a la más elemental norma de derecho natural, el que mata, insinúa o facilita a otro para que mate será considerado como criminal, directo o indirecto. Y el que actúa bajo la duda de que se suceda la muerte es cómplice de la muerte que probablemente se siga por su acción. No cabe otra salida ante el hecho que estamos comentando. ¿Qué importa aquí que se acuda a otros argumentos laterales, como el de querer evitar el nacimiento de hijos en personas menores de edad, como si esta realidad fuera un mal superior para la sociedad, peor que el de matarlos antes de que sean alumbrados.

¿No será peor corromper a la juventud, ayudándola a matar, en lugar de corregirla por precipitarse a dar a luz antes de la madurez que todos quisiéramos exigir de nuestros hijos adolescentes? ¿Puede realmente sentirse bien una autoridad que antepone la comodidad a la seguridad de la vida? ¿Será realmente un buen

principio educativo fomentar el valor de las apariencias de normalidad en lugar de enfrentar la realidad cruda de la vida y de la muerte?

No basta en este caso referirse a leyes que son hechas para acomodar la moral a las conveniencias económicas o políticas de una sociedad dada. Si utilizáramos este criterio para seguir gobernando, podríamos ver mañana cosas peores, que ya vienen siendo anunciadas en algunos de los países llamados progresistas. La eutanasia activa sigue una similar senda.

Sinceramente, me parecen más auténticos, aunque ciertamente más brutales, aquellos países que simplemente imponen a la sociedad la castración o la eliminación de los recién nacidos, en virtud de un principio de control de la gente. Al menos, esos países no tienen la cobardía de ampararse en mentiras colectivamente aceptadas como verdades, es decir, en actitudes de mortal hipocresía. Me refiero, ciertamente, a las políticas de control social que implementaron los regímenes nazis y algunos materialistas que, simplemente, eliminaron a los que consideraron “excedentes” humanos.

Lo que podríamos estar haciendo con la distribución de esta píldora a nuestros adolescentes, incluso en contra de la voluntad de sus padres y educadores, conductores morales y religiosos, es incentivar a nuestros adolescentes al crimen más cobarde de la humanidad, el de matar a sus propios hijos y, además, por cuenta de la comunidad pagante de impuestos que debieran estar destinados para el bien común.

Frente a la vida y la muerte sólo se puede actuar con la conciencia verdadera, recta y cierta. Todo lo que sea hecho bajo la duda sería en torno a ella, no puede ser sino eso, un crimen. Y, por añadidura, en este caso, un crimen oficial.

JESÚS GINÉS ORTEGA*

*Profesor de Ética y Director del Instituto Berit de la Familia, Universidad Santo Tomás.

LA PÍLDORA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Suele decirse que los derechos humanos son ciertas prerrogativas que le pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser tal, de manera independiente a lo que establezca un ordenamiento jurídico y, sobre todo, cuando éste los desconoce y/o viola flagrantemente.

Se reconozca o no, estos derechos aluden directamente a un derecho natural, esto es, a ciertos contenidos mínimos de cualquier derecho que merezca ese nombre, puesto que parece claro que la bondad o malicia de un ordenamiento jurídico no dependen sólo de él mismo, sino que debe concordar con ciertos ideales universales propios de la dignidad humana –los derechos humanos–, que trasciendan a las diferentes culturas y épocas.

Al menos en Occidente, estos derechos se creyeron definitivamente conquistados luego de la Segunda Guerra Mundial. Ante una violencia y crueldad como no se había conocido antes, un poderoso ‘nunca más’ resonó por todas partes, horrorizado ante lo ocurrido y prometiendo no olvidarlo para no repetir tan macabra experiencia. De esta forma, y partiendo por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el derecho a la vida, antes muchas veces omitido, fue dogmáticamente consagrado en las diversas constituciones y tratados internacionales, creyendo muchos que se trataba de una conquista irreversible, de un punto sin retorno para la Humanidad.

Sin embargo, en pocas décadas, la noción de derechos humanos comenzó a licuarse, sobre todo en lo que respecta a su fundamento, al punto que no faltaron quienes, como Norberto Bobbio, dejaron esta importante cuestión de lado, llamando sólo a protegerlos en la práctica, señalando, además, que dependían totalmente de los consensos de cada época.

Por otro lado, y en atención a su evidente raíz antropológica y ética que los hace fácilmente aceptables (*precisamente por ser de ley natural*), al mismo tiempo estos derechos fueron ganando cada vez más prestigio, al punto que resultó casi obligatorio incorporarlos al propio discurso político, sin importar cuál fuera éste. Ello produjo que inevitablemente fuesen siendo utilizados por los sectores más diversos para sus respectivos fines, corrompiéndolos y desprestigiándolos, a la postre, en no pocos casos.

Es así como desde hace unas cuatro décadas, este concepto se hizo cada vez más confuso, manteniéndose, no obstante, su nomenclatura. Y como se olvidó su fundamento, comenzaron a surgir todo tipo de teorías (e incluso distintas ‘generaciones’ de derechos), engrosando estas declaraciones con aspiraciones no sólo irrealizables muchas veces, sino, además, sin una contraparte nítida: se establecían siempre los derechos (la facultad de exigir), pero no quién o quiénes eran los necesarios obligados a cumplirlos, produciéndose, como ha dicho Michel Villey, una verdadera ‘inflación’ a su respecto.

Y como era de esperar, *el derecho a la vida*, que se creía ganado para siempre, pronto comenzó a ceder. Al no estar claro su fundamento y al ir surgiendo diversos intereses hostiles a él, su socavamiento se aceleró cada vez más. Se olvidaba que el derecho a la vida es el principal de los derechos humanos, puesto que de él

dependen todos los restantes. Más aún: la vida es algo tan propio al hombre, que no sólo es un derecho superior al resto, un 'superderecho', si pudiera decirse, sino que resulta inseparable del propio sujeto, puesto que en los demás casos éste puede sobrevivir sin algunos de ellos (honor, libertad, propiedad), mas le es imposible hacerlo sin su vida. Por eso, más que tener 'derecho' a la vida, es más propio decir que el sujeto 'es' su propia vida. De ahí que en estricta lógica no exista ningún otro derecho, por muy 'humano' e importante que sea, que pueda sobreponerse a él.

El mismo problema puede abordarse a partir de la idea de justicia ('dar a cada uno lo suyo'). En estricto rigor, no hay nada más 'suyo' al sujeto que su propia vida, por lo que lo más injusto es arrebatarla a alguien inocente. Ahora bien, ¿quién le ha dado su derecho a la vida? En realidad, nadie. Nadie se lo ha otorgado, ningún tercero es su dueño. De este modo, la vida es un derecho básico que tenemos todos en pie de igualdad por el sólo hecho de existir (*por ley natural*), desde su inicio de la existencia hasta la muerte natural, de manera independiente a cualquier otro requisito o condición y de los intereses de terceros.

Esto es fundamental, porque si realmente queremos ser coherentes con el genuino espíritu y razón de ser de los derechos humanos (evitar los abusos), ellos deben ser reconocidos como un límite al actuar de otros en toda circunstancia. Por el contrario, si pudieran ser desconocidos legítimamente por el Estado o por una mayoría, dejarían de ser propiamente derechos, para transformarse en privilegios de algunos afortunados (terminando así con la igualdad del género humano), en concesiones graciosas de los poderosos mientras les convenga, o como ha dicho Robert Spaemann, en 'edictos de tolerancia revocables'.

Pero para esto se requiere de un mínimo objetivismo moral, de una mínima racionalidad ética. Esto significa que deben existir algunos valores fundamentales asequibles a la razón humana y defendibles lógicamente: una ley natural. Sólo así puede hablarse en serio de los derechos humanos. En caso contrario, si absolutamente todo es relativo o si se juega con la semántica según las conveniencias, todo termina siendo arbitrario, y los 'derechos humanos' no pasarán de ser modas, acuerdos provisionales o un sutil engaño mantenido mientras convenga hacerlo.

Por tanto, aun existiendo aspectos consensuales a su respecto (por ejemplo, cómo aplicarlos en las circunstancias variables de cada época y lugar), la raíz última de los derechos humanos debe trascender al consenso, para no traicionarse a sí misma. En realidad, esto obedece a la más elemental lógica, porque a fin de cuentas, para que sea posible el consenso, es imprescindible la previa existencia de seres humanos, de personas, puesto que entre otro tipo de seres no cabe llegar a un consenso. De esta manera, es el consenso el que emana de las personas y no la calidad de persona la que emana de los consensos. Ningún consenso, por ende, puede legítimamente desconocerle esta calidad a nadie, tal como el efecto no puede ir contra de su causa.

Dicho de otro modo y nuevamente siguiendo a Spaemann, la sola pertenencia a la especie 'homo sapiens' basta para ser titular de estos derechos. Por lo mismo, *la calidad de persona es inseparable de la condición humana*, al punto que no pueden existir humanos no-persona. Quitarle sus derechos, incluido el derecho a la vida a alguien por alguna condición particular suya, equivale a desconocerle este carácter, transformando así a unos en jueces o incluso en dueños de otros.

Por tanto, o los derechos humanos existen para todos, con todas sus consecuencias, o no existen en absoluto (salvo para algunos privilegiados), y habrá que atenerse a sus consecuencias. Lo que no puede ocurrir, ni parece lógico, es que se invoquen para lo que convenga y se ignoren para lo que no interesa.

En consecuencia, ante el debate causado por la ‘píldora del día después’, no cabe duda de que si la vida comienza con la concepción, estamos en presencia de una vida que vale tanto como cualquier otra. Se insiste en que la anidación no puede ser el comienzo de la vida, porque únicamente puede anidarse un huevo previamente fecundado, que por eso ha mandado las órdenes químicas al cuerpo de su madre para dicho implante. Y aun para quienes sostengan que se trata de un asunto dudoso, de ser coherentes con los derechos humanos, ante la sola posibilidad de que esté en juego una vida inocente, lo correcto es abstenerse de usar este químico.

En efecto, la condición humana –y por tanto, de persona– o es algo que se adquiere desde el primer momento, o no se adquirirá jamás. Cualesquiera sean las transformaciones que se produzcan durante la gestación, ellas sólo son etapas de un proceso mayor continuo y omnicomprensivo sin el cual no existirían ni tendrían razón de ser. En consecuencia, cualquier cuña que se introduzca en cuanto a su condición de ser humano (como la distinción entre embrión y preembrión, o entre concepción e implantación) resulta arbitraria, sin perjuicio de que establecida una frontera, ésta puede cambiarse cuantas veces se quiera (incluso después del nacimiento), puesto que todo dependerá de los intereses del momento.

Siempre habrá motivos de todo tipo, y a veces muy poderosos (como los económicos o científicos), para desconocer a otros sus derechos y su vida. Es lo mismo que ocurrió con la esclavitud o en los campos de concentración: con diversos argumentos se procedió a desconocer arbitrariamente el carácter de persona de los afectados (asimilándolos a cosas), arrebatándoles sus derechos para satisfacer esos intereses. Mas si de verdad no existieran los derechos humanos, éstas y otras conductas (como la pedofilia o el terrorismo) no nos llamarían la atención. Por eso, si no queremos repetir la historia ni, de paso, destruir la verdadera noción de derechos humanos, debemos ser consecuentes con ellos y respetarlos siempre, guste o no, convenga o no a nuestros intereses particulares o colectivos.

MAX SILVA ABBOTT*

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de la Sma. Concepción. Para comentarios, msilva@ucsc.cl

PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

Que la píldora sea abortiva o no, que los padres estén o no al tanto de la sexualidad de sus hijos, que la oposición tenga una visión y el Ministerio tenga otra, que se pretenda reducir el número de embarazos en las adolescentes, que se aumenten o no las enfermedades de transmisión sexual, que la alta concentración y uso prolongado de hormonas produzca cáncer o no, etc. Es importante y es evidente que ha generado polémica. Educar, supone dar respuestas claras y sin contradicciones ni dobles discursos.

Varios son los temas que se desprenderían de esta “nueva ley”, dictada por una mera resolución administrativa. Se puede percibir la tendencia a un gobierno protector en demasía: la ley antitabaco, que aún siendo fumadora estoy de acuerdo en que se restrinja el área a fumadores y no fumadores. La determinación de “proteger a las niñas” tiene como fin último evitar los embarazos a una edad temprana.

Frente a estas nuevas “leyes”, alguien se podría preguntar: ¿Cuál será la próxima intervención desde el Estado que debemos esperar? ¿Se podría considerar una ley que tenga como objetivo quitar de los mall “la comida chatarra”, tan llamativa y práctica para muchos. ¿No tendremos ya un Estado demasiado “maternalista”?

Se habló mucho de que con una Presidenta “mujer”, el gobierno posiblemente iba enfocarse en políticas no tan frías y distantes, con una “mayor sensibilidad”. Es lo que “lo femenino” entrega de suyo.

En una sociedad, o tal vez en un mundo que apunta a la valorización de la mujer, supuestamente antes ignorada en lo que se refiere entre otros temas, a políticas públicas, puede suponerse que entregando la píldora a “niñas” –porque convengamos que a los quince años, no son mujeres sino tan sólo proyectos de mujeres– no estamos protegiendo, y menos valorando, a la mujer.

Es paradójico que en estas épocas en que las mujeres decimos estar cansadas del “machismo”, con estas leyes seguro no nos estamos beneficiando. ¡Qué poco inteligentes resultaríamos ser las mujeres si nos seguimos dejando manipular de esta forma! Ninguno o casi ninguno de los anticonceptivos perjudican el normal funcionamiento biológico del hombre, o no son tan publicitados.

Los sujetos de esta ley son “niñas” a las que les estamos dando la opción de decidir sobre algo para lo cual no tienen las herramientas para hacerlo. Niñas que comienzan una vida sexual activa y no están preparadas físicamente, ni poseen la madurez intelectual necesaria. Quizá si les preguntáramos, la mayoría de ellas dirían que sí están preparadas para iniciar una vida sexual activa, y maduras para tomar decisiones sobre su cuerpo. Entonces, como padres, debemos enseñarles a que si es así, si se sienten preparadas para decidir, que asuman las consecuencias de sus actos y, por lo tanto, se responsabilicen de ellos. Educar no es “haz lo que quieras hacer y no te hagas responsable”. Convengamos en que un tema es el no estar preparadas o no y otro, la realidad que nos golpea. No podemos ser ciegos en este sentido. Y sí debemos hacer algo.

Es un hecho que en este mundo que corre vertiginosamente, en donde todos queremos vivir el hoy, el ya y el ahora, se apresuran en saltarse etapas, sin tener la

paciencia (madre de todas las virtudes) para esperar lo que llegará naturalmente en un tiempo más. Y ese tiempo que deberán aguardar para hacer “cosas de grandes”, les permitirá madurar, vivir otras experiencias que son tan o más importantes que las que quieren vivir por anticipado.

El crecimiento y la madurez llevan su tiempo y de nada ayuda querer vivir hoy el mañana. Por lo tanto, eduquemos, expliquémosles a esas niñas que son “niñas” intentando ser adultas a una edad temprana, que los tiempos no regresan, y que cada etapa tiene lo suyo. Que vivir en la inocencia es demasiado lindo. Que hay un tiempo para ser grande, para asumir responsabilidades y obligaciones, y yo diría que mucho. Que el apresurarse lleva aparejado muchas veces consecuencias que no son deseadas o esperadas.

Desde el gobierno se argumenta que niñas de quince años son capaces de tomar decisiones. Pero, por otro lado, no se les permite beber alcohol a esa edad o tramitar una licencia de conducir, porque no son responsables ante la ley en caso de accidente. Cívicamente no tienen derecho a voto, no pueden viajar ni contraer matrimonio sin permiso de sus progenitores. ¿Cómo es posible sostener que sean responsables para algunos actos y para otros no?

Se dice que quienes tienen recursos pueden acceder a las píldoras y quienes no los tienen, el Estado debería brindárselas. Sin embargo, constatamos enormes diferencias en educación, en vivienda, en seguridad, pero parece que al Estado no le urgen tanto estas desigualdades, por lo que no aplica políticas tan rápidas para equipararlas. No es la riqueza o la pobreza lo que otorga la madurez para la toma de decisiones. Independientemente del nivel socioeconómico, todo padre ambiciona que sus hijos alcancen la madurez para tomar las decisiones que seguramente marcarán sus vidas.

En las últimas manifestaciones estudiantiles de “los pingüinos” pudimos comprobar que tienen las ideas, pero a la hora de expresarlas, cometen los errores propios de su edad, como destruir la propiedad privada y pública.

Se ha planteado que la oposición y la Iglesia no apoyaron la educación sexual en los establecimientos de enseñanza, y por este motivo desde el gobierno se han tenido que implementar medidas para evitar el creciente número de embarazos adolescentes. Es un tema por demás complejo. Tal vez sería asertivo que se informara y educara a los padres para abordar en el seno familiar estos temas, en el entendido de que son los padres quienes más conocen a sus hijos o, por lo menos, quienes deberían conocerlos mejor, y quienes tienen la *responsabilidad y obligación* de cuidar de ellos, de brindarles las herramientas necesarias para enfrentar la vida.

Se aduce por parte del gobierno que en países “desarrollados” la implementación de esta píldora ha sido efectiva. La pregunta sería ¿para qué o para quién lo ha sido? Cabría preguntarse, ¿hasta cuándo vamos a seguir imitando conductas que nada tienen que ver con nuestra idiosincrasia? ¿Quién nos asegura que estos modelos son los que debemos emular?, cuando, por otro lado, debido a este control masivo de la natalidad se están detectando las graves consecuencias en la sociedad, y ni qué hablar en la economía, tanto en Europa como en Estados Unidos.

Sería importante hacer un estudio que nos mostrara cuánto tiempo se tardaron en impartir masivamente la píldora. Qué otras redes de apoyo a los adolescentes han implementado. Modestamente, creo que faltó tiempo para evaluar otras alternativas anteriores a esta tan drástica.

La oposición dice que esta ley no permite a los padres estar cerca de las decisiones que tomen sus hijos, cuando el estar cerca de los hijos es una decisión que depende pura y exclusivamente de los padres y no de las leyes que desde el Estado surjan. Es importante que los padres retomemos las riendas de la educación de nuestros hijos.

Es paradójico que tengamos que prepararnos por años para desempeñarnos como profesionales o técnicos en distintas áreas; que para cualquier trabajo que vayamos a desempeñar nos exijan experiencia, y que nadie nos prepare para ser buenos padres y tal vez exitosos. Sonará ridículo, pero estaría bien que alguien propusiera crear una "Universidad" para padres.

Tampoco este un tema netamente "religioso". Es más bien un tema de valores, de prioridades, de responsabilidad. De enseñarles a nuestros hijos a pensar, a sopesar las decisiones, a saber decir no. A no dejarse manipular por otros, o por lo que piensa y siente la mayoría; a no seguir modelos impuestos. Y, por último, de sentido común que, al parecer, sigue siendo el menos común de los sentidos.

LUCILA SENDIC DE SANTIAGO*

*Directora Diplomado Mediación, Universidad Santo Tomás.

DISCRIMINACIÓN POSITIVA A FAVOR DE LA MUJER

La preocupación de la Presidenta Bachelet en orden a promover una mayor presencia de la mujer en cargos de alta responsabilidad política o administrativa y de asegurar que sus remuneraciones no sean inferiores a las de los varones en cargo de similar categoría, es justificada y oportuna. Sin embargo, es conveniente que los instrumentos o políticas que utilice la Presidenta para alcanzar este fin no entren en pugna con nuestro régimen constitucional porque, si así ocurre, se puede desacreditar y frustrar la iniciativa presidencial.

Es lo que sucede con varias de las medidas que se anuncian obligatorias para la administración del Estado, incluidas en el denominado “Código de buenas prácticas laborales y no discriminación para el sector público”, una de las cuales consistiría en exigir que en los lugares de trabajo en donde las mujeres estén subrepresentadas y a igualdad de condiciones entre los postulantes de sexo masculino y femenino, se prefiera a estas últimas.

Esta y otras disposiciones semejantes son inconstitucionales por los siguientes motivos:

- a) El principio básico de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, tras su reforma en 1999, dispuso que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Es evidente que ya no será posible discriminar en perjuicio de la mujer, pero tampoco del hombre.
- b) Esta interpretación armoniza con una de las bases de la institucionalidad, artículo 1° inciso 1°, en donde se lee que “las personas (mujeres y hombres) nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.
- c) Más específicamente, constituye una aplicación de dichos principios la igual admisión a las funciones y empleos públicos que garantiza el artículo 19 N° 17 de la Constitución.

Además, al tratar de la libertad de trabajo y su protección, la Carta Fundamental prohíbe “cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal” (Art. 19 N° 16 inciso 3°), lo que ciertamente apunta a la ineludible igualdad entre hombres y mujeres en el campo laboral, y a su igualitario acceso a cualquier tipo de trabajo.
- d) Incluso el artículo 38 inciso 1°, al garantizar la carrera funcionaria en la administración del Estado, establece que se fundará (ingreso, promociones, etc.) únicamente en “principios de carácter técnico y profesional”, que excluyen toda forma de discriminación.
- e) Es verdad que la decisión presidencial se orienta al bien común, pero no es menos cierto que cuando la Constitución entrega al Estado la misión

de promoverlo, agrega claramente que deberá hacerlo “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (Art. 1º inciso 4º).

GUSTAVO CUEVAS FARREN*

*Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Mayor, Temuco.

LA FE Y LO PÚBLICO. Breves comentarios a una declaración del Presidente del Gobierno Español

Durante la segunda quincena de enero de 2006, la agencia noticiosa Aciprensa consignó una noticia –manifiestamente omitida por los medios chilenos– que relata la visita en un centro docente de la ciudad andaluza de Jaén, del Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero. En dicha ocasión, el jefe de gobierno afirmó textualmente: “Lo que tiene que estar muy claro es que un país aconfesional es un país en el que los valores cívicos, desde todos los puntos de vista, establecen que no hay ninguna moral ni ninguna religión que se pueda imponer en las leyes”, estableciendo de paso también que la fe debe restringirse al ámbito privado de los ciudadanos, inhibiendo con ello cualquier manifestación de culto público. Tratándose de las declaraciones de la máxima autoridad política hispana y que además mantiene estrechos vínculos con importantes sectores del gobierno chileno resulta importante explorar el verdadero sentido y fundamento de sus dichos, aun cuando en lo explícito dichas afirmaciones no requieran quizás más interpretación que la literal. Se hace la prevención que quien escribe estas notas no es filósofo ni un académico de las Ciencias Políticas, pero aún así, corriendo el riesgo de la superficialidad o el simplismo, y apoyando estas líneas en el sentido común y en la enseñanza de algunos maestros notables, parece necesario ahondar en sus proyecciones, reiterando que es precisamente este modelo español de gobierno el que es asumido como referencia obligatoria por vastos sectores gobernantes, de acción y opinión política en Chile. Valga enseguida la aclaración que no se analizan en este texto las afirmaciones de un intelectual, ni mucho menos el icono de una corriente filosófica contemporánea. Sólo se comentan las declaraciones de un político profesional, que ha incorporado en sus códigos mentales algunas ligeras y efectistas categorías básicas –lugares comunes, diríamos– dentro del socialismo liberal actual.

En primer lugar, Zapatero afirma que “en un país aconfesional como España no hay ninguna moral ni ninguna religión que se pueda imponer en las leyes”. Es la conclusión a la que arriba quien alguna vez propuso para los colegios españoles “más gimnasia y menos religión”, pero esta vez empleando el vocablo “aconfesional”, no en un aspecto general –entendido como la separación Iglesia Estado– sino que retrocediendo al origen de las viejas querellas de los años 30, caracterizadas por la violencia antirreligiosa y la triste experiencia de miles de asesinatos, violaciones, quema de templos e iglesias por parte de milicianos republicanos. Existe consenso entre los autores de diversa orientación que la guerra civil española constituyó un sangriento episodio de odio y de anarquía ciudadana del cual muchos sectores afines al gobierno español hoy sencillamente han optado por omitir u olvidar. Puede apreciarse en una famosa obra de Redondo y en la experiencia de muchos mártires llevados a los altares por S.S. Juan Pablo II los datos irrefutables del *verdadero holocausto* desatado por la violencia antirreligio-

sa promovida por el aconfesionalismo republicano. ¿Por qué entonces en pleno siglo XXI –arco de triunfo del liberalismo, masas de paladines de la tolerancia, difusores del ejercicio ilimitado de las facultades por sobre los deberes– aparece esta reedición del aconfesionalismo en los discursos de Rodríguez Zapatero? Dice Sebastián que “un Estado aconfesional no es un Estado que está contra la religión, sino un Estado no beligerante en cuestiones religiosas, que no hace suya ninguna confesión religiosa, pero que reconoce y favorece la libertad de los ciudadanos para profesar, practicar y exponer públicamente sus convicciones y preferencias religiosas”.

Por ello, aun cuando en círculos afines al PSOE se considera notoria la antirreligiosidad de Zapatero, hay que establecer que aunque resulte ésta una herramienta de provocación a primera vista efectista, y más emotiva que racional, ella está impregnada de abundante simplicidad en su estructura lógica y el fondo de su argumentación. Ese fervor antirreligioso es tan evidente que, al menos, entrega una posibilidad cierta y exitosa de cuestionarlo a partir de la antropología, la historia de las ideas y el propio sentido común. Sus divagaciones no obedecen a un sistema intelectual, como veremos, sino que más bien a un conjunto de consignas de feble contenido, dirigidas más a bien a la farándula política que a círculos de elevado pensamiento.

Así, por ejemplo, Zapatero equipara en un mismo nivel la moral con la religión, y a ambas –erradamente encadenadas– las trata como un objeto de imposición legislativa. No es menester siquiera leer una versión ortodoxa de la “Ética a Nicómaco” para entender la distinción entre ambos planos, cuya omisión –ya sea por desconocimiento o por el mismo fervor antirreligioso– ciertamente constituye un despropósito para intelectuales liberales de la talla de Hayek o Rawls. Y si se trata de acercamiento a la faz liberal del socialismo, Rodríguez Zapatero, reconociéndose en alguna oportunidad heredero del pensamiento de Antonio Gramsci, parece traicionarlo. En los “Cuadernos de la cárcel” y en los textos en que el filósofo italiano se ocupa profusamente del “intelectual orgánico” como agente de la alteración tipológica marxista de la dialéctica “superestructura” e “infraestructura” –vale decir, el “procedimiento” de imposición de la cultura estatal, servil y funcional al gobierno “aconfesional”– se sostiene el “modus operandi” en la actitud sigilosa de infiltración social, de injerencia cultural –sonriente y a veces caritativamente compasiva– desechando, al menos en lo general, la postura intolerante y de violencia verbal en contra del ejercicio de los credos. Esta involución ideológica de Rodríguez Zapatero se debe, tal vez, a la debilidad de la estructura antropológica de su discurso y a su escasa penetración y comprensión del cuadro de libertades propio de la sociedad liberal, en especial aquella que propone Gramsci. Sencillamente, la consigna derrotó al residuo de sustancia ideológica algo más contundente que quedaba en la mente de Zapatero, e impregnó integralmente sus anuncios de políticas públicas.

En la misma declaración, Rodríguez Zapatero afirma que la fe debe restringirse al ámbito de lo privado. La libre circulación de las ideas y el esquema de libertades públicas del Estado contemporáneo liberal está lejos de la imposición de esta verdadera censura previa que el jefe de gobierno español efectúa al ejercicio de la fe. Curiosa aparece su “consideración” hacia la Iglesia Católica, cuando precisamente la relega al ámbito de lo privado. Quizás Zapatero

desconfía de los propios “intelectuales orgánicos” o de la efectividad de los aparatos comunicacionales del socialismo moderno, puesto que el pánico al ejercicio público de las creencias religiosas le genera ciertamente un problema de política pública, que necesariamente debe ser atacado de manera frontal, aun a costa de impedir la propia libertad, haciendo un ejercicio abusivo de su potestad legislativa. Leyendo a Ollero, es factible encontrar el contenido subyacente de los discursos del jefe español: “Prohibido imponer convicciones a los demás es una tesis muy extendida, cuya vigencia real constituiría para algunos el arquetipo de una sociedad democrática. Incluso precisando más: prohibido imponer convicciones y muy especialmente si se trata de convicciones religiosas”. Queda la impresión entonces que, contradictoriamente a lo que el liberalismo señala, el verdadero objeto de proscripción, para Zapatero, son las convicciones, por catalogarlas contrarias a la igualdad, al pluralismo y a la esencia de la democracia. En esos niveles de prohibición, censura, escándalo legal o afán de reducción del libre ejercicio de las creencias es factible clasificar las declaraciones del jefe de gobierno español como la manifestación más certera de un “*fundamentalismo laicista*”.

Sin embargo, lo más frágil e insostenible de las afirmaciones del político español está en su fundamentación de la supuesta no imposición moral en “los valores cívicos, desde todos los puntos de vista”. Fundar un mandato de abstención en los “valores cívicos” equivale a expresiones tan vacías –*flatus vocis*– tales como “moral republicana” o “bien general de la nación”, las cuales quizás insertadas en un sistema de ideas tendrían algún contenido axiológico, pero que en la especie no cumplen más allá que el cometido de ser un perfecto y *dialéctico disfraz de la arbitrariedad fundada en un relativismo manifiesto*. Ello es así, porque en Zapatero existe una aversión al concepto objetivo de “verdad ontológica”, el que es rápidamente sustituido por la plástica frase “valores cívicos, desde todos los puntos de vista”, abdicando de aquel principio natural que motiva al hombre a sentirse convocado por la verdad y a apartarse de la mentira o falsedad. ¿Qué sustento tiene entonces una decisión pública anclada en “lo cívico” o en “todos los puntos de vista”? Su certeza se limita a sospechar de las convicciones de otros, y su misión parece ser la de un cancerbero de la abstinencia ética, más aún cuando esta se funde objetivamente, considerando *a priori* esta estructuración como una manifestación de fundamentalismo. En síntesis, parece ser que todas estas aseveraciones “zapateras” pueden llevarnos al absurdo de concluir en un lapidario “prohíbese todo acto o idea que se funde en moral objetiva y proscribanse, además, las referencias religiosas en cualquier ámbito social, político o económico, por ser antidemocráticas”.

En síntesis, todos estos elementos permiten, al menos básicamente, descubrir las inconsistencias del discurso antirreligioso de Zapatero, quien está claramente convencido que el Estado, para ser neutral, debe excluir la religión de las instituciones y de las actuaciones públicas, sosteniendo una visión negativa de la fe como algo irracional y pernicioso.

Finalmente, parece conveniente pensar en los fundamentos antropológicos de actuación política del gobierno español, reiterando el importante grado de referencia que los sectores gobernantes en nuestro país le han entregado. Es en este entorno, entonces, perfectamente posible enviarle a Zapatero un valioso recado, en las palabras del profesor Juan de Dios Vial Larraín: “La filosofía abre al

horizonte de la fe no de otro modo a como se abre el ojo a la contemplación del mundo. Fe y razón son las alas que elevan a la contemplación de la verdad. De una verdad que esclarece realmente el misterio de la existencia humana". Ojalá algún día Rodríguez Zapatero logre entenderlo. Y también sus émulos chilenos durante el próximo cuadrienio.

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ*

*Profesor y Jefe de la Carrera de Derecho, Universidad Santo Tomás, Viña del Mar.

TASACIONES E IMPUESTOS

Los acontecimientos originados por la aplicación de la *Ley de Rentas Municipales II* que, en lo medular, permitió la modificación del avalúo de bienes raíces y las conocidas consecuencias en la determinación del impuesto territorial –contribuciones– ha dejado en evidencia la falta de proyección de los efectos económicos de una ley al momento de su discusión y elaboración, pues se optó por facultar al Servicio de Impuestos Internos para tasar inmuebles con el fin de modificar la base imponible del impuesto territorial, en beneficio directo de las municipalidades, en vez de optimizar los aportes del fondo común municipal. Esta estrategia ha motivado en la ciudadanía –en especial los más afectados por el alza y los menos beneficiados en ingresos– la convicción paulatina de que una regulación de carácter económico y patrimonial puede significar un desajuste de insospechadas magnitudes en su presupuesto familiar, y por consiguiente en su nivel de vida. Por estos días parecen haber quedado relegados en un magno silencio muchas voces que permanentemente han denostado con vehemencia aquella consideración económica que afirma que los impuestos constituyen esencialmente una afectación de los derechos de propiedad, y no siempre el más eficiente mecanismo de redistribución. Si bien es cierto que la actualización en el valor de los activos es un proceso necesario, natural y saludable para cualquier estructura financiera, pública o privada, ésta debe llevarse a cabo de la manera más técnica y eficiente posible, a fin de cumplir con los objetivos que son propios a cualquier sistema contable. Lo que ocurre es que para una agencia estatal resulta prácticamente imposible efectuar una tasación lo más cercana a la perfección técnica, por mucho que el órgano valorizador así lo desee, y aun invocando los más altruistas fines de política social; razones hay muchas: volumen de propiedades, distorsiones de precios, asimetrías de información, escasez de medios humanos, etc. Ello genera, en consecuencia, manifiestas inconsistencias en la aplicación de los esquemas de valoración inmobiliaria, y que son aquellas que, precisamente, configuran hoy gran parte del reclamo ciudadano, pero que atendidas las rígidas causales previstas por el procedimiento especial de reclamación de avalúo de bienes raíces, resultan, virtualmente, sólo una ligera esperanza de doblegar la discrecionalidad administrativa del ente tasador, lo que motivó que el órgano fiscalizador aumentara los plazos para hacer efectivo el procedimiento de reclamación.

Sin embargo, a pesar de este episodio lamentable que puso fin al descanso estival, es posible sacar al menos dos lecciones –una legislativa y otra judicial– que parece oportuno implementar cuanto antes. En primer lugar, resulta imprescindible que, definitivamente, en la génesis legislativa se ponga real atención a los efectos económicos de las normas, empleando la valiosa herramienta del Análisis Económico del Derecho –conocida en su vertiente anglosajona como “Law & Economics”– muchas veces relegada en nuestro medio a una mera disquisición académica y teórica, pero que tanta contribución ha prestado en el terreno real de las Políticas Públicas. En segundo lugar, resulta curioso que en Chile el inversionista extranjero –amparado por los TLC o los Tratados de Protección de Inversiones– pueda demandar ante paneles arbitrales extranjeros, por la aplica-

ción de cualquier norma que signifique una expropiación –aun indirecta– de sus activos, en razón de aplicación de impuestos, leyes de medio ambiente o regulaciones de uso de suelos, fenómeno conocido en la doctrina anglosajona como “*regulatory takings*” (*expropiaciones regulatorias*). Sin embargo, el ciudadano común en Chile no ha podido acceder a esos niveles de protección interna, sino a través de largos y costosos juicios que comprometan la responsabilidad del estado legislador o regulador, y con incierto resultado. Sería muy conveniente entonces que, así como la jurisprudencia chilena ha demostrado una gran creatividad, por ejemplo en materia de configuración de tipos penales, pudiera en estos tiempos de expansión fiscal y regulatoria reconocer los incentivos correctos para asumir, de manera rápida y eficiente, las doctrinas que permitan considerar como claramente expropiatorias algunas regulaciones estatales que, en la realidad de los hechos, significan un cercenamiento de las facultades de dominio –aun cuando ello no signifique estrictamente el despojo o la privación física del bien– al modo que, desde la década de 1980, lo han venido haciendo los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, acogiendo progresivamente demandas de afectados por regulaciones estatales de carácter tributario, ambiental o de uso de suelos, otorgándoles el tratamiento de expropiaciones y, por tanto, protegiendo realmente al ciudadano y generando las condiciones para que los legisladores asuman el desafío de proyectar los efectos y externalidades que lesionen los derechos de propiedad. Sólo de esta forma podrán sustentarse los fueros de la libertad económica con los estándares de transparencia, eficacia y seriedad que el país se merece.

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ*

*Profesor de Derecho Económico y Jefe de Carrera de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Viña del Mar.

LEGISLACIÓN Y “VÍAS ADMINISTRATIVAS”

A propósito del polémico proyecto de subcontratación que se encuentra en sus trámites finales ante el Senado de la República, se han propuesto diversas soluciones para resolver los temas que han generado controversia tanto en el Gobierno mismo como en una de las bancadas de senadores que lo apoyan, concretamente la de senadores demócratacristianos. Al parecer y según se ha informado a la opinión pública, el Gobierno utilizaría el veto para resolver algunas de las materias críticas, y, luego, las “vías administrativas” para las restantes, una vez que el proyecto se materialice en ley.

Para el primer caso, el veto se trata de una fórmula prevista por la Constitución dentro del procedimiento formativo de la ley, por lo que no debiera generar mayor reproche. Para el segundo, sin embargo, la situación es distinta, pues ya la cuestión se aleja del procedimiento constitucional de formación de la ley, para entrar al campo de la apreciación discrecional de la Dirección del Trabajo, la cual irá, vía dictámenes, haciendo el “trabajo” que el legislador se ha permitido delegar generando de ese modo un ámbito de incertidumbre que las afirmaciones de buena crianza de las autoridades sectoriales no lograrán atenuar. En efecto, el ministro del Trabajo ha afirmado “que si bien el proyecto es “autosuficiente” para responder las inquietudes que ha generado en algunos sectores, para mayor abundamiento y mayor seguridad el Ejecutivo recurrirá a algunos instrumentos que proporcionan las vías administrativas”, es decir y al parecer, aquellas materias que debiendo ir debidamente previstas y reguladas en la ley quedarán entregadas a la potestad normativo-discrecional de la Dirección del Trabajo, siendo esa fórmula de solución aquella que se plantea como la que podrá dar “seguridad” a los sectores que el proyecto afecta.

Esa mayor seguridad a que se refiere el señor ministro *no es efectiva*. Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra, quizás como una verdadera plaga, cubierto de disposiciones normativas que emanan de órganos y servicios dependientes de la administración del Estado, las cuales no se sujetan a control de ninguna especie, por lo menos antes que comiencen a regir. Así ocurre con las circulares del Servicio de Impuestos Internos, con las normas generales y oficios que dictan las Superintendencias que fiscalizan determinados sectores productivos, con los dictámenes de la Dirección del Trabajo, en fin, preceptos obligatorios que se dictan obedeciendo la apreciación personal del titular de turno del respectivo servicio, sin discusión ni controversia de ninguna especie, es decir, una clara manifestación de voluntad emanada de una sola persona.

A esa apreciable ventaja, si se la compara con el proceso de formación de la ley, cabe agregar el riesgo adicional que implica que tales circulares, normas, oficios, dictámenes, etcétera, pueden ser dejados sin efecto, alterados, modificados, etcétera, por el titular de turno del servicio respectivo, quien no tiene más responsabilidad que la que deriva de mantener la confianza del Presidente de la República.

Lo anterior echa por tierra *la seguridad* a que se refiere el señor ministro, ello si por seguridad entendemos el valor esencial de toda regulación: la certeza jurí-

dica. Ese valor decrece o se desvirtúa dramáticamente si es que las reglas pueden, en cualquier momento, ser alteradas sea por la sola apreciación discrecional del funcionario que desempeña la jefatura del servicio, en este caso la Dirección del Trabajo, o bien, conforme con el programa del gobierno de turno. Paradigmático de lo que se afirma previamente es la actual discusión entre la banca privada y la Dirección del Trabajo acerca de la apertura de sucursales bancarias ubicadas en centros comerciales los fines de semana, discusión abierta sin que se modificara precepto legal alguno sobre la materia. Una actividad permitida por años conforme a la normativa aprobada por la Superintendencia de Bancos es hoy objetada por la Dirección del Trabajo.

En resumen, creemos que ningún órgano del Estado puede abandonar su principal función. Para el legislador, ésta es dictar leyes que abarquen de la mejor y más completa forma posible la materia que trata de regular. Dejar que sea la autoridad administrativa la que permanentemente complete las leyes vía delegación de facultades interpretativas afecta la seguridad, la certeza jurídica y, además, incrementa el enorme cúmulo de potestades de que hoy goza el Poder Ejecutivo.

EUGENIO EVANS E.*

*Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

DÉBILES DE PENSAMIENTO

I.

La debilidad, una de las coordenadas permanentes de nuestra condición humana. Somos débiles, tremenda novedad.

Pero el problema no es esa debilidad de base, sino la debilidad al cuadrado, es decir, aquella incapacidad para intentar superar la propia pequeñez, ese desánimo que lleva a permanecer en ella. Mala cosa ser débil en la debilidad.

Falta de virtudes, carencia de empeños, abandono de proyectos, tendencia a la comodidad: cada uno de esos géneros encierra numerosas especies de debilidad. El árbol tiene un tronco podrido y muchas ramas secas y sin frutos; y se ven a diario en nuestras acciones y omisiones.

Una de esas debilidades, eso sí, pasa algo inadvertida. Es la pobreza de pensamiento. Y hay que desenmascararla, porque es una de esas raíces cortadas que explica la esterilidad de la planta completa.

En Chile, la debilidad de pensamiento se manifiesta en las formas de expresarse que tantas personas utilizan. Los “a mí me parece”, “yo creo que”, “desde mi punto de vista” y otras expresiones similares esconden en realidad una casi absoluta falta de estudio y reflexión seria sobre problemas complejos. Así, la debilidad del pensamiento se expresa en la supuesta amabilidad de formas dialogantes que no son más que concesiones a la propia falta de seguridad.

Muchas veces habría simplemente que decir “no tengo ni idea” o “me queda grande el tema”; pero no, acosados, por nuestras vanidades y temerosos de ser excluidos, se entra a la conversación con tres banalidades, dos vaguedades y un descriterio, cuando un sano silencio por ignorancia habría sido la única actitud correcta... y fuerte.

Obviamente no se trata de reconocer esa debilidad y, en consecuencia, callarse. Con un país de mudos no se consigue nada. Hay, por el contrario, que construir paso a paso un pensamiento fuerte, que permita hablar con seguridad.

Sí, se necesita en Chile un *Diccionario del Pensamiento Fuerte*, que imite el texto elaborado en Italia por Giovanni Cantoni; un Diccionario de términos claves para influir correctamente en la vida pública chilena; y en la vida laboral, familiar y social también. Un texto en el que cualquier ciudadano interesado pueda encontrar las voces fundamentales del pensamiento cristiano occidental, breve y sólidamente explicadas. No una ideología cerrada, sino unas ideas madres, fundantes; no un “turistel” histórico, sino unas coordenadas básicas para entender los tiempos, el tiempo. La obra de Cantoni, con sus referencias a épocas, conceptos y personajes controvertidos puede servir de guía para una versión chilena.

Hace ya años publicamos “Textos Fundamentales para una Sociedad Libre”, obra que ahora se encuentra casi lista para aparecer en su segunda edición. A parejas, qué falta nos hace este Diccionario del Pensamiento Fuerte.

Si no se publica, sería sólo por debilidad.

II.

Lo primero, la honra. Cuando las hebras de un tejido parecen soltarse de su trama fundamental, es importante no caer en la desesperación tirando de cualquiera de ellas para ver si resiste. Cuidado: Si no se escoge la hebra adecuada y no se la trata con delicadeza, las hilachas se multiplicarán y toda la tela se perderá. Y si el occidente cristiano parece hoy una vieja tela desgarrada, quien quiera remendarla, seguro de la calidad intrínseca del paño, tendrá que cuidar muy mucho el modo de hacer costuras y remiendos.

En este sentido, ¿será la vida, será la propiedad, será la libertad, será la igualdad, será la paz o será la honra la hebra fundamental la característica más radical de lo cristiano occidental?

La pregunta parece haber estado presente desde hace ya siglos en la propia conciencia de occidente. Quien quizás mejor ha aclarado el punto es Calderón de la Barca, cuando en *El Alcalde de Zalamea* ponía en palabras de Pedro Crespo esta rotunda sentencia: “Al Rey, la hacienda y la vida se le han de dar, pero el honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios.”

Y, por cierto, a partir de la sentencia misma de Calderón se entiende entonces que la creación es *la primera honra* que Dios le hace al ser humano, precisamente porque lo crea a su imagen y semejanza. Cuando algunos pueblos cultos, pero todavía algo panteístas o muy politeístas o medio ocultistas, recibieron el Cristianismo, precisamente entonces, comenzó a configurarse Occidente, porque se tomó clara conciencia de esta primera condición de la honra: haber sido creado. Y así, sólo con la convicción de la creación divina, se adquirió auténtica conciencia de la dignidad humana.

Ese conjunto de enseñanzas necesarias para la vida buena de los vivos se constituirá en la segunda honra que Dios le hará al mundo después de su creación. La diferencia es que no comunicará esta segunda dimensión por medio de profetas o escrituras, sino a través de su propio Hijo. “Tanto amó Dios al mundo que le dio a su unigénito Hijo para que todo el que crea en El no perezca sino que tenga la vida eterna”.

Esta segunda manifestación de la honra que Dios le hace al hombre consiste en una Encarnación, en una inserción específica, concreta, temporal y espacial, de lo divino en lo humano. Y Cristo, centro de la Historia, no quiere que la suya sea una presencia que honre sólo a sus contemporáneos en el tiempo y en el espacio, sino que busca extender este nuevo honor hecho por Dios al ser humano a *todos los miembros de la especie y en todo tiempo y lugar*. Así, gracias a la Encarnación y a su difusión sobre los soportes judíos, griegos y romanos, Occidente—el Mediterráneo primero— será el punto inicial, escogido para la mayor dignificación de lo humano todo, en toda época, en todo continente pero desde ese preciso punto focal. Por eso podemos hablar de occidente cristiano. Instrumentos para difundir este sentido de la honra había muchos y desde Occidente se los irá usando en cascada, visiblemente. El derecho, las artes, el lenguaje, la política, las letras, la ciudad, las relaciones sociales, el intercambio comercial, todos esos elementos se recibirán germinalmente desde los mundos previos o contemporáneos, Israel, Grecia, Roma, Germania, pero será el Cristianismo el que dignificará sus contenidos, purificándolos, desechando lo indigno.

La situación actual es muy distinta: hace siglos se viene buscando una nueva condición humana, tan precaria en sus fundamentos al renegar de Dios, que se

ha llegado a la situación que en macabro catálogo podemos resumir así: La vida, guillotizada, gaseada, destrozada en el Gulag, abortada, manipulada; la propiedad, codiciada y concentrada; la belleza, desfigurada y pervertida; la libertad, desgajada y errante; el placer, sofisticado y absolutizado; la igualdad, trozada y recalculada; el derecho, totalmente positivado; la ciudad, masificada y criminalizada; el lenguaje, tan codificado como destrozado; la política, hipertrofiada e hipertecnificada; la fe, ridiculizada y escarnecida y, en todo eso, el ser humano, deshonrado, dañado en su dignidad.

Es imperativo reinstalar *la honra* como tema central de occidente, para que vuelva a ser profundamente cristiano: He ahí el desafío radical para la inteligencia, el corazón y la acción de los sobrevivientes a la hecatombe actual.

¿Que no tenemos fuerzas para hacerlo? ¿Que no sabemos ya ni el a, b, c sobre la dignidad humana? Gabriela, en simples palabras, nos alienta a la tarea, aunque nos sintamos muy pequeños al lado de los poderosos que hoy dominan la escena. “Más puede enseñar un analfabeto que un ser sin honradez, sin equidad”, nos dice la poetisa. Parece que para Occidente, hoy, es tiempo de humildad, tiempo de aprender a leer.

III.

El *Código de Jesucristo* se llama Evangelio. Ha vendido uno que otro ejemplar en varios idiomas, y lo han visto representado mediante las vidas de actores consumados –los santos– miles de millones de personas en 20 siglos. Muchos de esos actores eran anónimos, se contentaron con lo mínimo para vivir. Pero es también verdad que durante estos dos mil años, cada cierto tiempo, algo o alguien intenta desplazar a Jesucristo del primer lugar del ranking. La acción multinacional Brown-Umbriel-Columbia-Sony no es la primera ni será la última. A cada generación de cristianos le toca sufrir una o más veces en su vida esta situación: es cosa de leer cualquier buena Historia del Cristianismo.

¿Guerra santa contra el autor, los editores, las productoras y el equipo fílmico? No, de ninguna manera; por el contrario: el cristianismo está frente a una espléndida oportunidad gracias a ellos.

Es cierto que duele, y mucho, ver de nuevo desfigurado el rostro de Cristo, como quedó ya irreconocible en la cruz aquel Viernes Santo. Pero también es efectivo que entonces le cabe, a cada cristiano, emprender su reconstrucción a partir de las claves que entrega el código que el mismo Jesús dejó.

Por eso, los buenos cristianos procederán esta vez como lo han hecho siempre antes. Volverán a la lectura diaria del santo Evangelio; se llenarán en esa fuente, de deseos de proclamar la verdad de Dios en todos los ambientes; aprovecharán cada conversación, cada sobremesa, cada paseo, cada mail en que surja el tema, para explicar y aclarar; organizarán coloquios, mesas redondas y conferencias; dedicarán clases y tutorías para enseñar con caridad; escribirán en diarios anticlericales y darán entrevistas en radio María; entrarán a blogs con comentarios sutiles y abrirán sus propias páginas con explicaciones de divulgación; cerrarán filas unos con otros, dejando atrás críticas y rencillas; rezarán más y perdonarán más.

Será un pasando y pasando: tú me hablas del Código da Vinci y yo te ofrezco el Código de Jesucristo. Un poco desequilibrada la transacción, pero ya que nos dieron la oportunidad...

Pero no todo será tan grato. Sin duda que muchas personas quedarán fuertemente quebrantadas en su fe por la película, como ya muchos lo han sido por el libro. Entonces, que ahí donde haya un herido en combate acuda un cristiano, un católico, y se dedique a curarlo, con comprensión amistosa, como lo han hecho por siglos los misioneros con la lepra.

“Nunca nadie habló antes como este hombre”, porque este hombre es Dios; y, además, sigue hablando. Por eso, a prepararse para las cosas notables que veremos en estas nuevas circunstancias: un interés renovado por la Iglesia Católica, muchas decisiones de entrega completa a Jesucristo, una que otra conversión en personalidades de nivel mundial, millones de acercamientos a Dios de tibios y cómodos, o sea, de muchos de nosotros mismos.

A Leonardo le hicieron algún encargo en sus estancias romanas; y qué buen pulso tenía el hombre. Curiosamente, parece que ahora será instrumento para que una vez más Dios escriba derecho con trazos torcidos.

IV.

Se desangra Chile. Algún maleficio persigue a los primeros días de septiembre, si se recuerda la data de algunos de los más llamativos acontecimientos de sangre que ha vivido el país.

Fue un 5 de septiembre de 1938 cuando, de los 62 miembros del Movimiento Nacionalsocialista que se alzaron en armas contra el gobierno de Arturo Alessandri, 58 fueron ultimados en la masacre del Seguro Obrero. Fue en plena democracia. Lógico: eran nasis (así, con c), seres opacos, violentos; habían intentado un golpe de Estado, la institucionalidad estaba por encima de ellos, sus vidas eran desechables; ya se sabe, por el bien de Chile debían morir, aunque algunos pidieran clemencia ya malheridos.

Fue un 7 de septiembre de 1986 cuando 5 de los miembros de la escolta del Presidente Pinochet (a quien *El Mercurio* sólo califica como Capitán general al relatar el hecho: otro intento sutil del periodista firmante para borrar su Presidencia de la memoria nacional) fueron ultimados por el comando de Bunster y sus “patrióticos” compañeros, todo con el objetivo de asesinar al gobernante. Fue en plena lucha comunista por recuperar la democracia. Lógico: eran milicos, seres limitados, individuos represores; estaban protegiendo al tirano sanguinario, el pueblo exigía venganza y, por lo tanto, sus vidas debían pagar el precio. Después, según nos vamos enterando, vendría el turno de Cuadra. ¿Y después?

Fue al día siguiente cuando otros tantos dirigentes de izquierda fueron arrebatados de sus residencias y ajusticiados, uno a uno, en pleno imperio del recién dictado estado de sitio. Quienes lo hayan hecho pensaron simplemente así: no debe haber cuartel para el enemigo, las leyes no corren para los comunistas. Lógico: ellos son seres intrínsecamente perversos, no basta con detenerlos e interrogarlos para saber en qué efectivas actividades criminales están implicados; por la seguridad de la Patria, por la memoria de los caídos en el atentado, debían morir.

Parece que algo tienen los primeros días de septiembre que llaman a justificar burdamente el derramamiento visible de sangre chilena, quizás como para matizar tanta celebración de la segunda quincena; no vaya a ser que nos enfiestemos con mucha anticipación.

Probablemente por esa razón la Ministra de Salud ha querido sumar su propia colaboración al drama nacional. Cientos, miles de compatriotas serán asesinados con el paso de los años, si la “píldora” criminal se mantiene en el tiempo. La salud, la sexualidad responsable, la armonía entre padres e hijos, el desarrollo de la madurez ciudadana y las redes de protección social así lo exigen. Por eso la Presidenta lo valida. Lógico: esas pocas células invasoras y con aspecto de berry, no tienen derechos ni se sabe que hayan pedido clemencia, los traumas consiguientes a un carrete sabatino deben primar sobre una cosa tan ínfima, a la que algunos insisten en llamar persona. Una vez más, la democracia valida todo, porque ganamos las elecciones, ¿sabían?

Y que no vaya nadie a dirigirse al Tribunal Constitucional, porque, si es necesario, habría que matar también a los miembros de los poderes fácticos en el minuto en que se opongan a la soberanía popular. Jaime Guzmán, un día, se atrevió a votar que No.

Septiembre sangriento; Chile que se desangra.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ*

*Profesor de Historia del Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

V CONGRESO NACIONAL [ESPAÑOL] DE BIOÉTICA. LA CIENCIA ACREDITA A LA BIOÉTICA

En nuestra civilización tecnológica se siente cierta reticencia hacia la filosofía, por considerarla excesivamente teórica, lenta e improductiva. No hay que descartar que el propio pensamiento contemporáneo haya influido en esta prevención, aunque también es verdad que los fulgurantes avances técnicos ofrecen una buena excusa para que determinados investigadores básicos y aplicados se sientan investidos de patente de corso para no cuestionarse si determinada actuación técnicamente posible es éticamente admisible. Parece que para esta mentalidad el único sistema válido es el del ensayo-error, método que si se emplea con el ser humano se verifica *a priori* deleznable. Por otra parte, da la impresión que la estadística es el único criterio de valoración, pero ésta es una ciencia auxiliar que se desenvuelve en el ámbito de las matemáticas, ya que mide lo cuantitativo y se le escapan los aspectos cualitativos de la realidad.

Así, llevados a su extremo los planteamientos cientificistas-estadísticos, sólo *a posteriori* podríamos afirmar que la experiencia de los campos de concentración es negativa. Sin una estadística en la mano que arroje los datos de exterminio y descontento entre los usuarios de dichas *instalaciones* parece que hay investigadores incapaces de publicar un aserto *científico*, lo cual demuestra, una vez más, que las ciencias experimentales no son autosuficientes. Una filosofía abierta al ser y a la trascendencia, que no sea un vagón a remolque de una ciencia particular, se hace imprescindible para evitar que el sistema ensayo-error siga causando estragos en la especie humana. Porque dicha metodología se hermana fácilmente con los estatismos de raíz hegeliana, que hacen del Estado la causa –y no el garante– de la dignidad humana, y de la ingeniería social el sistema más *científico* de la justicia distributiva, si es que la palabra justicia significa algo en una sociedad en la que la tecnología es la dueña y señora. Sin embargo, mientras perdure la soberanía de la estadística, no puede prescindirse de ella, máxime en un ámbito, como el de la Bioética, en el que lo experimental y lo filosófico caminan juntos en aras de lograr un mayor respeto a la dignidad de la persona humana. En este sentido, la bioética puede ser un logrado icono de lo que cabe desear para el tercer milenio: la recomposición de la fractura entre el ser y el obrar, el pensar y el actuar con sus excepciones¹, las humanidades y las ciencias experimentales, que han caracterizado la era postilustrada.

¹Señalaba Joseph de Maistre (1753-1821) que “en el mundo político y moral, como en el mundo físico, hay un orden común, y hay excepciones a dicho orden”. Recoge la idea y señala que el mundo físico no es libre, mientras que el moral sí que lo es, el catedrático de Ciencia Política de la Universidad Pierre-Mendes-France de Grenoble, Jean-Luc Chabot, cuyas ideas ya han sido comentadas en *Ius Publicum* en otras ocasiones, en “Les insuffisances théologiques de la pensée politique de Joseph de Maistre”, en *Annales theologici. Rivista della Facoltà di Teologia della Pontificia Università della Santa Croce*, vol. XVII, N° 1 (2003), 125-166, *ad casum*. 157.

Por todo ello es una buena noticia que, precisamente, el V Congreso Nacional [Español] de Bioética organizado por la AEBI (Asociación Española de Bioética) en Málaga entre el 1 y el 3 de diciembre de 2005, se haya caracterizado por el alto nivel experimental de sus ponentes, que presentaban sus reflexiones éticas a partir de los resultados de las investigaciones propias o ajenas. En efecto, este foro ha puesto claramente de manifiesto que los postulados que defienden la dignidad de la persona en todas las circunstancias, y que prohíben, en consecuencia, toda acción u omisión irresponsable que lesione la vida humana, están avalados por las ciencias experimentales. No podía ser de otro modo, si comprendemos que la recta razón no hace otra cosa que descubrir la lógica interna del cosmos y del microcosmos que es el hombre.

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor interés han sido las investigaciones sobre las células madre y su aplicación terapéutica. La conclusión es que queda clara la efectividad razonablemente comprobada de las células madre adultas en diversos tratamientos frente a la presunta eficacia de las células madre embrionarias.

Las políticas contraceptivas también han sido analizadas, en particular las que difunden la píldora del día siguiente. Dichas políticas fracasan, una vez más, en la solución del problema, porque, al fin y a la postre, dan cobertura a la promiscuidad sexual. En lo que se refiere al *matrimonio* de homosexuales, recientemente aprobado en España, se han presentado en el congreso varios estudios que concluyen que lo más adecuado para un niño es la tutela proporcionada por un padre y una madre. Se verifica, una vez más, que la especie humana no es puramente instintiva, que posee una dimensión ética, y que los dilemas morales no pueden ser principalmente abordados y, en su caso, solucionados, por la técnica, sino por una educación basada en el humanismo cristiano. Esta palmaria realidad es preterida sistemáticamente por las políticas contraceptivas, que pretenden que los fármacos, plásticos y alambres encaucen una actividad, como la sexualidad humana, que, además de las dimensiones placenteras y reproductivas, posee dimensiones cognoscitivas y afectivas, propias de un ser racional y libre. Estas estrategias desconfían de la perfectibilidad humana y rechazan una formación que humaniza por hacer de la inteligencia y de la voluntad las rectoras de ese ente complejo que llamamos hombre.

Las conclusiones que se extraen de las diferentes mesas redondas, conferencias y comunicaciones del V Congreso Nacional de Bioética muestran, por tanto, como resume Joaquín Fernández-Crehuet, catedrático de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad de Málaga y presidente del comité organizador –ya conocido en estas páginas de *Ius Publicum*², “que una ciencia que avance sin ética nunca será progreso para la humanidad”.

Concretando algunos datos sobre las células madre, Natalia López Moratalla, catedrática de Bioquímica de la Universidad de Navarra, y una de las expertas españolas más cualificadas en este área, demostró que, hasta ahora, las líneas de experimentación con células madre embrionarias no han prosperado porque crecen de manera incontrolada y los tejidos formados por ellas degeneran en tumores. Igualmente explicó que la clonación humana, tanto terapéutica como

²Ver Hierrezuelo Conde, Guillermo, en *Ius Publicum*, N° 14 (2005), 286-288, comentando el libro *La familia y el fenómeno de la globalización*, publicado en Granada en 2004.

reproductiva, hoy por hoy, es imposible: “la clonación humana que afirman haber conseguido en Corea es falsa, porque no se ha logrado obtener un blastocito auténtico”³. Refiriéndose al caso concreto de la oveja Dolly, la doctora López Moratalla argumentó que su clonación no se ha podido repetir porque la célula que se introdujo en el núcleo del óvulo, y que dio lugar al nuevo animal, se trataba de una célula tumoral, y concluyó que actualmente las evidencias científicas demuestran que los experimentos realizados con células madre de origen embrionario no son aptas para uso terapéutico. El uso de células madre adultas es la única alternativa terapéutica que ha resultado ser eficaz por su seguridad y por su factibilidad, además de no presentar ningún reparo ético.

Sobre esta misma cuestión, Damián García Olmo, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid y médico del Hospital La Paz de la misma ciudad, destacó que “el 99,6% de las investigaciones en terapia regenerativa se realizan con células madre adultas, mientras que un 0,4% se efectúa con células madre embrionarias”⁴. El profesor criticó que en España se dediquen a las células embrionarias “54 millones de euros, frente a los 18 millones que se destinan a las terapias, ya efectivas, con células adultas”⁵. García Olmo explicó que el tratamiento de enfermedades como la diabetes, el parkinson o el alzheimer “están muy lejos de dar resultados positivos, a pesar de que en los medios de comunicación se presente como algo ya real y a punto de ser aplicado. Los ensayos clínicos con mejores resultados se han obtenido con células adultas, entre los que destacan: infarto agudo de miocardio, insuficiencia hepática, úlceras de decúbito, enfermedad inflamatoria intestinal y reparación de defectos óseos”⁶. Este médico dirige un grupo de investigación con células madre adultas que evalúa la mejora de la cicatrización postoperatoria en cirugía digestiva. Su estudio vislumbra un descenso de complicaciones relevante cuando se aplica esta estrategia de terapia regenerativa. Las células madre adultas pueden proceder de más de diez tipos diferentes de tejidos del cuerpo humano: adiposo, músculo, médula ósea, sangre de cordón umbilical, etc. Las embrionarias, por su parte, se extraen de embriones humanos, excedentes de la fecundación *in vitro*. Atender a estos resultados es necesario, pero no suficiente. Las consecuencias de las aplicaciones de una y otra técnica no definen el estatuto antropológico del embrión humano, y tampoco deben definir su estatuto jurídico. Y se hace imprescindible partir del principio de que el fin no justifica los medios, por lo que no es lícito destruir embriones para extraer de ellos células madre. Evidentemente, la existencia de embriones congelados excedentes de la fecundación *in vitro* ha posibilitado que algunos investigadores opten por su utilización como material de experimentación. Pero la fecundación en laboratorio ya supone una quiebra antropológica esencial, pues arranca la generación de su ámbito natural: la relación interpersonal cognoscitiva y afectiva que enmarca la sexualidad humana.

La fecundación *in vitro* forma parte de la marea negra de las concepciones materialistas y voluntaristas del extinto siglo XX, por lo que se demuestra necesario concluir que toda reflexión bioética ha de sustentarse en una sólida antropología.

³López Moratalla, Natalia, “Investigación con células madre embrionarias: racionalidad científica y alternativas”.

⁴García Olmo, Damián, “¿Qué podemos esperar de las células madre adultas?”.

⁵García Olmo, Damián, *ibídem*.

⁶García Olmo, Damián, *ibídem*.

La ética no se resuelve en unas meras normas de convivencia, como puede serlo el código de circulación. Por la sencilla razón de que las normas de transporte son convencionales, ya que igualmente cabría decidir que se circule por la derecha o por la izquierda. Los colores rojo o verde podrían intercambiar sus significados de alto o vía libre: lo único no convencional es la necesidad de ordenar el tráfico. Aplicando el símil a la bioética, podríamos decir que se hace imprescindible una reglamentación de la ciencia médica básica y aplicada basada en una antropología filosófica que afronte con coraje la especificidad de la persona humana; de lo contrario, los contenidos acaban sustentándose exclusivamente en su condición consensual. Pero la legitimidad de gobiernos y parlamentos no les faculta para decidir sobre la vida y la muerte impunemente. Por desgracia, y sin salir del siglo XX, no han faltado experiencias de Estados, algunos de ellos refrendados por las urnas, que han procedido a la ingeniería social más despiadada.

Se ha abordado también en el Congreso el concepto clave y complejo de calidad de vida, uno de los que más preocupa al profesional sanitario por las confusas interpretaciones que pueden mermar el concepto de dignidad. En la práctica médica, calidad de vida se identifica con autonomía, un criterio acertado, pero que no debe convertirse en absoluto, porque el hecho de que esté limitada dicha calidad no significa que disminuya la dignidad de la persona. En este punto vemos como parcialmente desacertada la idea de Bjarne Melkevik de que los conceptos de "persona" y de "dignidad", según él, "no pueden servir como submarinos éticos" contra el Derecho, sino como "trampolines del Derecho"⁷.

Tomás Melendo, catedrático de Metafísica de la Universidad de Málaga, abundó en este concepto de decoro al insistir en que la ética médica que busque la excelencia debe vincularse a la dignidad humana, fundamentada en el ser y no en el obrar. "Por tanto, la dignidad de cualquier persona no debe estar sujeta a los vaivenes de las ideologías y las economías⁸. En parecida dirección ya se había posicionado hace cierto tiempo C. Mooney quien señaló que Sto. Tomás de Aquino diseñó una construcción racional según la cual "su teoría de la ley natural tenía una importante función de salvaguardia contra el abuso del poder, contra la afirmación tiránica según la cual la ley humana fuera la pura exigencia del gobernante"⁹.

En este contexto, los cuidados paliativos se presentaron en el congreso como la única respuesta a la práctica de la eutanasia que se lleva a cabo en otros países europeos. En la mesa redonda en la que se debatió esta cuestión, Manuel González Barón, jefe del servicio de Oncología del Hospital La Paz de Madrid, subrayó que las autoridades sanitarias "deben dar prioridad a los cuidados paliativos de modo que se facilite el acceso de toda la población que los necesite. La potenciación de estas unidades en los hospitales eleva la calidad global de la asistencia sanitaria"¹⁰.

⁷Ver Melkevik, Bjarne, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, 2005, 36-39.

⁸Melendo Granados, Tomás, "Antropología y Bioética".

⁹Lo recoge Felicien Rousseau, en *C'est la misère qui juge le monde*, Saint-Nicolas, 2001, 160-161, al reflexionar sobre la "reductio ad unum" y lo que el profesor de Teología moral de la Universidad de Laval denomina el "experimentum crucis" del Derecho.

¹⁰González Barón, Manuel, "El sentido del sufrimiento en el contexto de los cuidados paliativos".

Andrés Ollero, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Juan Carlos I de Madrid también abordó la eutanasia desde el punto de vista jurídico, en su ponencia “Derecho a la vida, ¿derecho a la muerte?”. Ollero analiza las sentencias del Tribunal Constitucional español por las que negó en 1990 y 1991 a unos terroristas españoles el derecho a morir en la cárcel mediante una huelga de hambre. Según Ollero, dichas sentencias “rompen de manera drástica la correlación individualista entre libre autodeterminación de la voluntad y derecho, al admitir la posible existencia de derechos sin voluntad identificable que les sirva de fundamento. Producida tan llamativa desconexión, el Estado puede actuar en defensa de unos derechos que no tienen, en rigor, titular alguno...”¹¹.

El Dr. Miguel Ángel Monge Sánchez, miembro de la capellanía de la Clínica Universitaria de Navarra, también analizó la eutanasia en su comunicación “Las leyes recientes de eutanasia, ¿una pendiente resbaladiza?” Monge hizo un breve recorrido histórico del movimiento a favor de la eutanasia, desde la fundación de la asociación EXIT en Inglaterra (1935) hasta los intentos de legalización en Australia (1995-1997) y el Estado de Oregón (EE.UU.), en 1994 y la liberalización en Holanda (2000) y en Bélgica (2002). Monge concluye que en el caso de las leyes de eutanasia se produce lo que algunos autores denominan el fenómeno de la “pendiente resbaladiza”¹². La experiencia es que en los países donde la eutanasia está legalizada, se acaba aplicando fuera de las condiciones establecidas por la ley para los casos límite¹³, que las medidas preventivas no han sido capaces de impedir esos excesos y que las autoridades no han perseguido a los infractores. Es imposible impedir los abusos. Sucede en el caso del aborto y ahora se repite de nuevo con la eutanasia.

Por lo que respecta al matrimonio de homosexuales que, como ya se ha dicho, el Parlamento español ha aprobado, cabe decir que es una contradicción in terminis, ya que el matrimonio es la unión, potencialmente fecunda, de un hombre y una mujer, como subraya la raíz latina *matri* en el nombre de una institución, que es la matriz, nunca mejor dicho, de la sociedad humana. La cuestión se abordó en una mesa redonda del congreso de bioética, bajo el epígrafe “La familia en el tercer milenio: aspectos jurídicos y éticos”, incidiendo especialmente en las adopciones de niños que eventualmente puedan lograr parejas de homosexuales, y concluyéndose que deben centrarse prioritariamente en buscar la mejor opción posible para los niños. Jokin de Irala Estévez, profesor de Medicina Preventiva y Salud Pública

¹¹La intervención de Andrés Ollero está basada en su ponencia “Derecho a la vida, ¿derecho a la muerte? La libre autodeterminación personal y las imprecisas fronteras del Derecho”, presentada dentro del ciclo sobre *El libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento jurídico español*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares y la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), en dicha Facultad el 6 de mayo de 1993. Ollero ha actualizado algunas de las ideas y de las referencias doctrinales y jurisprudenciales, ya que su texto anterior estaba publicado hace una docena de años.

¹²Ver Ortega, Íñigo, “La pendiente resbaladiza en la eutanasia: ¿ilusión o realidad?”, en *Annales theologici*, vol. XVII, Nº 1 (2003), 77-124.

¹³Un caso paradigmático es el de la Sra. Sue Rodríguez en Canadá. No podemos estar de acuerdo en todas las conclusiones a las que al respecto llega el catedrático noruego de Filosofía del derecho, Bjarne Melkevik, en “La responsabilité devant la mort. Sue Rodríguez devant la Cour suprême du Canada”, recogido en *Horizons de la philosophie du droit*, París-Montreal, 1998, 77-90.

de la Universidad de Navarra, demostró con diversos artículos científicos que no hay al día de hoy “ningún estudio metodológicamente satisfactorio que demuestre que las adopciones por parejas del mismo sexo, sean equiparables al matrimonio entre hombre y mujer”. “Además –añadió–, la evidencia científica actual señala –de forma contundente– que el entorno educativo óptimo para niños/as es el matrimonio heterosexual establemente comprometido, aunque otros modelos de familia puedan tener éxito. Por tanto, se debe proteger y favorecer este modelo como el más apropiado para las adopciones”¹⁴. Precisamente Claudine Parent ha resaltado la insatisfacción conyugal que se produce en muchos de los procesos de recomposición familiar, tras haber roto el primer matrimonio¹⁵. Las estadísticas demuestran la fragilidad de los nuevos matrimonios según la autora. Respecto a los hijos, las consecuencias pueden ser desastrosas en su proceso identitario, según demuestra Sally E. Palmer¹⁶.

La píldora del día siguiente, cuyo uso se ha incrementado especialmente para evitar el embarazo de adolescentes tras una relación sexual durante el fin de semana, fue analizada por Justo Aznar, profesor de Bioética de la Universidad Católica de Valencia, quien aportó datos que pusieron en entredicho la efectividad de esta nueva política de planificación familiar. Los resultados del programa de anticoncepción de emergencia en adolescentes y jóvenes son desfavorables, ya que, según las estadísticas disponibles, han aumentado el número de embarazos no deseados y los abortos, datos que sugieren la conveniencia de planificar otras estrategias –fundamentalmente educativas– de mayor eficiencia. Sobre los efectos de la píldora del día siguiente, el investigador explicó que no se trata de un anti-conceptivo sino que “tiene un mecanismo de acción, en un elevado porcentaje de casos, antiimplantatorio, es decir, abortivo. Este efecto debería ser explicado a las usuarias para obtener su libre consentimiento”¹⁷.

Un mayor protagonismo de la sociedad civil facilitará que los gobiernos puedan entender mejor su función subsidiaria. En este contexto, ha sido positiva la creación en el 2001 en España de La Asociación Nacional para la Defensa de la Objeción de Conciencia del Personal Biosanitario (ANDOC), cuya labor ha sido expuesta en el congreso por los farmacéuticos Juan Manuel Delgado Belloso y Juan Luis Villalobos Ruiz¹⁸. ANDOC se creó tras la legalización del medicamento llamado Norlevo, conocido coloquialmente con el término de “píldora del día después”, por el Ministerio de Sanidad español; y de la Orden dictada en junio de 2001 por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía que declaraba de obligada tenencia en las farmacias de la píldora postcoital. Aunque impulsada en un primer momento por farmacéuticos, ANDOC nació con la vocación de dar cabida a todos los profesionales sanitarios, y que se reconozca el derecho a la objeción,

¹⁴Irala Estévez, Jokin de, “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”.

¹⁵Parent, Claudine, *L'adaptation et l'évaluation d'une intervention préventive conçue pour les couples de familles recomposées*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Laval, Québec, 2001.

¹⁶Palmer, Sally E., “Custody and Access Issues with Children whose Parents are Separated or Divorced”, en *Canadian Journal of Community Mental Health*, 4 (2002), 25-38.

¹⁷Aznar Lucea, Justo, “La píldora del día después”.

¹⁸La comunicación lleva por título: “La Asociación Nacional para la Defensa de la Objeción de Conciencia del personal biosanitario (ANDOC)”.

no sólo en lo relativo a dicho fármaco contraceptivo, sino a otras prácticas como la eutanasia, la manipulación de embriones o la defensa del matrimonio y de la familia. Los objetivos básicos de ANDOC son la defensa del derecho fundamental a la objeción de conciencia de cualquier profesional sanitario amparándose en el artículo 16.1 de la Constitución Española; el libre examen de los problemas ético-morales que permitan definir la situación jurídica, derechos y obligaciones del personal sanitario en su labor profesional, y el reconocimiento de unos principios éticos orientados al respeto a la vida, la salud y la dignidad de la persona, de conformidad con las normas deontológicas de las profesiones sanitarias.

A lo largo de estos cuatro años la asociación ha desarrollado una actividad incansante para difundir sus objetivos fundamentales, a través de sus asociados, labores de asesoramiento legal, comunicados de prensa, artículos, presencia en foros, etc. Se ha logrado una importante implantación social en varias provincias españolas, e impulsado la inclusión del reconocimiento de la objeción de conciencia en varios códigos deontológicos aprobados por distintos colegios de farmacéuticos españoles y, sobre todo, se ha dado un paso decisivo para el reconocimiento legal de la objeción de conciencia farmacéutica con la Sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de abril de 2005, en la que se admite la posibilidad de la objeción de conciencia en la prescripción y dispensación de productos farmacéuticos. Esta sentencia resuelve el recurso planteado contra la orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en la que se incluye, como existencia mínima en las oficinas de farmacia, la “píldora del día siguiente”.

La mencionada sentencia deja constancia de que “en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución Española, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de dicho texto), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos”.

Si hablamos del protagonismo de la sociedad civil, no sólo debemos referirnos al derecho básico de asociación que asiste a ciudadanos y profesionales. En un campo tan importante como el bioético, hay que impulsar los comités deontológicos locales y nacionales. El congreso ha insistido en recomendar la constitución e impulso de los Comités Asistenciales de Ética en los Hospitales y en Atención Primaria orientados al servicio de los profesionales y de los pacientes. Estas comisiones nunca deben perder su sentido orientador y educativo, sabiendo que los dictámenes de los comités no son vinculantes, la responsabilidad última es personal del médico que decide ante un dilema ético. Con relación a los comités nacionales, José Antonio Díez, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, presentó una interesante comunicación: “La influencia de los Comités Nacionales en el desarrollo de la legislación actual sobre Biomedicina”, en la que puso de manifiesto cómo la acción desempeñada en los últimos veinte años por los principales comités nacionales de bioética europeos ha influido en los principios inspiradores y en el desarrollo de las leyes sobre cuestiones biomédicas de cada uno de sus países, de modo que en muchos de esos países, una institución dedicada específicamente a la reflexión bioética, sin abandonar su carácter de organismo consultivo, ha actuado como una instancia prelegislativa, al haber

incorporado el legislador nacional las recomendaciones e informes emitidos por los comités al texto de la ley.

Los comités nacionales de bioética son instancias de carácter nacional o internacional, dotadas de una composición interdisciplinar "... encargadas de informar a la colectividad y a los poderes públicos de los progresos científicos y técnicos alcanzados en la embriología, en la investigación y en la experimentación biológicas; de orientar y de controlar las posibilidades de aplicación, de evaluar los resultados, ventajas e inconvenientes, principalmente desde el punto de vista general, es decir, incluyendo también las dimensiones de derechos del hombre, de la dignidad humana y de otros valores éticos..."¹⁹. Existen también otros Comités de bioética en Universidades, hospitales, etc.²⁰. Tales funciones excluyen, de entrada, tanto que su consulta tenga carácter prescriptivo como que sus opiniones en materias sobre las que han de legislar los Estados vinculen a los poderes públicos. La autoridad de un comité de ética, se ha dicho, no puede ser mayor que la autoridad de sus argumentos. Sin embargo, con frecuencia el motivo para el establecimiento de un comité nacional ha sido el interés de los gobiernos por encauzar jurídicamente los desafíos planteados por las nuevas técnicas de reproducción artificial y la genética humana. En estos casos, el inicio del proceso legislativo para la aprobación de esas leyes coincide con la aparición de un comité nacional. En algunos países europeos se erigieron en una vía para trasladar las pautas éticas al derecho: facilitaron la plasmación en leyes de aquellos principios éticos que se consideraba deberían impregnar los nuevos avances biotecnológicos que afectan al hombre, sin por ello abandonar su vocación de foro de mediación y debate.

En unos pocos casos, el carácter de instancia prelegislativa atribuido a muchos de los comités nacionales viene predeterminado por la legislación o en el propio estatuto por el que se rige el comité; en la mayoría de los países, como Italia, Suecia o Gran Bretaña, sin embargo, se trata de una nota que se manifiesta *a posteriori*, al comprobar el impacto que las opiniones del comité nacional han tenido en el debate público, en las discusiones parlamentarias, etc., previas a la promulgación de las leyes; lógicamente, resulta mucho más difícil precisar cuál sea el influjo real que un Comité ha ejercido en este segundo supuesto que en el primero.

Algunos países en los que la ley les reconoce, explícita o implícitamente –resaltó el Dr. Díez–, papel de instancia prelegislativa a los comités nacionales son, por ejemplo, Francia, cuyo artículo 1 de ley de 800/2004, como ya hiciera el 23 de la de julio de 1994, atribuye al Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) la misión de "emitir sus opiniones ("avis") y publicar sus recomendaciones sobre los problemas morales suscitados por la investigación en el ámbito de la biología, la medicina y otras ciencias de la Salud, relativos al ser humano, a diferentes

¹⁹Consejo de Europa. Recomendación 1100 de 1986, párrafo 9B del Anexo.

²⁰Ver Gagnon, Éric, *Les comités d'éthique. La recherche médicale à l'épreuve*, Sainte-Foy, 1996 (255 pp.), que informa muy detalladamente, pese a ser una obra de hace diez años, sobre los comités universitarios (pp. 113-116) y de los hospitales (pp. 116-119). Muy interesante resulta el cap. 7 de su libro titulado "De la prevención de los abusos a la normalización de la investigación médica" (pp. 193-228). Gagnon defendió en la École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris, su tesis doctoral en Sociología sobre *Les comités d'éthique pour la recherche au Québec: institution et normalisation de la recherche médicale*, Paris, 1993 (537 pp.).

grupos sociales o a la sociedad en su conjunto". En Dinamarca, la ley de 9 de junio de 2004, parte 1, 1.2, establece que el Consejo de Ética danés aconsejará al Parlamento, a los ministerios y a las autoridades públicas en los problemas éticos suscitados por la investigación y aplicación de las biotecnologías y de la ingeniería genética en seres humanos, ecología y medio ambiente, funcionamiento de la sanidad, e investigación en biomedicina. En Suiza el artículo 28 de la ley de 18 de diciembre de 1998, sobre reproducción asistida, prevé el establecimiento de la Comisión Nacional de Ética para la medicina humana y le asigna las funciones de elaborar directivas que complementen esta ley; señalar las lagunas (sobre estas materias) que se observen en la legislación; y aconsejar (a petición de esos organismos) al Parlamento federal, al Consejo federal y a los Cantones. En Portugal, el artículo 2 de la ley 14/90 de 9 de junio asigna al Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) la misión de emitir opiniones ("pareceres") sobre los problemas cuando sea requerido por el Presidente de la República, la Asamblea Parlamentaria, miembros del Parlamento y del Gobierno. Respecto a Alemania, el Decreto de 2 de mayo de 2001, Apartado 2 (2) y (3) determina que el Comité Nacional de Ética (NER) puede, a instancias del Canciller federal o del Bundestag, emitir sus opiniones y hacer recomendaciones sobre aspectos políticos y acciones legislativas en las materias de su competencia. Finalmente, en Bélgica, el Acuerdo de cooperación, de 15 de enero de 1993 y ley federal de 6 de marzo de 1995 señalan que el Comité Consultivo de Bioética expresará su opinión sobre los problemas éticos, sociales y jurídicos (en especial, lo que concierne a los derechos humanos), suscitados por la investigación científica y sus aplicaciones en el ámbito de la biología, la medicina y la salud, a instancia de los Presidentes de las diversos Parlamentos (el Federal y el de cada Comunidad lingüística), o de un miembro del Gobierno.

La Dra. Isabel Viladomiu presentó una comunicación sobre la Bioética en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, que se encuentra actualmente en fase de debate parlamentario. La autora resaltó algunos interrogantes que están abiertos en la redacción actual de su articulado, particularmente respecto al concepto de "muerte digna", que puede tratarse de una declaración aparentemente inocua detrás de la cual aparezca la eutanasia activa²¹. El texto presentado ante

²¹Con posterioridad al desarrollo del Congreso celebrado en Málaga han aparecido las actas de otro encuentro, igualmente interesante, organizado por el Institut de Criminologie de la Universidad de París II y por el Centre Nationale de la Recherche Scientifique, bajo el título de *Euthanasie et responsabilité médicale*, París, 2006, donde han colaborado Jean Pradel (catedrático emérito y Presidente de la Asociación francesa de Derecho penal), Francesco d'Agostino (catedrático de la Universidad de Roma Tor Vergata y Presidente del Comité Nacional de Bioética italiano), Didier Sicard (catedrático y Presidente del Comité Consultivo Nacional de Ética de la República francesa), Lucien Israël (miembro del Instituto de Francia), Jean Cohen (Presidente de la Asociación francesa del Derecho a morir con dignidad), Jacques-Henri Robert (catedrático de la Universidad Panthéon-Assas, París II), Paul Moreau (catedrático de la Universidad Católica de Lyon), Yadh Ben Achour (catedrático de la Universidad de Túnez y miembro del Instituto de Derecho Internacional), entre otros. Particular interés tienen las tres ponencias agrupadas bajo el título de "Bioética y responsabilidad médica", las de Stéphane Bauzon (secretario del Comité Nacional de Bioética italiano), "Aux origines du biodroit: la responsabilité médicale délictuelle (1835-1936)" (103-110); Jerry Sainte-Rose, "L'enfant à naître: un objet destructible sans destinée humaine?" (111-116) y Jamil Sayah, "La victime et

el Congreso de los diputados español fue aprobado en el Parlamento de Cataluña por una amplia mayoría de grupos y partidos, algunos que conforman el gobierno de la Generalitat como los nacionalistas burgueses de Esquerra Republicana de Catalunya (centro liberal), los socialistas del PSC-PSOE (centro izquierda) y los ecosocialistas, alternativos y comunistas de Iniciativa per Catalunya-Els Verds (centro izquierda e izquierda). También apoyaron el texto del Estatuto presentado en Madrid, los dos partidos de derecha catalanista, Convergència Democràtica de Catalunya (derecha liberal) y Unió Democràtica de Catalunya (democratacristianos). Se opuso a la reforma del Estatuto la formación centralista denominada Partido Popular (conservador).

El colofón del congreso corrió a cargo del profesor Gonzalo Herranz, secretario de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial española. En su conferencia de clausura, Herranz propuso el resurgir de una nueva ética sanitaria que habrá de cultivarse seriamente como una disciplina académica que debe ocupar un lugar propio en las universidades con profesionales intensamente dedicados a cultivarla y enseñarla; un ámbito para el análisis crítico de los problemas reales que se plantean en el ejercicio diario profesional, por encima de otros problemas muy interesantes, pero también muy lejanos, vinculados al tortuoso progreso científico. “La ética sanitaria debe ser el lugar donde coexistan las ideas y los modos de la deontología tradicional y la bioética moderna. Ya no basta ser un buen conocedor/cumplidor de códigos. Hay que ser capaz, por ejemplo, de sostener dialécticamente las actitudes personales, con argumentos y razones fundadas”²². Herranz puso fin a su intervención citando un reciente editorial de *Lancet*²³, en el que se concluye que con el tiempo se verá adónde conduce el desprecio de lo humano en medicina: los abogados se volverán contra la profesión médica y dejarán de perseguir a los médicos por sus errores técnicos de ciencia dura, sus pifias diagnósticas o sus catástrofes terapéuticas. Perseguirán a los médicos por sus fallos de ciencia blanda, su ceguera ética, por su insensibilidad social, su desprecio de lo humano.

Aparte de las indicadas, se presentaron otras comunicaciones y ponencias. Las ponencias fueron 19 y las comunicaciones 37. La secretaría científica del Congreso corrió a cargo de Enrique Gómez Gracia, profesor titular de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad de Málaga. La intendencia y atención de los congresistas fue dirigida por José Ángel Aguirre Gómez, profesor titular de Fisiología formado en el departamento de Neurociencia del Karolinska Institutet de Estocolmo con el varias veces nominado para el Premio Nobel de

les mutations du droit de la responsabilité” (117-134). Sin embargo, así como la actuación del Comité Nacional de Bioética italiano ofrece en sus investigaciones y propuestas, algunas de ellas traducidas legislativamente, soluciones positivas en su conjunto (lo que no significa en su totalidad) y bien valoradas desde medios católicos oficiales, no podemos por otro lado dejar de manifestar nuestra más profunda preocupación como defensores de la vida humana respecto a la Ley francesa N° 2005-370 de 23 de abril de 2005 sobre los derechos de los enfermos y el final de la vida (*Journal officiel de la République française*, 23 de abril de 2005, 7089), en la que se introducen una serie de modificaciones al Código de la salud pública galo.

²²Herranz Rodríguez, Gonzalo, “Deontología y Bioética: mirando al futuro de la ética médica”.

²³“The Soft Science of Medicine”, en *Lancet*, vol. 363 (17 de abril de 2004), issue 9417.

Fisiología y Medicina Kjell Fuxe. La inauguración y clausura fue presidida por el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Málaga Salvador González Barón, hermano de uno de los ponentes al que hemos aludido en páginas precedentes.

ANTONIO BARNÉS VÁZQUEZ*

*Grupo de Investigación de Historia de las Instituciones Jurídicas, de los Sistemas Políticos y de las Organizaciones Sociales de la Europa mediterránea. SEJ-163. Universidad de Málaga, España.

DOCUMENTOS

DISCURSO DE S.S. BENEDICTO XVI A LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA PLENARIA DEL CONSEJO PONTIFICIO PARA LA FAMILIA (Sábado 13 de mayo de 2006)

Señores cardenales;
venerados hermanos en el episcopado y en el presbiterado;
queridos hermanos y hermanas

Es para mí motivo de alegría encontrarme con vosotros al final de la sesión plenaria del Consejo pontificio para la familia, que celebra en estos días su 25º aniversario, pues fue creado por mi venerado predecesor Juan Pablo II el 9 de mayo de 1981. Dirijo a cada uno mi cordial saludo y, en particular, al cardenal Alfonso López Trujillo, a quien doy las gracias por haberse hecho intérprete de los sentimientos comunes.

LA FAMILIA SANTUARIO DE LA VIDA

Vuestra reunión os ha permitido examinar los desafíos y los proyectos pastorales relacionados con la familia, considerada con razón como iglesia doméstica y santuario de la vida. Se trata de un campo apostólico amplio, complejo y delicado, al que dedicáis energías y entusiasmo con el objetivo de promover el “evangelio de la familia y de la vida”. ¡Cómo no recordar, a este respecto, la visión amplia y clarividente de mis predecesores, especialmente de Juan Pablo II, que promovieron con valentía la causa de la familia, considerándola como una institución decisiva e insustituible para el bien común de los pueblos!

PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD

La familia, fundada en el matrimonio, constituye un “patrimonio de la humanidad”, una institución social fundamental; es la célula vital y el pilar de la sociedad y esto afecta tanto a creyentes como a no creyentes. Es una realidad por la que todos los Estados deben tener la máxima consideración, pues, como solía repetir Juan Pablo II, “el futuro de la humanidad se fragua en la familia” (*Familiaris consortio*, 86). Además, según la visión cristiana, el matrimonio, elevado por Cristo a la altísima dignidad de sacramento, confiere mayor esplendor y profundidad al vínculo conyugal, y compromete con mayor fuerza a los esposos que, bendecidos por el Señor de la alianza, se prometen fidelidad hasta la muerte en el amor abierto a la vida.

Para ellos, el centro y el corazón de la familia es el Señor, que los acompaña en su unión y los sostiene en la misión de educar a sus hijos hacia la edad madura. De este modo, la familia cristiana coopera con Dios no sólo engendrando para la

vida natural, sino también cultivando las semillas de la vida divina donada en el bautismo. Estos son los principios, ya conocidos, de la visión cristiana del matrimonio y de la familia. Los recordé una vez más el jueves pasado en mi discurso a los miembros del Instituto Juan Pablo II para estudios sobre el matrimonio y la familia.

En el mundo actual, en el que se están difundiendo algunas concepciones equívocas sobre el hombre, sobre la libertad y sobre el amor humano, no debemos cansarnos nunca de volver a presentar la verdad sobre la familia, tal como ha sido querida por Dios desde la creación. Por desgracia, está aumentando el número de separaciones y divorcios, que rompen la unidad familiar y crean muchos problemas a los hijos, víctimas inocentes de estas situaciones.

En especial la estabilidad de la familia está hoy en peligro. Para salvaguardarla, con frecuencia, es necesario ir contracorriente con respecto a la cultura dominante, y esto exige paciencia, esfuerzo, sacrificio y búsqueda incesante de comprensión mutua. Pero también hoy los cónyuges pueden superar las dificultades y mantenerse fieles a su vocación, recurriendo a la ayuda de Dios con la oración y participando asiduamente en los sacramentos, especialmente en la Eucaristía. La unidad y la firmeza de las familias ayudan a la sociedad a respirar los auténticos valores humanos y a abrirse al Evangelio. A esto contribuye el apostolado de muchos Movimientos, llamados a actuar en este campo en armonía con las diócesis y las parroquias.

EL EMBRIÓN HUMANO ES UNA PERSONA

Asimismo, hoy un tema muy delicado es el respeto debido al embrión humano, que debería nacer siempre de un acto de amor y ser tratado ya como persona (cf. *Evangelium vitae*, 60). Los progresos de la ciencia y de la técnica en el ámbito de la bioética se transforman en amenazas cuando el hombre pierde el sentido de sus límites y, en la práctica, pretende sustituir a Dios Creador. La encíclica *Humanae vitae* reafirma con claridad que la procreación humana debe ser siempre fruto del acto conyugal, con su doble significado de unión y de procreación (cf. n. 12). Lo exige la grandeza del amor conyugal según el proyecto divino, como recordé en la encíclica *Deus caritas est*: “El “eros”, degradado a puro “sexo”, se convierte en mercancía, en simple “objeto” que se puede comprar y vender; más aún, el hombre mismo se transforma en mercancía (...). En realidad, nos encontramos ante una degradación del cuerpo humano” (n. 5).

Gracias a Dios, especialmente entre los jóvenes, muchos están redescubriendo el valor de la castidad, que se presenta cada vez más como una garantía segura del amor auténtico. El momento histórico que estamos viviendo exige que las familias cristianas testimonien con valiente coherencia que la procreación es fruto del amor. Ese testimonio estimulará a los políticos y legisladores a salvaguardar los derechos de la familia. Como es sabido, se están acreditando soluciones jurídicas para las así llamadas “uniones de hecho” que, a pesar de rechazar las obligaciones del matrimonio, pretenden gozar de derechos equivalentes. Además, a veces se quiere llegar incluso a una nueva definición del matrimonio para legalizar las uniones homosexuales, atribuyéndoles también el derecho a la adopción de hijos.

EL “INVIERNO DEMOGRÁFICO”

Amplias áreas del mundo están sufriendo el así llamado “invierno demográfico”, con el consiguiente envejecimiento progresivo de la población. En ocasiones, las familias se ven amenazadas por el miedo ante la vida, la paternidad y la maternidad. Es necesario volverles a dar confianza para que puedan seguir cumpliendo su noble misión de procrear en el amor. Doy las gracias a vuestro Consejo pontificio pues, a través de encuentros continentales y nacionales, trata de dialogar con quienes tienen responsabilidades políticas y legislativas en este sentido, y se esfuerza por tejer una amplia red de coloquios con los obispos, ofreciendo a las Iglesias locales cursos abiertos a los responsables de la pastoral.

Aprovecho, además, la ocasión para reiterar la invitación a todas las comunidades diocesanas a participar con sus delegaciones en el V Encuentro mundial de las familias, que se celebrará el próximo mes de julio en Valencia, España, en el que, si Dios quiere, tendré la alegría de participar personalmente.

Gracias, una vez más, por el trabajo que realizáis. Que el Señor siga haciéndolo fecundo. Por esto os aseguro mi recuerdo en la oración. Invocando la maternal protección de María, os imparto a todos mi bendición, que extiendo a las familias, para que sigan construyendo su hogar a ejemplo de la Sagrada Familia de Nazaret.

S.S. BENEDICTO XVI

DISCURSO DE S.S. BENEDICTO XVI
DURANTE LA VIGILIA DEL
V ENCUENTRO MUNDIAL DE LAS FAMILIAS
(Valencia/España, sábado 8.7.2006, 22:30 hrs.)

Amados hermanos y hermanas:

Siento un gran gozo al participar en este encuentro de oración, en el cual se quiere celebrar con gran alegría el don divino de la familia. Me siento muy cercano con la oración a todos los que han vivido recientemente el luto en esta ciudad, y con la esperanza en Cristo resucitado, que da aliento y luz aún en los momentos de mayor desgracia humana.

Unidos por la misma fe en Cristo, nos hemos congregado aquí, desde tantas partes del mundo, como una comunidad que agradece y da testimonio con júbilo de que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios para amar y que sólo se realiza plenamente a sí mismo cuando hace entrega sincera de sí a los demás. La familia es el ámbito privilegiado donde cada persona aprende a dar y recibir amor. Por eso la Iglesia manifiesta constantemente su solicitud pastoral por este espacio fundamental para la persona humana. Así lo enseña en su Magisterio: “Dios, que es amor y creó al hombre por amor, lo ha llamado a amar. Creando al hombre y a la mujer, los ha llamado en el Matrimonio a una íntima comunión de vida y amor entre ellos, “de manera que ya no son dos, sino una sola carne” (Mt 19, 6)” (*Catecismo de la Iglesia Católica*. Compendio, 337).

Esta es la verdad que la Iglesia proclama sin cesar al mundo. Mi querido predecesor Juan Pablo II, decía que “El hombre se ha convertido en ‘imagen y semejanza’ de Dios, no sólo a través de la propia humanidad, sino también a través de la comunión de las personas que el varón y la mujer forman desde el principio. Se convierten en imagen de Dios, no tanto en el momento de la soledad, cuanto en el momento de la comunión” (*Catechesis*, 14-XI-1979). Por eso he confirmado la convocatoria de este V Encuentro Mundial de las Familias en España, y concretamente en Valencia, rica en sus tradiciones y orgullosa de la fe cristiana que se vive y cultiva en tantas familias.

La familia es una institución intermedia entre el individuo y la sociedad, y nada la puede suplir totalmente. Ella misma se apoya sobre todo en una profunda relación interpersonal entre el esposo y la esposa, sostenida por el afecto y comprensión mutua. Para ello recibe la abundante ayuda de Dios en el sacramento del matrimonio, que comporta verdadera vocación a la santidad. Ojalá que los hijos contemplen más los momentos de armonía y afecto de los padres, que no los de discordia o distanciamiento, pues el amor entre el padre y la madre ofrece a los hijos una gran seguridad y les enseña la belleza del amor fiel y duradero.

La familia es un bien necesario para los pueblos, un fundamento indispensable para la sociedad y un gran tesoro de los esposos durante toda su vida. Es un bien insustituible para los hijos, que han de ser fruto del amor, de la donación total y

generosa de los padres. Proclamar la verdad integral de la familia, fundada en el matrimonio como Iglesia *doméstica* y *santuario de la vida*, es una gran responsabilidad de todos.

El padre y la madre se han dicho un “sí” total ante de Dios, lo cual constituye la base del sacramento que les une; asimismo, para que la relación interna de la familia sea completa, es necesario que digan también un “sí” de aceptación a sus hijos, a los que han engendrado o adoptado y que tienen su propia personalidad y carácter. Así, éstos irán creciendo en un clima de aceptación y amor, y es de desear que al alcanzar una madurez suficiente quieran dar a su vez un “sí” a quienes les han dado la vida.

Los desafíos de la sociedad actual, marcada por la dispersión que se genera sobre todo en el ámbito urbano, hacen necesario garantizar que las familias no estén solas. Un pequeño núcleo familiar puede encontrar obstáculos difíciles de superar si se encuentra aislado del resto de sus parientes y amistades. Por ello, la comunidad eclesial tiene la responsabilidad de ofrecer acompañamiento, estímulo y alimento espiritual que fortalezca la cohesión familiar, sobre todo en las pruebas o momentos críticos. En este sentido, es muy importante la labor de las parroquias, así como de las diversas asociaciones eclesiales, llamadas a colaborar como redes de apoyo y mano cercana de la Iglesia para el crecimiento de la familia en la fe.

Cristo ha revelado cuál es siempre la fuente suprema de la vida para todos y, por tanto, también para la familia: “Éste es mi mandamiento: que os améis unos a otros como yo os he amado. Nadie tiene mayor amor que quien da la vida por sus amigos” (Jn 15,12-13). El amor de Dios mismo se ha derramado sobre nosotros en el bautismo. De ahí que las familias están llamadas a vivir esa calidad de amor, pues el Señor es quien se hace garante de que eso sea posible para nosotros a través del amor humano, sensible, afectuoso y misericordioso como el de Cristo.

Junto con la transmisión de la fe y del amor del Señor, una de las tareas más grandes de la familia es la de formar personas libres y responsables. Por ello los padres han de ir *devolviendo* a sus hijos la libertad, de la cual durante algún tiempo son tutores. Si éstos ven que sus padres –y en general los adultos que les rodean– viven la vida con alegría y entusiasmo, incluso a pesar de las dificultades, crecerá en ellos más fácilmente ese gozo profundo de vivir que les ayudará a superar con acierto los posibles obstáculos y contrariedades que conlleva la vida humana. Además, cuando la familia no se cierra en sí misma, los hijos van aprendiendo que toda persona es digna de ser amada, y que hay una fraternidad fundamental universal entre todos los seres humanos.

Este V Encuentro Mundial nos invita a reflexionar sobre un tema de particular importancia y que comporta una gran responsabilidad para nosotros: “*La transmisión de la fe en la familia*”. Lo expresa muy bien el *Catecismo de la Iglesia Católica*: “Como una madre que enseña a sus hijos a hablar y con ello a comprender y comunicar, la Iglesia, nuestra Madre, nos enseña el lenguaje de la fe para introducirnos en la inteligencia y la vida de fe” (n. 171).

Como se simboliza en la liturgia del bautismo, con la entrega del cirio encendido, los padres son asociados al misterio de la nueva vida como hijos de Dios, que se recibe con las aguas bautismales.

Transmitir la fe a los hijos, con la ayuda de otras personas e instituciones como la parroquia, la escuela o las asociaciones católicas, es una responsabilidad que los padres no pueden olvidar, descuidar o delegar totalmente. “La familia

cristiana es llamada *Iglesia doméstica*, porque manifiesta y realiza la naturaleza comunitaria y familiar de la Iglesia en cuanto familia de Dios. Cada miembro, según su propio papel, ejerce el sacerdocio bautismal, contribuyendo a hacer de la familia una comunidad de gracia y de oración, escuela de virtudes humanas y cristianas y lugar del primer anuncio de la fe a los hijos” (*Catecismo de la Iglesia Católica*. Compendio, 350). Y además: “Los padres, partícipes de la paternidad divina, son los primeros responsables de la educación de sus hijos y los primeros anunciadores de la fe. Tienen el deber de amar y de respetar a sus hijos como *personas y como hijos de Dios*... En especial, tienen la misión de educarlos en la fe cristiana” (*ibíd.*, 460).

El lenguaje de la fe se aprende en los hogares donde esta fe crece y se fortalece a través de la oración y de la práctica cristiana. En la lectura del *Deuteronomio* hemos escuchado la oración repetida constantemente por el pueblo elegido, la *Shema Israel*, y que Jesús escucharía y repetiría en su hogar de Nazaret. Él mismo la recordaría durante su vida pública, como nos refiere el evangelio de Marcos (*Mc 12,29*). Esta es la fe de la Iglesia que viene del amor de Dios, por medio de vuestras familias. Vivir la integridad de esta fe, en su maravillosa novedad, es un gran regalo. Pero en los momentos en que parece que se oculta el rostro de Dios, creer es difícil y cuesta un gran esfuerzo.

Este encuentro da nuevo aliento para seguir anunciando el Evangelio de la familia, reafirmar su vigencia e identidad basada en el matrimonio abierto al don generoso de la vida, y donde se acompaña a los hijos en su crecimiento corporal y espiritual. De este modo se contrarresta un hedonismo muy difundido, que banaliza las relaciones humanas y las vacía de su genuino valor y belleza. Promover los valores del matrimonio no impide gustar plenamente la felicidad que el hombre y la mujer encuentran en su amor mutuo. La fe y la ética cristiana, pues, no pretenden ahogar el amor, sino hacerlo más sano, fuerte y realmente libre. Para ello, el amor humano necesita ser purificado y madurar para ser plenamente humano y principio de una alegría verdadera y duradera (*cf. Discurso en san Juan de Letrán*, 5 junio 2006).

Invito, pues, a los gobernantes y legisladores a reflexionar sobre el bien evidente que los hogares en paz y en armonía aseguran al hombre, a la familia, centro neurálgico de la sociedad, como recuerda la Santa Sede en la *Carta de los Derechos de la Familia*. El objeto de las leyes es el bien integral del hombre, la respuesta a sus necesidades y aspiraciones. Esto es una ayuda notable a la sociedad, de la cual no se puede privar y para los pueblos es una salvaguarda y una purificación. Además, la familia es una escuela de humanización del hombre, para que crezca hasta hacerse verdaderamente hombre. En este sentido, la experiencia de ser amados por los padres lleva a los hijos a tener conciencia de su dignidad de hijos.

La criatura concebida ha de ser educada en la fe, amada y protegida. Los hijos, con el fundamental derecho a nacer y ser educados en la fe, tienen derecho a un hogar que tenga como modelo el de Nazaret y sean preservados de toda clase de insidias y amenazas.

Deseo referirme ahora a los abuelos, tan importantes en las familias. Ellos pueden ser –y son tantas veces– los garantes del afecto y la ternura que todo ser humano necesita dar y recibir. Ellos dan a los pequeños la perspectiva del tiempo, son memoria y riqueza de las familias. Ojalá que, bajo ningún concepto, sean excluidos del círculo familiar. Son un tesoro que no podemos arrebatarles a las

nuevas generaciones, sobre todo cuando dan testimonio de fe ante la cercanía de la muerte.

Quiero ahora recitar una parte de la oración que habéis rezado pidiendo por el buen fruto de este Encuentro Mundial de las Familias:

*Oh, Dios, que en la Sagrada Familia
nos dejaste un modelo perfecto de vida familiar
vivida en la fe y la obediencia a tu voluntad.
Ayúdanos a ser ejemplo de fe y amor a tus mandamientos.
Socórrenos en nuestra misión de transmitir la fe a nuestros hijos.
Abre su corazón para que crezca en ellos
la semilla de la fe que recibieron en el bautismo.
Fortalece la fe de nuestros jóvenes,
para que crezcan en el conocimiento de Jesús.
Aumenta el amor y la fidelidad en todos los matrimonios,
especialmente aquellos que pasan por momentos de sufrimiento o dificultad.
(...)
Unidos a José y María,
Te lo pedimos por Jesucristo tu Hijo, nuestro Señor. Amén.*

HOMILÍA DEL PAPA EN LA SANTA MISA (Valencia/España, domingo 9.7.2006, 10:15 hrs.)

Queridos hermanos y hermanas:

En esta Santa Misa que tengo la inmensa alegría de presidir, concelebrando con numerosos Hermanos en el episcopado y con un gran número de sacerdotes, doy gracias al Señor por todas las amadas familias que os habéis congregado aquí formando una multitud jubilosa, y también por tantas otras que, desde lejanas tierras, seguís esta celebración a través de la radio y la televisión. A todos deseo saludaros y expresaros mi gran afecto con un abrazo de paz.

Los testimonios de Ester y Pablo, que hemos escuchado antes en las lecturas, muestran cómo la familia está llamada a colaborar en la transmisión de la fe. Ester confiesa: *“Mi padre me ha contado que tú, Señor, escogiste a Israel entre las naciones”* (14,5). Pablo sigue la tradición de sus antepasados judíos dando culto a Dios con conciencia pura. Alaba la fe sincera de Timoteo y le recuerda *“esa fe que tuvieron tu abuela Loide y tu madre Eunice, y que estoy seguro que tienes también tú”* (2 Tm 1,5). En estos testimonios bíblicos la familia comprende no sólo a padres e hijos, sino también a los abuelos y antepasados. La familia se nos muestra así como una comunidad de generaciones y garante de un patrimonio de tradiciones.

Ningún hombre se ha dado el ser a sí mismo ni ha adquirido por sí solo los conocimientos elementales para la vida. Todos hemos recibido de otros la vida y las verdades básicas para la misma, y estamos llamados a alcanzar la perfección en relación y comunión amorosa con los demás. La familia, fundada en el matrimonio

indisoluble entre un hombre y una mujer, expresa esta dimensión relacional, filial y comunitaria, y es el ámbito donde el hombre puede nacer con dignidad, crecer y desarrollarse de un modo integral.

Cuando un niño nace, a través de la relación con sus padres empieza a formar parte de una tradición familiar, que tiene raíces aún más antiguas. Con el don de la vida recibe todo un patrimonio de experiencia. A este respecto, los padres tienen el derecho y el deber inalienable de transmitirlo a los hijos: educarlos en el descubrimiento de su identidad, iniciarlos en la vida social, en el ejercicio responsable de su libertad moral y de su capacidad de amar a través de la experiencia de ser amados y, sobre todo, en el encuentro con Dios. Los hijos crecen y maduran humanamente en la medida en que acogen con confianza ese patrimonio y esa educación que van asumiendo progresivamente. De este modo son capaces de elaborar una síntesis personal entre lo recibido y lo nuevo, y que cada uno y cada generación está llamado a realizar.

En el origen de todo hombre y, por tanto, en toda paternidad y maternidad humana está presente Dios Creador. Por eso los esposos deben acoger al niño que les nace como hijo no sólo suyo, sino también de Dios, que lo ama por sí mismo y lo llama a la filiación divina. Más aún: toda generación, toda paternidad y maternidad, toda familia tiene su principio en Dios, que es Padre, Hijo y Espíritu Santo.

A Ester su padre le había transmitido, con la memoria de sus antepasados y de su pueblo, la de un Dios del que todos proceden y al que todos están llamados a responder. La memoria de Dios Padre que ha elegido a su pueblo y que actúa en la historia para nuestra salvación. La memoria de este Padre ilumina la identidad más profunda de los hombres: de dónde venimos, quiénes somos y cuán grande es nuestra dignidad. Venimos ciertamente de nuestros padres y somos sus hijos, pero también venimos de Dios, que nos ha creado a su imagen y nos ha llamado a ser sus hijos. Por eso, en el origen de todo ser humano no existe el azar o la casualidad, sino un proyecto del amor de Dios. Es lo que nos ha revelado Jesucristo, verdadero Hijo de Dios y hombre perfecto. Él conocía de quién venía y de quién venimos todos: del amor de su Padre y Padre nuestro.

La fe no es, pues, una mera herencia cultural, sino una acción continua de la gracia de Dios que llama y de la libertad humana que puede o no adherirse a esa llamada. Aunque nadie responde por otro, sin embargo los padres cristianos están llamados a dar un testimonio creíble de su fe y esperanza cristiana. Han de procurar que la llamada de Dios y la Buena Nueva de Cristo lleguen a sus hijos con la mayor claridad y autenticidad.

Con el pasar de los años, este don de Dios que los padres han contribuido a poner ante los ojos de los pequeños necesitará también ser cultivado con sabiduría y dulzura, haciendo crecer en ellos la capacidad de discernimiento. De este modo, con el testimonio constante del amor conyugal de los padres, vivido e impregnado de la fe, y con el acompañamiento entrañable de la comunidad cristiana, se favorecerá que los hijos hagan suyo el don mismo de la fe, descubran con ella el sentido profundo de la propia existencia y se sientan gozosos y agradecidos por ello.

La familia cristiana transmite la fe cuando los padres enseñan a sus hijos a rezar y rezan con ellos (cf. *Familiaris consortio*, 60); cuando los acercan a los sacramentos y los van introduciendo en la vida de la Iglesia; cuando todos se

reúnen para leer la Biblia, iluminando la vida familiar a la luz de la fe y alabando a Dios como Padre.

En la cultura actual se exalta muy a menudo la libertad del individuo concebido como sujeto autónomo, como si se hiciera él solo y se bastara a sí mismo, al margen de su relación con los demás y ajeno a su responsabilidad ante ellos. Se intenta organizar la vida social sólo a partir de deseos subjetivos y mudables, sin referencia alguna a una verdad objetiva previa como son la dignidad de cada ser humano y sus deberes y derechos inalienables a cuyo servicio debe ponerse todo grupo social.

La Iglesia no cesa de recordar que la verdadera libertad del ser humano proviene de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios. Por ello, la educación cristiana es educación de la libertad y para la libertad. “Nosotros hacemos el bien no como esclavos, que no son libres de obrar de otra manera, sino que lo hacemos porque tenemos personalmente la responsabilidad con respecto al mundo; porque amamos la verdad y el bien, porque amamos a Dios mismo y, por tanto, también a sus criaturas. Esta es la libertad verdadera, a la que el Espíritu Santo quiere llevarnos” (*Homilía en la vigilia de Pentecostés*, L'Osservatore Romano, edic. lengua española, 9-6-2006, p. 6).

Jesucristo es el hombre perfecto, ejemplo de libertad filial, que nos enseña a comunicar a los demás su mismo amor: “*Como el Padre me ha amado, así os he amado yo; permaneced en mi amor*” (Jn 15,9). A este respecto enseña el Concilio Vaticano II que “los esposos y padres cristianos, siguiendo su propio camino, deben apoyarse mutuamente en la gracia, con un amor fiel a lo largo de toda su vida, y educar en la enseñanza cristiana y en los valores evangélicos a sus hijos recibidos amorosamente de Dios. De esta manera ofrecen a todos el ejemplo de un amor incansable y generoso, construyen la fraternidad de amor y son testigos y colaboradores de la fecundidad de la Madre Iglesia como símbolo y participación de aquel amor con el que Cristo amó a su esposa y se entregó por ella” (*Lumen gentium*, 41).

La alegría amorosa con la que nuestros padres nos acogieron y acompañaron en los primeros pasos en este mundo es como un signo y prolongación sacramental del amor benevolente de Dios del que procedemos. La experiencia de ser acogidos y amados por Dios y por nuestros padres es la base firme que favorece siempre el crecimiento y desarrollo auténtico del hombre, que tanto nos ayuda a madurar en el camino hacia la verdad y el amor, y a salir de nosotros mismos para entrar en comunión con los demás y con Dios.

Para avanzar en ese camino de madurez humana, la Iglesia nos enseña a respetar y promover la maravillosa realidad del matrimonio indisoluble entre un hombre y una mujer, que es, además, el origen de la familia. Por eso, reconocer y ayudar a esta institución es uno de los mayores servicios que se pueden prestar hoy día al bien común y al verdadero desarrollo de los hombres y de las sociedades, así como la mejor garantía para asegurar la dignidad, la igualdad y la verdadera libertad de la persona humana.

En este sentido, quiero destacar la importancia y el papel positivo que a favor del matrimonio y de la familia realizan las distintas asociaciones familiares eclesiales. Por eso, “deseo invitar a todos los cristianos a colaborar, cordial y valientemente con todos los hombres de buena voluntad, que viven su responsabilidad al servicio de la familia” (*Familiaris consortio*, 86), para que uniendo sus fuerzas y con una

legítima pluralidad de iniciativas contribuyan a la promoción del verdadero bien de la familia en la sociedad actual.

Volvamos por un momento a la primera lectura de esta Misa, tomada del libro de Ester. La Iglesia orante ha visto en esta humilde reina, que intercede con todo su ser por su pueblo que sufre, un prefiguración de María, que su Hijo nos ha dado a todos nosotros como Madre; una prefiguración de la Madre, que protege con su amor a la familia de Dios que peregrina en este mundo. María es la imagen ejemplar de todas las madres, de su gran misión como guardianas de la vida, de su misión de enseñar el arte de vivir, el arte de amar.

La familia cristiana –padre, madre e hijos– está llamada, pues, a cumplir los objetivos señalados no como algo impuesto desde fuera, sino como un don de la gracia del sacramento del matrimonio infundida en los esposos. Si éstos permanecen abiertos al Espíritu y piden su ayuda, él no dejará de comunicarles el amor de Dios Padre manifestado y encarnado en Cristo. La presencia del Espíritu ayudará a los esposos a no perder de vista la fuente y medida de su amor y entrega, y a colaborar con él para reflejarlo y encarnarlo en todas las dimensiones de su vida. El Espíritu suscitará asimismo en ellos el anhelo del encuentro definitivo con Cristo en la casa de su Padre y Padre nuestro. Este es el mensaje de esperanza que desde Valencia quiero lanzar a todas las familias del mundo. Amén.

PROMOVER LA FAMILIA, TAREA ESENCIAL PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD

Excelentísimo Señor Presidente:

Con ocasión de la 36ª Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, tengo el honor de transmitirles a usted, a los Cancilleres de los Estados Americanos y del Caribe, y a los Representantes de los Países Observadores, los cordiales saludos de Su Santidad el Papa Benedicto XVI. Quisiera extender asimismo estos votos al Secretario General de la Organización, el Señor José Miguel Insulza y a sus colaboradores.

El tema de los debates de esta 36ª Asamblea General, “Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento”, abraza varios aspectos de la vida del continente: la promoción de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, la seguridad y la lucha contra la pobreza, la desigualdad y la corrupción.

En realidad, son estos puntos decisivos para contribuir a la construcción de una sociedad de paz, de estabilidad y de justicia en todo el continente.

El tema primordial es la dignidad de la persona humana, el valor absoluto de la vida humana desde su concepción hasta su fin natural. El continente americano tiene una tradición de respeto a la vida que se ve ahora amenazada por la presión de corrientes extrañas a su naturaleza.

En el ámbito de la tutela de la dignidad de la persona humana es también una prioridad favorecer las condiciones para que disminuya la violencia en sus diversas formas: terrorismo, ataques contra civiles inocentes, secuestros, amenazas, tráfico de droga.

Otra cuestión esencial, estrechamente unida al tema de la dignidad de la persona humana, es la promoción de la familia, basada en el matrimonio. Promover la familia es una tarea esencial para el desarrollo de la sociedad de todo el continente. La familia es el lugar del aprendizaje, del conocimiento, de la formación básica del futuro protagonista de la vida social. Por eso la primera entidad que los Estados tienen que proteger y promover es la familia. El papel desempeñado por los padres es fundamental y no puede ser sustituido por el Estado u otra institución que es un complemento necesario y muy benéfico, pero no reemplaza el rol primordial de los padres a quienes compete también elegir la forma de educación que quieren para sus hijos. Por supuesto, la familia no puede desempeñar adecuadamente su misión si no dispone de las condiciones materiales mínimas para ello. Aquí tocamos otro elemento importante: la persistencia, a veces agravada, de la pobreza y del aumento de la desigualdad entre los más ricos y los más pobres. No se trata solamente de distribuir más adecuadamente lo que hay, sino de mejorar las condiciones de producción y de buscar nuevas modalidades de un desarrollo en paz y armonía para todos. En este sentido, la Doctrina Social de la Iglesia ofrece un marco que permite sentar las bases de la edificación de una sociedad que tiene como centro al hombre y no al dinero o

a la ideología. Otra contribución de la Doctrina Social de la Iglesia que habría que apreciar más es la importancia del principio de subsidiariedad que valoriza los cuerpos sociales intermedios en el desempeño de todas las funciones que les competen (cfr. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia n. 186).

En ese contexto, hace falta perseverar en la vía del constante diálogo entre los países; precisamente una de las tareas de la Organización de los Estados Americanos es garantizar ese necesario diálogo. La gran mayoría de los habitantes de los países de la OEA son cristianos y las raíces cristianas pueden constituir un apoyo decisivo a la vida social y política de los estados americanos.

Excelentísimo Señor Presidente, en nombre de Su Santidad Benedicto XVI, deseo a esta Asamblea General una labor fructífera para contribuir al progreso material y espiritual de los pueblos de América.

Dado en la Ciudad del Vaticano el 1° de junio de 2006.

CARDENAL ÁNGELO SODANO*
Secretario de Estado de Su Santidad

*Mensaje que el Cardenal Ángel Sodano, Secretario de Estado de Su Santidad, envió en nombre del Santo Padre Benedicto XVI, a los participantes en la XXXVI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Publicado en Iglesia en San Bernardo (Santiago de Chile), julio del 2006, 23-24.

LOS PRINCIPIOS QUE NO SON NEGOCIABLES PARA LA IGLESIA EN LA VIDA PÚBLICA.

Discurso a los participantes en un congreso promovido por el Partido Popular Europeo sobre el viejo continente

Honorables parlamentarios,
distinguidas señoras y señores

Con alegría os doy la bienvenida con motivo de las Jornadas de Estudio sobre Europa, organizadas por vuestro grupo parlamentario. Los romanos pontífices siempre han dedicado una atención particular a este continente. La audiencia de hoy es un ejemplo elocuente y se enmarca en la larga serie de reuniones entre mis precursores y los movimientos políticos de inspiración cristiana. Doy las gracias al honorable señor Pöttering por las palabras que me ha dirigido en vuestro nombre, y le hago llegar a él y a todos vosotros mi más cordial saludo.

En estos momentos, Europa tiene que afrontar complejas cuestiones de gran importancia, como la ampliación y desarrollo del proceso de integración europea, la definición cada vez más exacta de política de vecindad dentro de la Unión y el debate sobre su modelo social. Para alcanzar estos objetivos, será muy importante inspirarse con fidelidad creativa en la herencia cristiana que ha dado una aportación decisiva a la hora de forjar la identidad de este continente.

Si valora sus raíces cristianas, Europa será capaz de dar un rumbo seguro a las opciones de sus ciudadanos y de sus pueblos, reforzará su conciencia de pertenecer a una civilización común y alimentará el compromiso de afrontar los retos del presente para lograr un futuro mejor. Por ello, aprecio el que vuestro grupo haya reconocido la herencia cristiana de Europa, que ofrece valiosas orientaciones éticas para la búsqueda de un modelo social que responda adecuadamente a las exigencias de una economía globalizada y de los cambios demográficos, asegurando el crecimiento y el empleo, la protección de la familia, igualdad de oportunidades para la educación de los jóvenes y la atención por los pobres.

Además, vuestro apoyo al patrimonio cristiano puede contribuir decisivamente a la derrota de una cultura que ahora se ha difundido claramente en Europa y que relega a la esfera privada y subjetiva la manifestación de las propias convicciones religiosas. Las políticas cimentadas en este fundamento no sólo implican el repudio del papel público del cristianismo, sino que más en general excluyen el compromiso con la tradición religiosa de Europa, sumamente clara a pesar de sus variaciones confesionales, convirtiéndose en una amenaza para la misma democracia, cuya fuerza depende de los valores que promueve (Cf. "Evangelium Vitae", 70).

Dado que esta tradición, precisamente en su así llamada unidad polifónica, transmite valores que son fundamentales para el bien de la sociedad, la Unión Europea sólo podrá verse enriquecida en su compromiso con ella. Sería un signo de inmadurez, o incluso de debilidad, oponerse a ella o ignorarla, en vez de dialogar con ella. En este contexto, hay que reconocer la existencia de una cierta

intransigencia laicista que es enemiga de la tolerancia y de una sana concepción laica del Estado y de la sociedad.

Por eso, me complace el que el tratado constitucional de la Unión Europea prevea una relación estructurada y continua con las comunidades religiosas, reconociendo su identidad y su contribución específica. Confío en que la efectiva y correcta aplicación de esta relación comience ahora con la cooperación de todos los movimientos políticos independientemente de las posiciones de partido.

No hay que olvidar que, cuando las Iglesias o las comunidades eclesiales intervienen en el debate público, expresando reservas o recordando principios, no están manifestando formas de intolerancia o interferencia, pues estas intervenciones buscan únicamente iluminar las conciencias, para que las personas puedan actuar libremente y con responsabilidad, según las auténticas exigencias de la justicia, aunque esto pueda entrar en conflicto con situaciones de poder y de interés personal.

En la medida en que afecta a la Iglesia católica, el interés principal de sus intervenciones en la vida pública se centra en la protección y la promoción de la dignidad de la persona y por ello presta particular atención a los principios que no son negociables.

Entre éstos, hoy emergen claramente los siguientes:

- protección de la vida en todas sus fases, desde el primer momento de su concepción hasta su muerte natural;
- reconocimiento y promoción de la estructura natural de la familia, como una unión entre un hombre y una mujer basada en el matrimonio, y su defensa ante los intentos de hacer que sea jurídicamente equivalente a formas radicalmente diferentes de unión que en realidad la dañan y contribuyen a su desestabilización, oscureciendo su carácter particular y su papel social insustituible;
- la protección del derecho de los padres a educar a sus hijos.

Estos principios no son verdades de fe, aunque queden iluminados y confirmados por fe; están inscritos en la naturaleza humana, y por lo tanto son comunes a toda la humanidad. La acción de la Iglesia en su promoción no es por lo tanto de carácter confesional, sino que se dirige a todas las personas, independientemente de su afiliación religiosa.

Por el contrario, esta acción es aún más necesaria en la medida en que estos principios son negados o malentendidos, pues de este modo se comete una ofensa a la verdad de la persona humana, una grave herida provocada a la justicia misma.

Queridos amigos, exhortándoos a ser testigos creíbles y consecuentes de estas verdades fundamentales con vuestra actividad política, y de forma aún más fundamental con vuestro compromiso de vida auténtica y coherente, invoco sobre vosotros y vuestro trabajo la continua asistencia de Dios, en prenda de la cual os imparto a vosotros y a quienes os acompañan mi bendición.

S.S. BENEDICTO XVI*

*Discurso del 26.3.2006. Traducción del original en inglés por Zenith, agencia de noticias (30.3.2006).

¿HACIA DÓNDE CAMINA CHILE? Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile

I. ENTREGA DE LAS “NORMAS”

El Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile recibió el sábado 2 de septiembre, de manos de la Sra. Ministra de Salud, el documento titulado “*Normas nacionales para la regulación de la fertilidad*”. Ese mismo día, ella anunció públicamente una de las medidas contempladas en esta normativa: la distribución de la llamada “píldora del día después” en los consultorios a las menores de 14 años que la solicitaran.

A través de distintos medios de comunicación se han conocido opiniones diversas de personas, instituciones, partidos políticos y sectores culturales, en relación a este compuesto, considerado por las autoridades públicas un “*anticonceptivo de emergencia*”. Los Obispos del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile, al igual que importante parte del cuerpo médico y científico del país, constatamos que son numerosas las instancias científicas que consideran que este compuesto puede tener efectos abortivos en alguno de sus niveles de acción; *que su distribución puede revestir un atentado contra la vida que se inicia desde el instante mismo de la concepción*. Esta medida, sin embargo, es sólo una de las comprendidas en la nueva normativa del Ministerio.

II. LLAMADO A ESTUDIAR LAS “NORMAS”

Consideramos de la mayor importancia toda norma en este ámbito, y por esto invitamos a todos a reflexionar sobre ellas a la luz de la naturaleza y la dignidad del ser humano.

Como pastores nos corresponde oír la opinión experta y fundada de los fieles laicos, sus comunidades y organizaciones. Estamos pidiendo a las Comisiones del episcopado e instituciones de Iglesia, a las Universidades Católicas y centros de pensamiento, y a otros expertos, un análisis exhaustivo de esta normativa. Queremos entregar a las familias, a la sociedad en su conjunto y a sus autoridades un juicio profundo sobre estas “Normas”, acogiendo las miradas científica, social, jurídica, ética y moral para comprender mejor los criterios planteados y los efectos dañinos de las Normas y considerar las acciones pertinentes con el fin de revertir dichas consecuencias negativas.

III. VALORACIÓN DEL COMITÉ PERMANENTE DEL EPISCOPADO DE CHILE

Sin perjuicio de lo anterior, quisiéramos decir una *primera palabra* acerca de estas “Normas”:

1. No son éstas las políticas que los pastores esperábamos como buenos anuncios en el mes de la patria. No es éste el camino para el Chile que se apresta a celebrar su Bicentenario. Esperábamos buenas noticias en el ámbito de la justicia social y de la educación. Este camino escogido nos decepciona.
2. Nos parece necesario optar por la dignidad de la mujer, por lograr que su misión en la sociedad sea plenamente valorada, acabando con la discriminación social y económica que sufre, y con toda violencia intrafamiliar. Nos parece necesario asimismo insistir en la corresponsabilidad del varón en su relación con la mujer y con los hijos. Sin embargo, la opción por promover para esto la anticoncepción no es el camino adecuado; menos aún cuando conduce al ocaso de la maternidad.
3. El documento establece ciertas disposiciones para todo el país que no fueron sujetas a consultas ciudadanas o participación parlamentaria. Establecer “Normas” para “regular” la fertilidad debiera ser objeto de una discusión amplia y no una acción unilateral del Ministerio de Salud, en cuya elaboración colaboraron solamente dos organizaciones representativas de una determinada tendencia ideológica.
4. El documento normativo recuerda a políticas públicas fijadas en regímenes totalitarios que pretendían desde el Estado regular la vida íntima de las personas en función de criterios autoritarios, no consensuados, y reñidos con el respeto a la dignidad de la persona humana.
5. Estas Normas acogen realidades deplorables en el campo de la sexualidad. Y el Estado se dispone a facilitar, prescindiendo de los padres, las fórmulas –también las con riesgo abortivo– que promueven estas conductas.
6. A los jóvenes se les habla de libertad, pero de una libertad sin responsabilidades. Y a los padres se les priva de su sagrada obligación de educar, orientar y acompañar la vida de sus hijos en los momentos más aflictivos de su vida adolescente.
7. Los pastores levantamos hoy nuestra voz en favor de la dignidad de la vida, porque lo sentimos un imperativo moral irrenunciable. Lo hicimos en una época cuando se perseguía y se amenazaba la vida de los adversarios políticos, invocando equivocadamente fundamentos acerca del bienestar social. Lo hacemos hoy, cuando se margina a la familia, se facilita el quiebre de las relaciones intrafamiliares y a veces se cierra la puerta a los niños concebidos y por nacer.
8. Nuestras familias no merecen las “Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad” emanadas del gobierno de Chile. Estamos con todas las familias que día a día hacen patria a pesar de tantas dificultades. Extendemos a los padres, hijos y abuelos nuestro especial afecto en esta hora. A todos los que trabajan y luchan por la vida, les animamos a continuar, sin descanso, en este propósito.

9. El Chile que anhelamos para el Bicentenario es aquel donde no hay discriminación contra la mujer; es aquel en el que no decrece la natalidad, convirtiéndonos en un país con pocos niños; es aquel donde las brechas sociales se cierren de modo que todos tengan derecho a nacer, sin importar el medio socioeconómico donde han sido concebidos. Es nuestra responsabilidad, como miembros de una sociedad, asegurar el desarrollo de la familia y de sus hijos, y no impedir que algunos no lleguen a nacer porque las injusticias les auguran un mal futuro. Ese futuro justo, equitativo y solidario lo podremos construir con miradas integrales, con valores humanos que respeten y promuevan la dignidad de las personas, y no con meras medidas de “emergencia”. Los creyentes en Cristo tienen una palabra que decir al respecto.
10. No podemos desalentarnos ni resignarnos frente a una política equivocada. Por eso queremos invitar a nuestros hermanos sacerdotes, religiosos, religiosas, laicos y demás personas de buena voluntad, a informar y formar a las personas en su adhesión a la vida y a la promoción de la familia chilena, sobre todo con ocasión del aniversario de nuestra Independencia.
11. Encomendamos estas intenciones a Nuestra Señora del Carmen, Patrona de este Chile que formamos todos sus hijos, también los que han partido y aquellos que tienen el sagrado derecho a nacer en esta tierra.

COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE

† Alejandro Goic Karmelic, Obispo de Rancagua, Presidente;

† Francisco Javier Errázuriz Ossa Cardenal Arzobispo de Santiago;

† Cristián Contreras Molina, Obispo de San Felipe, Sustituto;

† Cristián Contreras Villarroel, Obispo Auxiliar de Santiago, Secretario General.

Santiago, 7 de septiembre de 2006.

EDUCACIÓN, FAMILIA Y PLURALISMO. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile

El debate en torno a la educación chilena, como también el actual Proyecto de Ley enviado al Congreso, que propone una reforma constitucional al respecto, ha suscitado un gran interés en el país, y también en los Obispos de Chile. Apreciando, además, la urgencia de mejorar sustancialmente la educación que reciben incontables alumnos de escasos recursos, y a la luz del vasto servicio educacional que la Iglesia ha prestado en nuestra patria desde sus orígenes, el Comité permanente de la Conferencia Episcopal de Chile desea aportar las siguientes reflexiones.

1. LA EDUCACIÓN COMO BIEN PÚBLICO

La educación es un bien público que debe ser valorado y cuidado por todos los ciudadanos. De la calidad de la educación depende la calidad de vida, la superación de la pobreza, el nivel cultural y la nobleza de las relaciones humanas de un pueblo. Por eso, la tarea de impartir la educación, que compete en primer lugar a la familia, necesita el apoyo de la sociedad. Ella presta un servicio masivo al bien común, al ponerse a disposición de todos los padres que están educando y de los ciudadanos que se forman. Lo hace, cuando reconoce las diversas iniciativas ministeriales, municipales y particulares y cuando ofrece una variedad de instituciones y personas a todas las familias y los alumnos que las necesitan. De este modo, cualquiera sea el sostenedor de las comunidades educativas, si ofrecen una educación valiosa, la labor que desarrollan ha de ser considerada siempre como un invaluable servicio público. En este contexto, la educación particular puede asumir un rol importante en el desarrollo de sistemas modernos de enseñanza-aprendizaje, a condición de que actúe en un marco transparente y responsable.

2. EDUCACIÓN Y PERSONA

En el contexto de los amplios y profundos cambios sociales que caracterizan a nuestro tiempo, el fundamento antropológico de la propuesta educativa adquiere una urgencia cada vez más ineludible. En un mundo tan plural el concepto de persona y su dignidad ha de ser el punto de partida y de sustento ético de cualquier diálogo educativo. Por eso la educación y la escuela están llamadas a configurarse como educación y escuela de personas para el bien de personas. La persona de cada uno, en sus necesidades materiales, intelectuales, morales y espirituales debe ser el centro de donde arranca y adonde llega la acción educativa. Creemos que la persona ocupa el centro de todo proyecto educativo y de la misión de cada escuela. Ella se define por su "racionalidad", es decir por su carácter inteligente y libre, por su "emotividad", ya que tiene un corazón capaz de sentir y empatizar,

y por su “relacionalidad”, o sea por la interacción con los demás, que tiende a la reciprocidad, al servicio y a la solidaridad.

3. EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD Y EL ROL DEL ESTADO

Con el Concilio Vaticano II, afirmamos que todos los hombres, de cualquier raza, condición y edad, por poseer la dignidad de persona, tienen el derecho inalienable a una educación que responda al propio fin, al propio carácter, al diferente sexo, que sea conforme a la cultura y a las tradiciones patrias. Y, al mismo tiempo, que esté abierta a las relaciones fraternas con otros pueblos para fomentar en la tierra la verdadera unidad y la paz. Por eso, el Estado ha de prever que a todos los ciudadanos sea posible el adecuado acceso a la cultura y una participación viva de sus valores, como asimismo la debida preparación para el cumplimiento de sus obligaciones y derechos civiles. El mismo Estado debe proteger el derecho de toda persona, y en especial de niños y niñas, a una educación escolar y superior rica en conocimientos y en valores. También, vigilar la aptitud de los maestros, velar por la eficacia de los estudios, mirar por la salud de los alumnos y por el bienestar de sus familias, y promover, en general, una educación equitativa y de calidad.

4. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y EL ROL DEL ESTADO

El amplio ejercicio del mencionado derecho a la educación reclama, a su vez, como condición para su auténtica realización, la plena libertad de que debe gozar toda persona –y, en el caso de niños y niñas, los padres de familia– para elegir la educación para sus hijos que consideren más conformes a los valores que ellos más estiman y que consideran indispensables. Por el hecho de haberles dado la vida, ellos asumieron la responsabilidad de ofrecer a sus hijos condiciones favorables para su crecimiento. Entre éstas, la grave obligación de educar a la prole. La sociedad ha de reconocerlos como los primeros y principales educadores de la misma. El deber de la educación familiar, como primera escuela de virtudes sociales, es de tanta trascendencia, que cuando falta difícilmente puede suplirse. Con el Papa Benedicto XVI afirmamos que este principio nunca es transable. Y recordamos al respecto lo dicho por el Papa Juan Pablo II: “El derecho-deber educativo de los padres es esencial, original, primario, insustituible e inalienable”.

Este intransferible derecho, que implica una obligación y que expresa la libertad de la familia en el ámbito de la educación, por su significado y alcance, ha de ser decididamente garantizado por el Estado.

Por esta razón, el poder público, al que compete la protección y la defensa de las libertades de los ciudadanos, atendiendo a la justicia distributiva, debe distribuir las ayudas públicas –que provienen de los impuestos de todos los ciudadanos– de tal manera, que la totalidad de los padres, al margen de su condición social, puedan escoger, según su conciencia, en medio de una pluralidad de proyectos educativos, las escuelas adecuadas para sus hijos.

Ese es el valor fundamental y la naturaleza jurídica que fundamenta la subvención escolar. Por lo tanto, a ningún sector educacional, ni siquiera al propio Estado, se le puede otorgar la facultad de concederse el privilegio y la exclusividad

de la educación de los más pobres, sin menoscabar con ello importantes derechos. De este modo se promueven derechos naturales de la persona humana, la convivencia pacífica de los ciudadanos, el progreso de todos, y la realidad de una cultura patria, que mantiene su vigencia y su identidad, sin excluir el pluralismo que manifiesta su riqueza. Esta opción subsidiaria caracteriza a nuestro sistema educacional y rige en muchas sociedades como la nuestra. Por ello, consideramos indispensable que la libertad de enseñanza, en cuanto parte irrenunciable del sustento valórico del Estado de Chile, permanezca consignada en su concepto, alcance y resguardo en nuestra Carta Fundamental, y no sólo en legislaciones que cambian con el tiempo.

5. LA FORMACIÓN MORAL Y RELIGIOSA

La educación religiosa es parte esencial de la calidad de la educación que se ofrece a cada persona y a toda la sociedad. En el contexto del derecho a una educación de calidad, y por ello integral, y considerando que la inmensa mayoría de los chilenos profesa un credo religioso, la educación de la dimensión religiosa y la formación de una recta conciencia moral resulta una tarea ineludible de toda escuela, sean éstas confesionales o no.

Nos hacemos un deber recordar a los padres de familia la grave obligación que tienen de disponer, y aún de exigir, todo lo necesario para que sus hijos puedan ejercer este derecho, y disfrutar de esta ayuda para una auténtica formación humana. Por todo ello, exhortamos al poder público para que teniendo en cuenta el pluralismo de nuestra sociedad y favoreciendo la debida libertad religiosa, se garantice este derecho de las familias a dar a sus hijos en las escuelas una educación conforme a sus principios morales y religiosos.

6. ESCUELA Y ACCIONES LEGALES

La educación es un servicio que se basa fundamentalmente en la credibilidad y en la confianza. No se puede educar convenientemente sin contar en quienes educan y en el proyecto educativo que propone el establecimiento educacional elegido. Si bien es de toda justicia que los padres de familia y cualquier ciudadano encuentren en nuestro ordenamiento jurídico las herramientas necesarias para defender derechos importantes acerca de la calidad educacional, sin embargo, al mismo tiempo, resulta imprescindible que ello se dé en un marco que resguarde otros aspectos y valores que debemos tener presente.

Previo a cualquier recurso de protección se requiere ante todo de una norma que especifique y objete el concepto de calidad de educación, así como la clara delimitación de lo que constituye un delito por vulnerar tal de derecho, y las obligaciones y deberes que deben cumplir los padres y alumnos en las escuelas para hacerse acreedores al ejercicio de una acción judicial. Todo esto, si se quieren evitar abusos mayores a los que se desea remediar. El respeto de la legislación por el Proyecto Educativo libremente elegido por las familias debiera incluir, como condición previa a cualquier recurso ante la justicia, agotar las instancias que el propio Manual de Convivencia estipula para la resolución de los conflictos. Se

debe evitar una posible judicialización de toda la vida escolar, introduciendo un grave elemento de desconfianza, sospecha y conflicto permanente en la diaria y delicada labor educativa de colegios, directores y maestros.

7. CON GRATITUD A LOS EDUCADORES

Profundamente agradecidos por la generosa y en ocasiones sacrificada labor de cuantos se dedican a diario a la hermosa y desafiante tarea educativa, ofrecemos esta reflexión a todos los que se ocupan de este ámbito fundamental de nuestra convivencia nacional, en especial a las comunidades educativas católicas, a todos los que tienen poder de decisión sobre estas relevantes materias y a aquellos que han hecho de este servicio un verdadero apostolado en su vida personal y profesional. Sobre todos ellos invocamos por intercesión de María Santísima, cuya fiesta celebramos en su advocación del Carmen, la abundante bendición del Señor, Maestro de Vida.

COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE

† Alejandro Goic Karmelic, Obispo de Rancagua, Presidente.

† Gonzalo Duarte García de Cortázar, Obispo de Valparaíso, Vicepresidente.

† Francisco Javier Errázuriz Ossa, Cardenal Arzobispo de Santiago.

† Ricardo Ezzati Andrello, Obispo Auxiliar de Santiago.

† Cristián Contreras Villarroel, Obispo Auxiliar de Santiago, Secretario General.

Santiago, 17 de julio de 2006.

LA DIGNIDAD DEL HOMBRE ES EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE TODO EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Señor presidente:

Deseo ante todo felicitarle por su elección para la dirección de esta sesión del Consejo de derechos humanos, en un momento particularmente significativo para la vida de la Organización de las Naciones Unidas, cuya finalidad está directamente relacionada con el respeto y la salvaguardia de los derechos humanos.

El nuevo Consejo de derechos humanos constituye una etapa del importante combate librado para poner al hombre en el centro de toda la actividad política, nacional e internacional. Hemos llegado a un momento clave: las normas internacionales de los derechos humanos, que ya reconocen los elementos esenciales de la dignidad del hombre, así como cada uno de los derechos fundamentales que derivan de ella, se orientan ahora a la creación de procedimientos que lleven a garantizar el goce efectivo de esos derechos.

La Santa Sede desea contribuir al debate actual, según su naturaleza y sus perspectivas específicas, siempre con vistas a ofrecer una reflexión esencialmente ética, que ayude a las decisiones de orden político, que se han de tomar aquí.

En el derecho y en la conciencia moral de la comunidad internacional actual, la dignidad del hombre se manifiesta como la semilla de donde nacen todos los derechos y sustituye la voluntad soberana y autónoma de los Estados como fundamento último de todo sistema jurídico, incluido el sistema jurídico internacional. Se trata de un desarrollo irreversible, pero, al mismo tiempo, es fácil constatar que en numerosos países la realización de este principio supremo no ha ido acompañado de un respeto efectivo de los derechos humanos.

Al contrario, una visión panorámica del mundo nos muestra que la situación de los derechos humanos es preocupante. Si se considera el conjunto de los derechos enunciados en la Declaración universal de derechos humanos y en los Tratados internacionales concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, así como otros instrumentos, no existe ninguno que no se viole gravemente en numerosos países, por desgracia también en algunos miembros del nuevo Consejo.

Además, existen gobiernos que siguen pensando que es el poder el que determina, en última instancia, el contenido de los derechos humanos y, en consecuencia, se creen autorizados a recurrir a prácticas aberrantes. Imponer el control de los nacimientos, negar en ciertas circunstancias el derecho a la vida, pretender controlar la conciencia de los ciudadanos y el acceso a la información, negar el acceso a un proceso judicial público y al derecho de garantizar su defensa, reprimir a los disidentes políticos, limitar indistintamente la inmigración, permitir trabajar en condiciones degradantes, aceptar la discriminación de la mujer, limitar

el derecho de asociación; estos son solamente algunos ejemplos de los derechos menos respetados.

IMPORTANCIA DEL NUEVO CONSEJO

El nuevo Consejo de derechos humanos está llamado a colmar la brecha entre el conjunto de enunciados del sistema de convenciones de derechos humanos y la realidad de su aplicación en las diferentes partes del mundo. Todos los Estados miembros de este Consejo deberían asumir individual y colectivamente la responsabilidad de su defensa y de su promoción.

Al mismo tiempo, la articulación jerárquica entre los organismos más importantes de las Naciones Unidas manifiesta claramente el deseo de la Organización de renovar su credibilidad a los ojos de la opinión pública mundial. En efecto, el Consejo puede y debe ser el instrumento que oriente todas las políticas internacionales y nacionales hacia lo que, según el deseo de un Papa que apoyó siempre la gran causa de las Naciones Unidas, es su razón de ser: "el servicio al hombre, la asunción, llena de solicitud y responsabilidad, de los problemas y tareas esenciales de su existencia terrena, en su dimensión y alcance social, de la cual depende a la vez el bien de cada personas" (cf. Juan Pablo II, *Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas*, 2 de octubre de 1979, n. 6: *L'Osservatore Romano*, edición en lengua española, 14 de octubre de 1979, p. 2).

DERECHO A LA VIDA, A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Señor presidente, si el principio del valor inalienable de la persona humana es, como creemos, la fuente de todos los derechos humanos y de todo orden social, permítame señalar dos corolarios esenciales:

El primero es la afirmación del derecho a la vida desde el primer momento de la existencia humana, es decir, desde la concepción hasta su fin natural: el hombre y la mujer son personas por el mero hecho de que existen, y no por su mayor o menor capacidad de expresarse, de entrar en relación o de hacer valer sus derechos. Ningún gobierno, ningún grupo o ninguna persona pueden arrogarse jamás el derecho de decidir sobre la vida de un ser humano como si no fuera una persona, a no ser que se la rebaje a la condición de objeto para servir a otras fines, aunque sean grandes y nobles.

El segundo corolario concierne a los derechos a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa, puesto que el ser humano tiene una dimensión interior y trascendente, que es parte integrante de su mismo ser. Negar esta dimensión significa atentar gravemente contra la dignidad humana; esto equivale a negar la libertad del espíritu; más aún, significa atentar contra la misma existencia humana, puesto que transforma al hombre en un simple engranaje de un proyecto de organización social.

Solamente gracias a la libertad de conciencia el hombre es capaz de reconocerse a sí mismo y de reconocer a su prójimo en su dimensión trascendente, transformándose así en un elemento vivo de la vida social. Por otra parte, la

libertad religiosa, en sus dimensiones personal y comunitaria, privada y pública, permite al hombre vivir la relación más importante de su vida, la relación con Dios, de manera pura y sin falsas apariencias, que son indignas de él y más aún indignas de Dios. Este es el espacio íntimo y fundamental de la libertad que las autoridades del Estado deben salvaguardar y no despreciar, respetar y no violar. En este campo, toda violación mediante la fuerza es una violación del ámbito reservado a Dios.

La libertad religiosa, bien entendida, como cualquier otra libertad debe insertarse armoniosamente en el contexto de todas libertades humanas. No puede transformarse en arbitraria: también ella debe desarrollarse de manera armoniosa, especialmente respetando con esmero la libertad religiosa de los demás, en el marco de las leyes que valen para todos. En este clima general de libertad responsable el Estado debe ser al mismo tiempo promotor y garante.

LA ACTITUD QUE SE ESPERA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

Ningún país, cualesquiera que sean las circunstancias y su grado de desarrollo económico, puede sustraerse a la obligación estricta de respetar todos los derechos humanos. Estos últimos no pueden ser más amplios en algunas culturas que en otras, puesto que no existe un país en el que los hombres y las mujeres tengan un grado de dignidad humana inferior al de los hombres y las mujeres de otro país.

La Santa Sede hace un llamamiento a todos los países llamados a formar parte por primera vez del Consejo de derechos humanos. En primer lugar, espera de ellos una actitud ejemplar, que se concrete en un examen sincero y profundo de los límites injustamente impuestos a los derechos humanos –ante todo dentro de su propio territorio–; también espera que se esfuercen por restablecer esos derechos en su integridad, siguiendo las orientaciones imparciales de la comunidad internacional.

Los países ricos deben comprender que el goce de los derechos humanos por parte de todos los habitantes de un país, incluidos los inmigrantes, no se opone a la conservación y al aumento del bienestar general ni a la preservación de los valores culturales. Los países en vías de desarrollo deben comprender que los procesos de desarrollo económico y la promoción de la justicia y la igualdad social serían mucho más eficaces y rápidos si se reconocieran plenamente los derechos humanos en lugar de no respetarlos por motivos utilitaristas. La Santa Sede cree en el hombre. La fe y la confianza en cada hombre, en cada mujer, jamás defraudará.

CONCLUSIÓN

Señor presidente, de la respuesta que el Consejo de derechos humanos dé a los desafíos de libertad en numerosos países del mundo, comenzando por los mismos miembros del Consejo, depende la credibilidad de las Naciones Unidas y de todo el sistema jurídico internacional. La Santa Sede seguirá con atención y aprecio su trabajo. Desde su posición de Observadora en las Naciones Unidas, la Santa

Sede está dispuesta a ofrecer su total colaboración para que la acción del Consejo de derechos humanos permita que se respete efectivamente la dignidad de todo hombre y de toda mujer.

Gracias por su atención.

MONS. GIOVANNI LAJOLO*

*Secretario de la sección para las relaciones con los Estados de la Secretaría de Estado de la Santa Sede, Publicado en *L'Osservatore Romano* (edición en castellano) del 30.6.2006, p. 10.

PERSECUCIONES RELIGIOSAS EN PAÍSES ISLÁMICOS

A la sombra de protestas en parte violentas, en parte pacíficas, de las masas musulmanas contra las caricaturas publicadas en Dinamarca (“demostraciones por el respeto de las convicciones y sentimientos religiosos”, como se ha dicho en Europa), la mayoría desconoce que en esta área de crisis entre Casablanca y Tashkent, que ha sufrido un “calentamiento” emocional, se tortura y mata a cristianos por sus convicciones religiosas. No se oye ni se lee mucho sobre dichos casos. Sin embargo, es correcto hablar de un rebrote de persecución en contra de los cristianos en países islámicos, aunque los medios raramente lo mencionen.

Apareció –en notas breves– el asesinato del sacerdote misionero italiano Andrea Santoro en la ciudad turca de Trabzon (Trebisonda), situada a orillas del Mar Negro. El religioso acababa de celebrar la Santa Misa y estaba inmerso en sus plegarias, de rodillas, en el jardín de la iglesia, cuando un turco exaltado que andaba en busca de él, lo vio y le disparó, matándolo. Durante la misa de réquiem, el cardenal Camilo Ruini, vicario episcopal del Papa de la diócesis de Roma, anunció en la Catedral Laterana la pronta apertura del proceso de beatificación del padre, sacerdote de dicha diócesis. El Papa Benedicto lo calificó de “testigo valiente del Evangelio del amor” y el cardenal Ruini lo llamó un “mártir”.

Unos días después estuvo a punto de morir otro sacerdote franciscano a manos de un grupo de adolescentes en la ciudad turca de Izmir, situada en la costa del Mar Egeo. Los muchachos lo atacaron y habrían estado a punto de estrangularlo, mientras gritaban “Te mataremos”, según informó el obispo Luigi Padovese, vicario apostólico de Anatolia. Este ataque más reciente habría sido “el fruto de un fanatismo en expansión”, destacó. El incidente ocurrió dentro del área del monasterio.

Con la separación de Iglesia y Estado, Turquía es considerado –desde un punto de vista formal– como un país progresista. En otros países del Oriente Cercano y Medio, los cristianos son “presa fácil”. En Arabia Saudita o Irán, *la conversión del islam al cristianismo sigue siendo castigada con la pena de muerte*. Los conversos son enterrados hasta la mitad del cuerpo y luego lapidados. El honor de la familia, mancillado por el contacto cercano con cristianos, se “lava” asesinando a los parientes. En el pequeño pueblo de Deir Jarir, el padre y los hermanos de una joven fueron informados en septiembre del año pasado que ella tenía una relación sentimental con un “infiel” en el pueblo vecino de Taiba. Los padres “purificaron” el honor de la familia envenenando a su hija. Los hermanos la enterraron de inmediato, incluso antes de que muriera. Sin embargo, esto no le bastó a la comunidad musulmana. Reunidos en una multitud, atacaron con alrededor de 500 hombres armados el pueblo vecino, donde viven mayoritariamente cristianos, saqueando y destruyendo 16 casas, con el grito guerrero de “Allahu Akbar” (“Alá es grande”). Se dio aviso del ataque a las unidades de la policía palestina, pero no intervinieron.

El éxito de Hamas en las elecciones no augura nada bueno para la población cristiana en Palestina. El líder de la facción de Hamas del Consejo Municipal de

Belén ya anticipó, en una entrevista concedida al “Wall Street Journal”, que se volvería a implantar el impuesto especial a los “Dhimmis” (traducido literalmente significa “protegidos”, pero, de hecho, quiere decir ciudadano de segunda categoría, es decir, cristianos y judíos). Este impuesto especial, la “Dschizija”, es un concepto que se remonta a la primera década del islam. Cuatro de cada cinco cristianos han dejado el país; el porcentaje de ellos en la población bajó de diez a apenas a dos por ciento. Muchos emigrantes sienten que han sido abandonados por el patriarca latino de Jerusalén, Michel Sabbah. Su desconfianza hacia Israel y sus buenas relaciones con el mundo islámico le han ganado el apodo de “Patriarca Islámico de Jerusalén”.

Hace un año, en Galilea, 1.500 drusos (componen alrededor de un 60% de los cerca de 20.000 habitantes de Maghar) atacaron a los cristianos, y como lo ha documentado el padre Maher, destruyeron y quemaron más de cien casas, saquearon 30 tiendas, incluso la farmacia, y también quemaron la iglesia y 151 autos. Ya que la mayoría de la policía israelí de Maghar es de población drusa, se limitaron a observar la escena e impidieron que los bomberos hicieran su labor. La atmósfera continuó después de este incidente. Los alumnos cristianos siguen siendo maltratados y humillados. Deben cargar las mochilas de los drusos y les arrebatan y destruyen sus cruces y medallas de la Virgen. Uno de los jóvenes estaba tan desesperado que se suicidó. Las muchachas jóvenes temen ir al colegio, 447 alumnos –hombres y mujeres– han huido de más de diez escuelas en pueblos vecinos, y cien alumnos se han visto obligados a abandonar el colegio. De los 4.000 cristianos, la mitad ha huido y se teme más violencia de parte de los drusos, sobre todo debido a que las autoridades israelíes los protegen y no los castigan.

A fines de enero tres cristianos fueron asesinados en Irak y hubo 17 heridos en una serie de atentados. El patriarca de Babilonia para los caldeos, dignatario de mayor rango de la iglesia católica caldea unida a Roma, acaba de salvar ileso de un atentado con una bomba en Bagdad. Su máximo asistente, el obispo auxiliar de Bagdad, Abouna, expresó los sentimientos de los cristianos declarando que se sienten como prisioneros bajo ataque de ambos lados. Tanto los sunitas como los chiitas los amedrentan o tratan de atraerlos de un modo manipulador e hipócrita.

Los cristianos ya no pueden seguir tolerando esta situación. Después de otros seis atentados con autos bomba a seis iglesias de Bagdad y Kirkuk –el centro de la industria petrolera iraquí–, el arzobispo Louis Sako manifestó que la comunidad cristiana corría el peligro de volver a convertirse en una Iglesia de Mártires. En los atentados también murió Fadi Raab Elias, un joven de 14 años.

Sako aseguró a Ayuda a la Iglesia que Sufre (AIS), organización de beneficencia que se ocupa de los cristianos perseguidos de todo el mundo, que los cristianos resistirían. No permitirían que los echaran del país, aunque fuera por medio de ataques terroristas. Mucha gente –incluso musulmanes– acudió a la catedral a participar en la ceremonia religiosa para demostrar que “ellos están más profundamente unidos con el cristianismo que antes”.

La nunciatura de Bagdad fue una de las pocas representaciones extranjeras que permanecieron abiertas –debido a las instrucciones del Papa Juan Pablo II– cuando comenzaron a caer las primeras bombas. Para el pueblo iraquí, la presencia del representante del Papa, el arzobispo Filoni, de 58 años, quien no abandonó el país durante la guerra, fue un apoyo moral y una señal de solidaridad concreta de la

Iglesia Católica. Para estar cerca de la gente, el nuncio deliberadamente renunció a medidas de seguridad especiales.

También se han cometido asesinatos en Filipinas. Durante las demostraciones en contra de las caricaturas, extremistas musulmanes dieron muerte recientemente a seis cristianos en la isla de Jolo. Los asesinos, probablemente miembros de la organización terrorista islámica "Abu Sayyaf" ("Espada de Dios"), recorrieron las calles de la pequeña ciudad de Patikul y, de acuerdo a "Asia News", golpeaban las puertas de todas las casas, preguntándoles a sus moradores si eran cristianos o musulmanes. Si eran cristianos, de inmediato abrían fuego contra ellos.

Durante el año pasado, cuatro sacerdotes fueron asesinados en Asia en el momento mismo de proclamar el Evangelio: tres en la India y uno en Indonesia. En total, un obispo, 20 sacerdotes, dos religiosos, dos religiosas y un laico fueron muertos por profesar la fe cristiana. Ellos han quedado registrados en el "Martirologio", la lista de mártires de la Iglesia, publicado por la Congregación para la Evangelización de los Pueblos. Estos 26 mártires del año pasado (en 2004 se registraron 15) no sólo eran misioneros en el sentido estricto de la palabra, sino colaboradores de la Iglesia en general.

DOLOROSO REGISTRO

Estos son los casos registrados por la Iglesia Católica. El registro se hace de un modo muy preciso y detallado, y también se informan las circunstancias de la muerte de los mártires. Además se recoge el testimonio de testigos, ya que el hecho de estar listado en el Martirologio es algo similar a una beatificación administrativa. Sin embargo, hay miles de casos que no pueden ser registrados debido a que la muerte sucede en zonas desérticas o en lugares de difícil acceso y que sólo se hacen públicos después de los hechos o que no son nunca dados a conocer por temor y falta de testigos.

También hay casos en la iglesia protestante. El profesor Thomas Schirrmacher, activista de derechos humanos y teólogo protestante de Bonn (Alemania), ha listado y recopilado información de muchos otros casos de martirio, publicándolos recientemente en su "Anuario de la persecución de los cristianos en 2005" (febrero de 2006). En este libro llega a la siguiente conclusión: cada tres minutos hay algún cristiano en alguna parte del mundo que es asesinado a causa de su fe. Entre un 80 y un 90 por ciento de las personas perseguidas por su religión son cristianas. Y en ninguna parte del mundo los cristianos son más perseguidos y discriminados que en los países islámicos.

Al informar sobre el martirio de los cristianos no se pretende justificar de ningún modo la denigración del profeta del islam en las caricaturas danesas, pero estos hechos, olvidados por los medios noticiosos, deberían al menos recordar a los ciudadanos discretos y comprensivos, a los "buenos" ciudadanos, políticamente correctos, cómo es la realidad en hechos y cifras, y no sólo en deseos.

JÜRGEN LIMINSKI*

*Comentarista alemán, director de informaciones de Ayuda a la Iglesia que Sufre (AIS). Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile) el 19.3.2006, D-24 y 25.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTRIBUCIONES

Violando el principio constitucional, hemos llegado a la situación en que los avalúos son materia entregada a una simple resolución administrativa del SII, de carácter discrecional.

Mucho se ha comentado el despojo a la clase media que importa el alza desmedida de contribuciones. Poco se ha dicho, sin embargo, acerca del origen de esta situación. Sostengo que el origen deriva del desconocimiento del principio de legalidad que constitucionalmente ampara a los contribuyentes. En efecto, se ha prescindido del mandato constitucional dejando que la base imponible –el avalúo– quede entregada al libre arbitrio del SII mediante simple resolución administrativa.

Lo irónico es que bajo la Constitución de 1925 –que establecía un principio de legalidad mucho menos estricto que bajo el amparo de la actual Constitución– los avalúos jamás quedaron librados a la discrecionalidad del SII. De hecho, las antiguas disposiciones aludían a la clasificación de las construcciones y de los terrenos, fijaban que los avalúos deberían acercarse a “la clase y calidad de las construcciones y terrenos”, obligaban a considerar “sus especificaciones técnicas”, establecer el “valor funcional”, precisar el “costo de edificación, edad y destino e importancia del sector y los servicios y líneas de locomoción de que dispone”. Bajo la antigua legislación, el SII sólo podía confeccionar “tablas de valores”, las cuales eran objeto de revisiones por comisiones mixtas provinciales. Estas comisiones tenían la facultad de ordenar correcciones e introducir modificaciones, a las cuales el SII podía formular observaciones.

Bajo la Constitución de 1925, el Presidente de la República “fijaba por decreto supremo, en definitiva, la tabla de valores debiendo dictarse un solo decreto supremo por cada serie de bienes”. Es decir, bajo la Constitución de 1925, al menos, los avalúos eran materia de la potestad reglamentaria del Presidente, que se ejercía mediante decreto supremo.

Nada de esto existe en la actualidad. Toda esa normativa fue eliminada por sucesivas reformas introducidas en 1987 y más decisivamente a partir de los años 1990, 1993 y 1995. Así, violando el principio constitucional, hemos llegado a la situación en que los avalúos son *materia entregada a una simple resolución administrativa del SII, de carácter discrecional.*

La autoridad administrativa –libre de toda cortapisa de constitucionalidad o legalidad– ha descargado un golpe formidable a la clase media chilena, cuyos efectos serán más devastadores aún en el futuro cuando, semestre a semestre, se vaya consumando el efecto diferido de esta retasación. La retasación –en promedio del 37%– por ahora no puede manifestarse enteramente, dado que la ley limita el alza del cobro este semestre a un 10%. Pero en los semestres sucesivos se irá alzando la contribución hasta alcanzar el monto del aumento de la recaudación que se deriva de esta tasación abusiva, que en muchos casos excede el 100%.

El principio de legalidad supone que sólo la ley estricta y escrita puede establecer el hecho gravado, el sujeto, las exenciones, la tasa o alícuota, la base imponible (es decir, los avalúos) y las reglas de declaración y pago. La Constitución de 1980 consagró este principio de legalidad o de reserva legal en términos amplios por entender que no se puede dejar al gato al cuidado de la carnicería si se pretende respetar la propiedad y la libertad de los ciudadanos. Pero aun quienes conciben el principio de reserva en materia tributaria de manera más restringida aceptan que la base imponible –es decir, el avalúo– constituye uno de los “núcleos esenciales” que sólo puede establecer la ley. No hay defensa o zafe teórico a esta violación flagrante de los preceptos constitucionales.

Aún es posible remediar esta situación restableciendo la primacía constitucional.

Sugiero, desde luego, que se ventile ante el nuevo Tribunal Constitucional la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley de Impuesto Territorial en que se asila el SII para fijar los avalúos por simple resolución administrativa. Segundo, sugiero que el Ejecutivo patrocine una ley de urgencia que suspenda la aplicación de este avalúo de modo que las contribuciones se paguen en abril sobre la base de los avalúos antiguos. Ello, sin perjuicio de tramitar una ley más de fondo que restablezca el principio constitucional de reserva, estableciendo la forma en que la ley determinará los avalúos cada cinco años o estableciendo la precisa delegación en el Ejecutivo de las facultades legislativas, de manera que los avalúos se fijen por un decreto con fuerza de ley, sujeto al control de legalidad y constitucionalidad.

Como se suele decir en estos días, hay que dejar (o en su defecto hacer) que las instituciones funcionen.

SERGIO ILLANES LASO*

*Profesor de Derecho Tributario, Universidad Diego Portales. Publicado en *El Mercurio* (Stgo.) el 16.3.2006, A-2.

ÍNDICE DE LIBERTAD ECONÓMICA 2006

Desde 1995, el índice de Libertad Económica elaborado por la Fundación Heritage¹ en conjunto con otras instituciones, entre ellas Libertad y Desarrollo, ha analizado el ranking y la evolución de la libertad económica en el planeta.

Existe una alta correlación entre la libertad económica que tiene un país y el ingreso *per cápita* de sus habitantes. No existe un país que haya logrado buenas condiciones de vida para su población manteniendo restringidos los mercados; por el contrario, el bienestar económico ha florecido exclusivamente en aquellos países en donde la libertad económica es mayor.

Los resultados se obtienen a partir del análisis de los factores que contribuyen a la libertad económica, entre los que se incluye el impacto de las leyes impositivas, las regulaciones, la intervención del Gobierno en la economía, el respeto por el derecho de propiedad, la apertura a la inversión extranjera, entre otras.

Tal como se puede observar en el Cuadro N° 1, Hong Kong encabeza nuevamente la lista como el país económicamente más libre del planeta, seguido por Singapur. En tercer lugar se encuentra Irlanda, país que avanzó dos lugares en relación con el ranking 2005.

Cuadro N° 1
ÍNDICE DE LIBERTAD ECONÓMICA 2006

1. Hong Kong	(1)
2. Singapur	(2)
3. Irlanda	(5)
4. Luxemburgo	(3)
5. Reino Unido	(7)
6. Islandia	(8)
7. Estonia	(4)
8. Dinamarca	(8)
9. Estados Unidos	(12)
10. Australia	(10)
11. Nueva Zelandia	(5)
12. Canadá	(16)
13. Finlandia	(15)
14. Chile	(11)

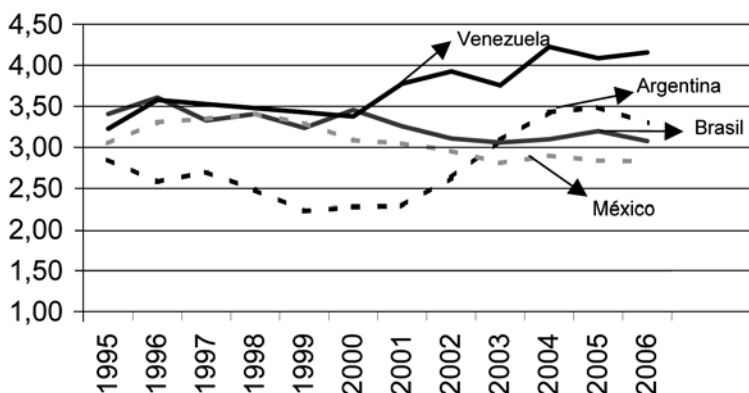
Nota: Entre paréntesis el lugar en el ranking 2005.

¹www.heritage.org

LA SITUACIÓN DE AMÉRICA LATINA

En el Cuadro N° 2 se puede apreciar la evolución que ha tenido la libertad económica en los principales países de la región.

Cuadro N° 2
EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA



Nota: La escala es del 1 al 5: un puntaje de 1 representa un conjunto de políticas consistentes que conducen hacia la libertad económica, mientras que un puntaje de 5 refleja una situación de alta represión.

Tal como se puede observar, Argentina mejoró marginalmente al pasar del lugar 114 que ocupó en el índice 2005 al lugar 107 en el índice 2006. A pesar de este leve avance, para tener una idea del retroceso trasandino hay que considerar que llegó a estar en el lugar 38 en el reporte 2002 y en cambio en la actualidad se encuentra junto a países como Ghana, Gabón y Ecuador.

En el caso de Brasil hay un leve avance, en un contexto en que todavía mantiene un alto nivel de represión económica sobre sus habitantes. El mejoramiento se produjo por la moderada expansión del gasto público y la menor inflación, persistiendo aún graves problemas de mercado negro y alto nivel de proteccionismo. Dado lo anterior, Brasil avanza del lugar 90 al lugar 81.

México, por su parte, luego de haber tenido un avance importante a partir del año 1998 y hasta el 2003, no ha seguido haciendo progresos adicionales, de manera tal que en el ranking 2006 se observa un leve mejoramiento al ocupar el lugar 60 desde la posición 63 que tuvo en la medición anterior. Este resultado se explica fundamentalmente por la reducción de impuestos a las personas desde 33%, tasa marginal máxima, a 30%, mientras que el impuesto a las compañías se redujo de igual manera.

Venezuela, por último, ocupó el lugar 152 entre 157 países y es uno de los países más reprimidos del planeta, junto con Cuba e Irán. Se han limitado las li-

bertades civiles y se ha debilitado el derecho de propiedad. Asimismo ha crecido la participación del Estado en la producción de bienes y servicios y se han fijado cerca de 170 precios máximos. Adicionalmente se ha expropiado una serie de haciendas bajo el argumento de no ser productivas.

Chile ocupa el lugar 14 en el Índice de Libertad Económica 2006. Esta posición significa un retroceso en relación al año 2005, donde nuestro país se ubicó decimoprimerero. El empeoramiento se explica fundamentalmente por incremento de la intervención del Gobierno en la economía y por el avance de Estados Unidos, Canadá y Finlandia.

LOS PUNTOS DÉBILES DE CHILE

El área en donde nuestro país sigue recibiendo la peor evaluación es en la carga impositiva, ya que la tasa marginal máxima de 40% se encuentra bastante alta en comparación con el resto del planeta, inhibiendo de esa manera la libertad de las personas. De hecho, como se observa en el Cuadro N° 3, dicha tasa marginal máxima es la más alta de América. Por otra parte, el estudio advierte sobre el peligro que involucran las protecciones especiales como la existente para el azúcar y el trigo. Se destacan, a pesar de lo anterior, los efectos de los acuerdos de libre comercio con la Unión Europea y Estados Unidos. Por último, se menciona nuestra rígida regulación laboral y medioambiental, y el costo que ello significa para empresas pequeñas y medianas.

Cuadro N° 3
TASA MARGINAL MÁXIMA DE IMPUESTO SOBRE LAS PERSONAS

Chile	40%
Colombia	39%
Argentina	35%
Estados Unidos	35%
Uruguay	35%
Venezuela	34%
Guatemala	31%
Perú	30%
México	30%
Panamá	30%
Canadá	29%
Brasil	28%
El Salvador	25%
Costa Rica	25%
Ecuador	25%
Honduras	25%
Bolivia	13%
Paraguay	0%
Uruguay	0%

LAS FORTALEZAS DE CHILE

En relación a los derechos de propiedad, el informe señala que en Chile los acuerdos contractuales son probablemente los más seguros de América Latina y que la administración pública es, en términos generales, honesta, ya que existe corrupción pero a pequeña escala. Adicionalmente tenemos uno de los mercados negros más pequeños de la región, sin perjuicio de que en la medida que no se actualice nuestra legislación en relación a propiedad intelectual, también podríamos perder este atributo.

EN CONCLUSIÓN

Chile siempre se ha mantenido como uno de los países más libres de América Latina, aunque dicha referencia coloca como punto de comparación a naciones en donde existe alta represión; por tanto ello debiera llevarnos a compararnos con otras zonas del planeta en donde la libertad es más valorada y fomentada por la autoridad.

El *retroceso observado* en el presente Índice da cuenta de que la mantención de la institucionalidad actual, en un contexto en que el resto del mundo sigue mejorando, se traduce en el retroceso en la posición competitiva y por tanto en menores expectativas de crecimiento para el futuro*.

**Temas Públicos* N° 757 (13.1.2006). Instituto Libertad y Desarrollo (Santiago de Chile) <lyd@lyd.org>

UNA SOCIEDAD ENFERMA

Quiero buscar algunas respuestas a la interrogante de por qué en un país como el nuestro pueden ocurrir las cosas que debemos padecer.

Me pregunto si alguien hubiera alguna vez imaginado una acción más ruin que aquella de la que fuimos víctimas en el transcurso de tantos largos y dolorosos meses.

Me pregunto si es o no una sociedad enferma la que genera en su interior fuerzas tan destructivas como aquellas que intentaron asesinar el honor y el buen nombre de personas decentes.

La primera respuesta al porqué pueden suceder cosas como las que ocurrieron es porque el materialismo, el exitismo y el relativismo han debilitado el respeto a la esencia de la persona humana y su dignidad. Cuando el dinero lo es todo, o casi todo; cuando se quiere surgir a toda costa, no trepidando en dejar heridos en el camino; cuando las personas son medidas por lo que tienen y no por lo que son, termina por debilitarse el respeto a los valores espirituales de la persona. En una sociedad en que sólo se aprecia lo material y se busca a cualquier precio la fama, por efímera que ella sea, pueden tener cabida quienes no trepidan en despreciar la honra y la dignidad de personas y sus familias, si con ello se obtiene algún tipo de beneficio, personal o político.

Una segunda explicación está en el exhibicionismo de algunos políticos, en el afán desmedido de aparecer en los medios de comunicación, a como dé lugar, en convertir la política en parte de la farándula, en usar la denuncia y el escándalo como trampolín electoral. Pareciera que en política todo vale.

Tal es el nivel al que hemos llegado, que una de las principales responsables del daño provocado a nuestro sector político y del dolor infligido a familias inocentes tenía, hasta hace pocas semanas, la increíble intención de volver al parlamento ayudada por nuestros propios votos. Sin embargo, en este caso, debo decir que primó la rectitud y fue puesta en el lugar que merecía.

Muchos de los que ayer rasgaban vestiduras por los niños abusados por los delincuentes hoy se olvidaron de las víctimas y miran hacia un lado. Ya no hay provecho político que sacar.

¿Qué país es aquel en el que un miembro de la elite dirigente ofrece un par de zapatillas a un menor destruido por la droga para que alimente una mentira que le otorgue oscuras ventajas personales y políticas?

Esta degradación de las prácticas políticas permitió que algunos –no sé si algún día sabremos quiénes, cómo y cuándo– hayan urdido esta siniestra trama y que otros no hayan trepidado en sumarse a ella.

La aparición de personas públicas, del mundo político y fuera de él, la odiosidad de cierta prensa y la irresponsabilidad de otra, dieron pie a que una fábula inverosímil, una acusación aberrante, que en cualquier país serio sería confirmada o desmentida en pocos días, tomara cuerpo y se mantuviera viva durante más de un año.

Una tercera explicación al porqué pudo haber ocurrido lo que ocurrió está, a mi juicio, en otro defecto que aparece cada vez con más frecuencia en nuestra

sociedad. Me refiero a la falta de control social y de reproche ético, frente a la ineficacia y al incumplimiento de las obligaciones en que muchas veces incurren entidades públicas y privadas y quienes las dirigen.

Dos instituciones han quedado malparadas en este episodio. Cierta prensa, que no cumplió con elementales normas profesionales de verificar la veracidad de las acusaciones o de analizar con seriedad la verosimilitud de los aberrantes hechos imputados, y la justicia, que tardó un año y medio en declarar que esos hechos no habían existido.

¿Dónde está el amparo del sistema judicial si a un senador, dotado de una representación popular en la Región más importante del país, se le denigra impunemente?

¿Qué esperanza de justicia puede tener un obrero o un campesino, o una mujer de sectores populares si su honra es mancillada, si quienes teóricamente tenemos más posibilidades de defendernos estamos, en la realidad, inermes e indefensos en manos de bandas inescrupulosas que trafican con la honra de personas inocentes?

JOVINO NOVOA VÁSQUEZ*

*Publicado en *El Mercurio* (Santiago) el 5-6-2005, D-15.

El artículo se refiere al caso Spiniak en el cual se montó una conjura en contra del senador Novoa, y que ha originado un proceso penal denominado "Montaje", ya que fue obra de políticos y periodistas adversarios del jefe de la oposición y del principal partido político del país.

EL TOTALITARISMO, LA PÍLDORA Y LA PRESIDENTA

Inquietó algo a la “camarilla” de la política reproductiva que su “documento normativo”, especialmente la parte relativa a la píldora del día después, recordara al Piscopado “las políticas públicas fijadas en regímenes totalitarios”.

Sin embargo, la afirmación es perfectamente exacta. Me propongo demostrarlo, según anticipé la semana anterior, y luego examinar si la Presidenta, en estas materias, coincide con el totalitarismo de la camarilla.

Columnistas pro Concertación han dicho o insinuado que el Gobierno, ni en éste ni en ningún tema, puede ser totalitario porque es democrático.

La democracia es de origen –votación popular– y también de conducta o ejercicio. La primera no es incompatible con el totalitarismo. La segunda, sí.

Un gobernante puede reunir el más abrumador apoyo popular, y su conducta ser totalitaria. El ejemplo clásico es Adolfo Hitler. El año 1933, con el 43% de los votos, fue Canciller (cabeza del Gobierno) de Alemania, e inició la esterilización forzada y masiva de enfermos mentales... miles y miles. Al año siguiente, el 88% de los sufragantes lo ungió Führer (guía, jefe) en plebiscito, y al subsiguiente dictó sus famosas e infames leyes antijudías.

Por supuesto, en Chile no tenemos ni de seguro tendremos horrores parecidos. Pero la camarilla reproductiva es un embrión de totalitarismo, y no sabemos dónde puede ir a parar... no obstante su conocida fobia contra los embriones.

1. En el comienzo de todo totalitarismo hay una ideología (si bien no toda ideología es totalitaria). Es decir, una construcción racional de lo que debe ser el mundo, o algún aspecto del mundo, independiente e indiferente de lo que sea en la realidad.

2. Cuando el ideólogo decide que su construcción es tan importante que debe ser impuesta a todos por cualquier medio, se hace totalitario.

3. La ideología de la camarilla es la de que el ser humano tiene derecho “a una vida (sexual) sana, libre y plena”, llevada “en forma segura, sin riesgo de infecciones de transmisión sexual... independiente de la reproducción... (y sin) discriminación de EDAD, género, raza, ORIENTACIÓN SEXUAL, ESTADO CIVIL, condición socioeconómica, etc.”.

Es decir, la “partusa” universal y permanente... comienza cuando usted llega, hombres y mujeres; adultos, jóvenes y niños; heterosexuales, homosexuales y bisexuales; solteros y casados; ricos y pobres, todos juntos y revueltos en un gozo sin fin, ni límites, ni responsabilidades ni consecuencias.

Es lo que dice el Fondo de Población de las Naciones Unidas, si hemos de creer al Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), uno de LOS DOS ÚNICOS ENTES ASESORES DEL GOBIERNO Y DE LA CAMARILLA EN LAS “NORMAS” QUE SE APLICARÁN. Y aunque no lo diga el Fondo, el

ICMER se lo atribuye, y lo hace suyo y lo levanta en internet como bandera propia.

4. Por supuesto, el mundo feliz de ICMER es una utopía irreal, que nunca veremos. Se cumple ya lo contrario, aquí, España o Gran Bretaña. Nosotros, v.gr., tenemos cada día más SIDA (nos enorgullecemos de que SÓLO se denuncien unos 500 nuevos casos al año), más VPH (unos 750 nuevos casos al año), más nacimientos fuera de matrimonios, más nacimientos de madres adolescentes, de seguro más abortos. Es el fruto de la “política reproductiva” de veinte años. Para cada golpe, sin embargo, la camarilla tiene su explicación y su nuevo invento milagroso. Hoy es la píldora del día después, porque fracasaron las JOCAS y la “educación sexual” y los condones; mañana será otra cosa –probablemente la esterilización (¡joj!) o el aborto– cuando fracase la píldora...

5. Pero nada de lo anterior inmuta a la camarilla. El fracaso no le hace ni le hará mella. ¿Por qué? Porque es una IDEOLOGÍA, y las ideologías son inmunes a lo que de verdad pasa, transcurren al interior del cerebro del ideólogo, desconectadas de la realidad. Volvemos –en otro plano– a los años 70 y a los ideólogos guevaristas de la “vía armada” y el “enfrentamiento inevitable”, marchando como sonámbulos hacia el golpe militar.

6. Y la camarilla, desgraciadamente, es tan totalitaria como los guevaristas. Ejerce la fuerza que tiene, sin vacilaciones ni contemplaciones; ése es, precisamente, el espíritu y el MODUS OPERANDI totalitario. Y así:

6.1. El año 2005, le fracasó este mismo golpe porque controlaba los mandos medios necesarios, de subsecretario hacia abajo, pero no al ministro, demócrata-cristiano. Cuando la camarilla quiso *bypasearlo*, él y Ricardo Lagos reaccionaron con dureza. Hoy el presidente socialista –escudero oficial de la camarilla– se burla públicamente del ex ministro, observando que no tuvo en 2005 el “coraje” (ni Lagos tampoco, se subentiende) que ahora ha tenido una mujer, la ministra de Salud (“El Mercurio”, 10 de septiembre).

6.2. Replegada después de aquel traspíe, la camarilla elaboró o completó las “Normas” con gran secreto. Colegio Médico, Academia de Medicina, sociedades científicas, universidades, iglesias, expertos conocidos... nadie supo nada antes del engendro. Esta es la ESENCIA del totalitarismo.

Los únicos asesores han sido quienes piensan como la camarilla, o quizás peor. APROFA, la vieja banda despobladora, que en cuarenta años ha logrado reducirnos a quince millones de habitantes, y nos llevará a doce millones hacia 2020. E ICMER, el apóstol de la parranda sin fin. ¿Qué nos reservan, qué tienen bajo la manga estos dos compadres: el aborto? ¿La esterilización masiva? APROFA ya propuso la segunda, minuciosamente (incluso los costos, por supuesto, no olvidar este detalle), en los años 70. E ICMER quiere también probar el cuchillo en las chilenas (lo dice por internet). La camarilla escoge bien sus asesores... ¿o serán sus jefes?

6.3. Tampoco impresiona a la camarilla la opinión pública. Las encuestas señalan que el 60%, el 70% de los chilenos rechazan la entrega libre de la píldora

ra a los menores de edad, a espaldas de sus padres. ¿Y qué? –dice la camarilla, sorprendida.

6.4. La camarilla no respeta sus propias reglas... son “placebos” para tranquilizar incautos. La ministra dice que la píldora se entregará bajo receta médica, advirtiendo de sus posibles efectos colaterales, y actuando “orientadores” para los adolescentes que la pidan. Pero el mismo ICMER, nada menos, la entrega sin receta y diciendo que no hay esos efectos... ¡sin siquiera verificar identidad! Y la única “orientación” es recibir a la peticionaria con un brutal y grosero: “¡Te mandaste el primer condoro de tu vida!”. ICMER, agrega, vendería la píldora a las bombas de bencina (“La Segunda”, 21 de septiembre).

6.5. Pero la más palmaria e indiscutible demostración de totalitarismo por parte de la camarilla ha sido el tratamiento que en esta ocasión ha dado a la Democracia Cristiana.

La Democracia Cristiana, el principal partido de gobierno y el más poderoso de la Concertación. Al cual, por raíces, le sería difícil aceptar la píldora para quinceañeras. Era menester manejarlo con algodones. La camarilla no le consultó nada, no le informó nada, ni siquiera que las “Normas” venían, y ya. Los demócratacristianos, incluso el ministro del Interior –supuesto ‘jefe del gabinete’–, ¡lo supieron por los diarios! El golpe avisa.

Recuerda, inevitablemente, a esos políticos tradicionales, burgueses, democráticos, que rodeaban y hacían comparsa a Hitler, o a Fidel Castro los primeros meses. De pronto, ya no se les necesitó. Una sola patada, y fueron al basurero de la Historia; nunca más se supo de ellos.

¿Y la Presidenta?

No puede discutirse que apoya a la camarilla, y por ende comparte sus ideas y responde del daño, muy grande, que éstas nos causarán. Pero... el totalitarismo de los procedimientos, ¿Lo compartirá?

Desde luego, no lo corrige, siendo la única persona que puede hacerlo. Pero quizás esto se deba a motivos diferentes de una inclinación al totalitarismo: amistad, lealtad mal entendida, espíritu de cuerpo también mal entendido, táctica política... Motivos inaceptables, es cierto, pero peor sería que la causa auténtica fuese un declive totalitario.

Démosle el beneficio de la duda, y esperemos.

Esperemos, pero con aprensión. Pues la Presidenta, como Ministra de Salud, firmó el año 2000 la horripilante Resolución N° 2.326, sobre esterilización femenina y masculina. Confería a ésta el carácter de “acción de salud”, y –como tal– obligatoria de prestar por los servicios del ramo a quien la pidiera.

Según esta resolución, por ejemplo, una mujer de dieciocho años, perfectamente sana, analfabeta, sin ningún hijo y casada, podía obligar al SNS a esterilizarla, sin aducir motivo, y sin el consentimiento NI SIQUIERA EL CONOCIMIENTO de su marido. Debía constar, eso sí, que la esterilizada había pedido la intervención, previa y debidamente informada de sus consecuencias. Pero... ¿cómo constaría esto? Nada más fácil. En un documento en el cual la desdichada debería estampar “la huella dactilar de su pulgar derecho o izquierdo”. Analfabeta, certificaría su conformidad “firmando” ¡un documento cuyo contenido no podía saber!

El Cardenal protestó enérgicamente de este espanto... como ahora. No sé si a posteriori se corregiría. Pero la firma de la entonces ministra quedó ahí. Y no “la huella dactilar de su pulgar derecho o izquierdo”.

Se comprenderá que le demos el beneficio de la duda y de la espera, tocante a la camarilla actual, pero que lo hagamos con aprensiones.

GONZALO VIAL CORREA*

*Publicado en *La Segunda* (Santiago) el 26.9.2006, p. 11.

REFORMA CONSTITUCIONAL EN EDUCACIÓN

La Alianza por Chile ha presentado un proyecto de reforma constitucional que define los principios básicos que deben orientar las políticas públicas que se implementen para mejorar la calidad de la educación en Chile. Nuestra propuesta, "Calidad con Libertad", se traduce en cuatro ideas fundamentales.

La primera, entender que el sujeto principal del proceso educativo es el alumno. Es el individuo, y su posibilidad de elegir, el que logrará educación de calidad. La educación no puede ser más comandada por una sola visión, sino que debe aceptar que la calidad de la misma está en el pluralismo y el respeto a las diferencias a la hora de presentar un proyecto educativo. Es aquí donde el Estado debe velar por la calidad de la educación y, hasta el momento, poco o nada se ha hecho. El fracaso es evidente: el gasto se ha cuadruplicado, y la calidad de la educación sólo muestra resultados negativos.

Nuestra propuesta incorpora, dentro de los deberes del Estado, velar por la calidad de la educación, pero a diferencia del Gobierno, que piensa que la educación debe ser dirigida por un sistema rígido y centralista, con una confianza ciega en el Estado, nosotros creemos firmemente en el papel de los padres en este campo.

La segunda idea se basa en el derecho que tienen los padres y la comunidad de acceder a toda la información en materia educacional. Los padres son los principales responsables de la educación de sus hijos. Por tanto, para que la libertad de enseñanza se pueda ejercer de verdad y el proceso educativo sea confiable, el sistema debe ser transparente. En ese sentido agregamos, como derecho constitucional, la información a los padres y a la comunidad en general, de los resultados académicos de los establecimientos educacionales, de los del alumno en particular, y del proyecto educativo que el colegio desarrolla.

Un tercer aspecto es otorgar una efectiva protección judicial en materia de educación. Pretender que sean los tribunales los que velen por la calidad es irreal y demagógico. Lo que el Gobierno no ha podido resolver en años, difícilmente va a poder ser resuelto por los jueces en una sentencia judicial.

La libertad de enseñanza está amparada por el recurso de protección. Sin embargo, en nuestro proyecto ampliamos el campo de acción de dicha garantía al incorporar, como parte esencial de la libertad de enseñanza, el derecho a la información y la transparencia. Es decir, proponemos un recurso de protección más amplio y eficaz, entregando una herramienta concreta a padres y alumnos para que tomen la mejor decisión en materia educacional, incentivando que los establecimientos se esfuercen al máximo para optimizar sus resultados, y así puedan exhibir, con transparencia, un proyecto educativo que resulte atractivo para apoderados y estudiantes.

Por último, nuestra propuesta central: Calidad con libertad. Se equivocan quienes pretenden fijar totalitariamente los parámetros de contenidos, la calidad y los mecanismos para alcanzarla. Lo anterior se traduciría en que los padres

tienen el derecho de “elegir” entre colegios que ofrecen todos lo mismo, haciendo que los procesos educativos sean uniformes, estandarizados y, por lo tanto, sin incentivos para su mejora.

Nuestro planteamiento señala que una ley orgánica constitucional, fruto del consenso mayoritario de todas las fuerzas representadas en el Parlamento, fije los estándares mínimos de calidad de un proyecto educativo, para que sean los colegios los que libremente busquen la mejor forma de alcanzar dichos resultados. Tenemos que avanzar fuertemente hacia un control de resultados y no de procesos.

Defendemos la libertad, la pluralidad y la diversidad de los proyectos educativos, pero a la vez exigimos que dichos procesos se transformen en una enseñanza de excelencia. Quien se aparte de los estándares de calidad podrá ser objeto de fuertes sanciones, a requerimiento de los afectados.

La libertad es esencial en el desarrollo de una educación de calidad. En otras palabras, no hay calidad sin libertad. Esta es nuestra propuesta.

MARCELA CUBILLOS SIGALL
CRISTIÁN MONCKEBERG BRUNER
Diputados*

*Publicado en *El Mercurio* (Santiago) el 28.8.2006, A-2.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (30.8.2006)

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.– Que, por oficio N° 27.443 de 14 de julio de 2006, el Senado de la República ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 183-H, artículo 183-I, inciso tercero, artículo 183-K, incisos tercero y cuarto, artículo 183-L y artículo 183-M, inciso tercero, todos del artículo tercero permanente del mismo;

SEGUNDO.– Que el artículo 93, N° 1°, de la Constitución, establece que es atribución de este Tribunal ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación;

TERCERO.– Que el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Constitución, dispone:
“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.”.

CUARTO.– Que las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad disponen:

ARTÍCULO 3°.– “Agrégase al LIBRO I del Código del Trabajo, el siguiente Título VII, nuevo:

Título VII
DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y DEL TRABAJO EN EMPRESAS
DE SERVICIOS TRANSITORIOS”

Artículo 183-H:

“Las cuestiones suscitadas entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios, o entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios, serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo.”

Artículo 183-I, inciso tercero:

“La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere.”

Artículo 183-K, incisos tercero y cuarto:

“En igual plazo, la empresa de servicios transitorios podrá subsanar las observaciones que se le hubieran formulado, bajo apercibimiento de tenerse por desistida de su solicitud por el solo ministerio de la ley. Podrá asimismo, dentro de los quince días siguientes a su notificación, reclamar de dichas observaciones o de la resolución que rechace la reposición, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante para que ésta ordene su inscripción en el registro.

La Corte conocerá de la reclamación a que se refiere el inciso anterior, en única instancia, con los antecedentes que el solicitante proporcione, y oyendo a la Dirección del Trabajo, la que podrá hacerse parte en el respectivo procedimiento.”

Artículo 183-L:

“Toda persona natural o jurídica que actúe como empresa de servicios transitorios sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en este Código, será sancionada con una multa a beneficio fiscal de ochenta a quinientas unidades tributarias mensuales, aplicada mediante resolución fundada del Director del Trabajo, la que será reclamable ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de quinto día de notificada.”

Artículo 183-M, inciso tercero:

“De la resolución de que trata este artículo, se podrá pedir su reposición dentro de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de diez días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.”;

QUINTO.— Que, de acuerdo al considerando segundo, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

SEXTO.— Que las normas sometidas a conocimiento de este Tribunal son propias de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, al otorgar nuevas atribuciones a los tribunales establecidos por la ley para ejercer jurisdicción;

SÉPTIMO.— Que el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto agrega al Código del Trabajo, no señala a qué resolución se refiere. Ante esta situación, el Tribunal, para ejercer el control de constitucionalidad que le corresponde, entiende que la resolución a que alude es aquella que dicte el

Director del Trabajo sancionando a una empresa de servicios transitorios con “su cancelación” en el registro que ha de llevar al efecto y, a la usuaria, con una multa “de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado”, por infringir lo dispuesto en el inciso primero del precepto antes mencionado;

OCTAVO.– Que, en la misma norma se establece que la empresa afectada podrá pedir reposición de la resolución sancionatoria al Director del Trabajo y que, si éste niega lugar a dicha solicitud, se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de cinco días, “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere.”;

NOVENO.– Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraban más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y a la “defensa jurídica” pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad;

DÉCIMO.– Que, en consecuencia, la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero de la iniciativa introduce en el Código del Trabajo es inconstitucional y así debe resolverse;

DECIMOPRIMERO.– Que los incisos tercero y cuarto del artículo 183-K, incorporado al Código del Trabajo por el artículo tercero del proyecto, no indican respecto de qué observaciones o resolución se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones del domicilio de la reclamante para que ésta ordene la inscripción de la empresa de servicios transitorios en el registro. En estas circunstancias, esta Magistratura, para hacer efectivo el control preventivo de constitucionalidad que la Carta Fundamental le encomienda, entiende que las observaciones a que hacen referencia dichas disposiciones son las que la Dirección del Trabajo haga a la solicitud de inscripción en el registro especial y público de empresas de servicios transitorios que debe llevar y que, la resolución a que se alude, es la que rechaza el recurso de reposición deducido respecto de aquella que formula las observaciones;

DECIMOSEGUNDO.– Que el inciso tercero del artículo 183-M, que se agrega al Código del Trabajo por el artículo tercero del proyecto, no precisa la resolución respecto de la cual se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones del domicilio de la reclamante. Este Tribunal, para ejercer la atribución que le confiere el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución, entiende que la resolución antes mencionada es la que rechaza la solicitud de reposición de la cancelación de la inscripción de una empresa de servicios transitorios en el registro pertinente, ordenada por el Director del Trabajo;

DECIMOTERCERO.– Que, en el oficio por medio del cual se ha remitido por el Senado el proyecto en examen, se indica que se suscitó una cuestión de constitucionalidad en relación con el mismo, en la Sesión N° 18, ordinaria, celebrada por esa Corporación el día 17 de mayo de 2006, según consta del Diario de Sesiones respectivo que se ha acompañado a los antecedentes;

DECIMOCUARTO. Que, esta Magistratura, de acuerdo a lo que establece el artículo 93, inciso primero, N° 3, de la Carta Fundamental, y, en virtud del requerimiento presentado por más de una cuarta parte de los Senadores en ejercicio, resolvió dicha cuestión de constitucionalidad por sentencia de fecha 21 de agosto de este año, recaída en los autos Rol N° 534, motivo por el cual no le corresponde emitir pronunciamiento al respecto en esta ocasión;

DECIMOQUINTO.– Que consta de los antecedentes que las normas del proyecto sometidas a conocimiento de este Tribunal han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República;

DECIMOSEXTO.– Que, asimismo, consta de autos que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

DECIMOSÉPTIMO.– Que las disposiciones sujetas a control preventivo de constitucionalidad no son contrarias a la Constitución, sin perjuicio de lo señalado en el considerando décimo en relación con el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto incorpora al Código del Trabajo;

Y VISTOS, lo establecido en los artículos 19, N° 3°, incisos primero y segundo, 66, inciso segundo, 77, incisos primero y segundo, y 93, inciso primero, N°s. 1° y 3° e incisos segundo y cuarto, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley N° 17.997, de 19 de mayo de 1981;

SE DECLARA:

1. Que la frase "previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere" contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo, es *inconstitucional y debe eliminarse de su texto*.
2. Que el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo es constitucional, sin perjuicio de lo resuelto en el número anterior.
3. Que los artículos 183-H, 183-K, incisos tercero y cuarto, 183-L y 183-M, inciso tercero, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo son constitucionales.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Devuélvase el proyecto al Senado de la República, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.
ROL N° 536-2006.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

COMENTARIO

1. Al conocer y leer la sentencia recién transcrita no pude menos que alegrarme intelectualmente y advertir, una vez más, que aunque al principio nuestras ideas puedan aparecer un poco osadas y chocar con la abulia ambiente, finalmente son acogidas y pasan a ser doctrina aceptada e incluso “*opinio iuris doctorum*”¹.

Tal cosa –como lo hemos advertido ya en protección, nulidad/inexistencia de derecho público, responsabilidad objetiva del Estado/Administración, etc.²– ocurre también ahora y por la unanimidad de los miembros del Tribunal Constitucional, con ese “resabio absolutista” en un estado de derecho, como es el “*solve et repete*”, declarado inconstitucional sin remilgos ni distinciones, sino directamente (consid. 9°), aún cuando se queda corto, ciertamente, en las causales de inconstitucionalidad que enuncia, puesto que afecta él varios derechos fundamentales más de aquellos que el Tribunal señala.

En efecto, antes de este fallo sólo hubo votos disidentes en proyectos de ley que planteaban la exigencia de consignar en arcas fiscales parte de la multa que se pretendía imponer por un organismo de la Administración del Estado a un particular –persona natural o persona jurídica–, en cuanto aquel determinaba que éste había infringido determinados preceptos legales. Votos disidentes que recayeran en los roles 185 (28.2.1994), sobre proyecto de ley del ambiente (luego Ley 19.300); 248 (22.10.1996) sobre proyecto de ley de modernización del Servicio Nacional de Aduanas; 320 (16.2.2001) sobre proyecto de ley que crea la Defensoría Penal Pública, disidencias del autor de este comentario, y 287 (27.5.1999), sobre proyecto de ley que modifica normas eléctricas, disidencia de los ministros Bulnes y Verdugo.

Desarrollamos estos planteamientos con mayor extensión y profundidad en nuestro *Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado constitucio-*

¹Al modo del “*ius commune*” y de los postglosadores y comentaristas (siglos XII a XVII).

²Vid. *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, que a 25 años de su publicación conserva toda su vigencia; *La nulidad de derecho público*, en Revista de Derecho Público 47/48 (1990) 11-25; *La nulidad de derecho público: su actualidad*, en Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso) XVII/1997, 347-355; *La nulidad de derecho y su imprescriptibilidad en el derecho público chileno*, en *Ius Publicum* 4/2000, 55-62, en que se desarrolla este punto ya explicado en aquel de 1990. Y en materia de responsabilidad del Estado vid. nuestros trabajos en Revista de Derecho Público 21/22 (1977), 149-156; N° 27/1980, 133-171, y en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 87-96, trabajos ahora en *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, tomo II, 244-311.

nal de Derecho, en *Ius Publicum* 6/2001, 79-100³. Y aún más en *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el "solve et repete" y el estado de derecho*, recientemente aparecido en "Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo" (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2006, 97-117).

2. El fallo que comentamos señala que la pretensión de exigir, para reclamar de una resolución sancionadora de la Dirección del Trabajo, la "previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada", "resulta de carácter indeterminado, carente de un límite", pudiendo llegarse a cantidades cuya cuantía puede ser tan elevada que entraba más allá de lo razonable el acceso a la justicia; cosa que sucede, por ejemplo, podemos agregar, con multas que aplican la Superintendencia de Valores y Seguros⁴, o la de Electricidad y Combustibles y otras entidades que, al igual que ellas, norman la actividad, fiscalizan su cumplimiento, "juzgan" pretendidas conductas de particulares que ellas estiman que las infringen, y sancionan, sin ni siquiera un debido procedimiento, esto es racional y justo, ni siendo esas entidades ni mínimamente un "tribunal", ya que carecen de independencia y de imparcialidad, requisitos esenciales e ineludibles de un tribunal⁵.

Agrega el fallo que ello resulta contrario, además, tanto al derecho a "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", como a la "defensa jurídica", derechos que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 3.

Es muy cierto ello, pero no cabe duda alguna, como decíamos en los votos disidentes y trabajos posteriores referidos, que esta exigencia de pagar parte de la sanción administrativa para poder acceder a la justicia, o sea reclamarla ante un juez de la República, atenta de modo muy violento en contra no sólo del *derecho*

³Publicado también, resumido, en *Revista del régimen de la Administración Pública* (Buenos Aires) N° 322/2005, 25-44.

⁴Vid. DL 3.538/1980 (que no contemplaba "solve et repete" en su texto original) arts. 27 y 28 (según modificaciones introducidas por Ley 19.705), en que los montos que pueden aplicar como multas pueden llegar hasta 15 mil UF e incluso a 45 y 75 mil UF en caso de reiteración de infracciones; multiplíquense por \$ 18.400 (valor hacia fines de septiembre 2006) y se advertirá la cuantía enorme que resulta, incluso respecto de la cuantía de la consignación que se establece.

⁵Según art. 16 A de la Ley 18.140 pueden ir de 500 UTA a 10.000 UTA, según sean las infracciones que tipifica su art. 15. Vale decir, hasta 3 mil millones de pesos, y su art. 19 exige para reclamarla el consignar su 25%, o sea se exige para acceder a la justicia la consignación en arcas fiscales de más de 750 millones de pesos. Tal es el despropósito legislativo, cuya inconstitucionalidad es patente, desde que se hace tabla rasa de la presunción de inocencia, del derecho fundamental a la jurisdicción, etc.

Piénsese también en los más de 300 sumarios administrativos que la Superintendencia de Servicios Sanitarios ha iniciado en contra de empresas, en septiembre 2006, simplemente para sancionar el no envío de información sobre sus residuos líquidos industriales (riles): vid. *El Mercurio/Santiago*, 5.9.2006, B-8. Se puede advertir que la regulación/nuevo intervencionismo llega a castigar –con la "represión administrativa"– hasta el deber de informar a la autoridad (y sin embargo, al mismo tiempo, dicta normas que permitan a sus Servicios de Salud entregar gratuitamente a niñas mayores de 14 años píldoras abortivas, sin que éstos "informen" a sus padres, ni aquéllos exijan autorización de éstos).

fundamental de acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción, y del derecho a la acción propiamente tal, sino también viola de manera directa tanto otros derechos de los afectados como varios deberes constitucionales que la propia Constitución impone a órganos de la Administración, además de configurar una clarísima infracción de claros preceptos suyos, al entabrar, por medio de este artificio fiscalista, el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales de justicia.

En efecto, valga señalar –y para que lo tenga en cuenta el Tribunal Constitucional en futuros pronunciamientos⁶– que la exigencia del “solve et repete” atenta en contra de la *igualdad ante la ley* (art. 19 N° 2) ya que esa exigencia de consignación previa para poder acudir a la justicia significa un privilegio para la Administración carente de todo fundamento en la Constitución y, por tanto, una “diferencia arbitraria”, desde que la misma disposición establece –y en continuidad histórica desde cerca de 180 años– que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado” (inc. 1°). Y ¡vaya qué privilegio! el que se pretende con dicha exigencia, por quien sin ser juez, ni mínimamente, se ve privilegiado con que sus actos que imponen sanciones dinerarias se vean cumplidos en parte (v.gr. 20 o 25%) antes que conozca de ello un juez (esto es, antes de estar firmes/“ejecutoriados”) y para que éste conozca de la reclamación deba enterarse en arcas fiscales ese porcentaje. Un “privilegio” que contradice brutalmente el derecho de acceso a la justicia, que toda persona posee por el hecho de serlo, totalmente independiente de su capacidad económica; y que, además, al entabrarlo, *vulnera el “contenido esencial”* de este último con un impedimento que obstaculiza el libre ejercicio de él en su esencia⁷.

También vulnera el “*derecho de propiedad*” del afectado, por cuanto se exige una exacción en un momento y ante una situación jurídica en que no hay un acto administrativo propiamente firme, o sea, jurídicamente exigible, desde que es reclamable per se, como lo establece además expresamente la Ley 18.575 (art. 9°), al disponer que los actos administrativos son impugnables (sea por recursos administrativos, sea por acciones procesales), y ello como “principio” propio del procedimiento administrativo mismo (Ley 19.880, art. 15). Y es una exacción que, además de despojarlo de una suma de dinero (que incluso puede ser cuantiosísima) en momento procedimental que jurídicamente no corresponde, le impide el derecho a reclamar de ese acto ante la justicia, o sea, de defender su propio patrimonio, y de impedir actos que lo amenacen, perturben o priven de su ejercicio.

No puede soslayarse que la exigencia de consignar parte de la referida multa el afectado para poder acudir a la justicia constituye también una flagrante violación a la conocida “*presunción de inocencia*”, principio fundamental que rige todo el derecho chileno y especialmente en el derecho sancionador (ya que estas “sanciones gubernativas” son también “penas”, si bien el código penal no las “considera” tales: art. 20). Presunción que tiene no sólo fundamento constitucional sino que

⁶Sea en recursos de inaplicabilidad, o de pronunciamientos en proyectos de ley, o aun en acciones de inconstitucionalidad, incluso en requerimientos frente a decretos supremos.

⁷Sobre el “contenido esencial” de un derecho vid. E. Evans, *Los derechos constitucionales* (2 vols., 1ª edición). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1986, t. 2, 143-150.

reiteradamente lo confirman los tratados y pactos vigentes en el ordenamiento internacional al que Chile ha adherido expresamente⁸.

Y atenta contra deberes jurídicos específicos de los órganos de la Administración, que son “bases de la institucionalidad”, como son, primeramente, el desarrollar su misión de “promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas” (art. 1° inc. 4°), como, asimismo, “promover el ejercicio de los derechos” de las personas, removiendo los obstáculos que les impidan su libertad y el pleno desarrollo de su personalidad a fin de permitir su mayor realización y perfeccionamiento material y espiritual (art. 5° inc. 2°). El “solve et repete” vulnera estos deberes jurídicos impuestos a todo órgano estatal, también, obviamente, al legislador por la propia Constitución, desde que su presencia impide, de suyo, per se, el respeto de los derechos de las personas y la promoción de su ejercicio.

Pero lo que me parece aún más atentatorio a la Constitución es la gravísima perturbación que implica el “solve et repete” al *ejercicio de la jurisdicción*, que la Constitución ha radicado de manera exclusiva y excluyente en los tribunales de justicia (no en los órganos de la Administración), con expresa prohibición que ejerza tal potestad jurisdiccional el Presidente de la República (y con mayor razón órganos de su Administración, cualquiera que sea de éstos). Y es que el art. 73 de la Constitución –de larguísima tradición puesto que su texto ya se encuentra en la de 1833, art. 108⁹– es lapidario al respecto. Al imponerse condiciones o requisitos para acceder a la justicia, y al hacer así impedir libre ejercicio para acudir a ella, se está entorpeciendo y perturbando a esos tribunales el ejercicio mismo de la jurisdicción que exclusivamente a ellos compete, la cual se activa, despliega y desarrolla precisamente a través de la acción que el afectado puede deducir en defensa de sus derechos agraviados por el acto administrativo sancionador. Es este “solve et repete” una exigencia que dificulta el ocurrir a los tribunales de justicia, y puede llegar no sólo a hacerlo difícil sino que incluso impedir dicho acceso, lo que va significar, lisa y llanamente, sustraer a su conocimiento un asunto de suyo litigioso, controvertido, y de innegable relevancia jurídica, dentro del orden temporal, *violándose así el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional*, en tanto conocimiento/inexcusabilidad, resolución, imperium iudicii/cumplimiento de lo decidido, y cosa juzgada.

⁸Vid. v.gr., entre otros Convención americana sobre derechos humanos (art. 8°, N° 2); Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 14.2); Declaración universal de derechos humanos (art. 11.1); nuestro Código Procesal Penal (art. 4°) y Código de Procedimiento Penal (art. 42). Nos hemos referido al punto en *Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?*, en Gaceta Jurídica 296/2005, 76-88, espec. 83-85.

⁹Incluso acogido décadas después por la Constitución argentina (1853), a sugerencia de J.B. Alberdi, que hacía su elogio en sus famosas *Bases*/1851. Vid. sobre la influencia de la Constitución Política de 1833 en esas *Bases* alberdianas y luego en la Constitución argentina, nuestro *Juan Bautista Alberdi, sus Bases y la Constitución chilena de 1833*, en Homenaje a Juan Bautista Alberdi (2 tomos). Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Argentina. Córdoba. 2002, t. 2, 459-497.

3. Dada la no poca cantidad de preceptos legales que contienen esta fatídica fórmula absolutista/fiscalista del “solve et repete”¹⁰, es muy útil el fallo que comentamos especialmente para animar a los abogados a plantear ante el Tribunal Constitucional, por la vía que sea procedente en las situaciones concretas, y a los parlamentarios en la ocasión pertinente en la tramitación de una ley, la inconstitucionalidad de ella, y así ir eliminando no sólo en las leyes futuras sino respecto de todas las existentes esta grave perturbación en el ejercicio de los derechos fundamentales, y un privilegio administrativo que configura, sin lugar a duda alguna, un escarnio al Estado de Derecho y un mecanismo enteramente contradictorio e inconsecuente con las bases de nuestra institucionalidad, bases que consagran la primacía de la persona humana y la consecuencial servicialidad del Estado (art. 1° inc. 4°), teniendo éste como límite de los poderes jurídicos que la Constitución le confiere a sus órganos, precisamente los derechos de las personas que ella les reconoce, asegura y ampara.

Valga recordar aquí lo que Von Ihering señalaba hace tantas décadas, pero siempre actual: “Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral, y es un deber para con la sociedad, porque esa resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”¹¹.

EDUARDO SOTO KLOSS

¹⁰En poder de Superintendencias, Dirección del Trabajo y, en general, entidades fiscalizadoras y con atribuciones (inconstitucionales) de “juzgar” (siendo juez y parte) y sancionar, e incluso a veces con mérito ejecutivo sus decisiones sancionadoras.

¹¹ R. von Ihering, *La lucha por el derecho* (trad. Da Silva). Pethel. Buenos Aires. 1985, 74.

CORTE SUPREMA
(31.8.2006)
Parada Toloza y otros con Servicio de Salud
de Concepción

VISTOS:

En estos autos rol N° 1342-06, la parte demandada Servicio de Salud Concepción, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que revocó la sentencia de primer grado en la parte que negó lugar a la acción de indemnización de perjuicios interpuesta por Joselyn Alejandra Parada Toloza, Patricia Osorio Albornoz y Pamela Esilda Navarrete Sáez; y acogéndola, condenó a ese Servicio a pagar a cada uno de ellos a título de indemnización de perjuicios por daño moral por la muerte de sus respectivos hijos, la suma de \$ 30.000.000, cantidad que se reajustará conforme a la variación del I.P.C. entre la fecha de esta sentencia y su pago efectivo, con intereses corrientes para operaciones reajustables que se devengarán desde que sea constituida en mora y hasta su pago efectivo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

A) *En cuanto al recurso de casación en la forma:*

1º) Que el recurso nulidad formal se funda en la causal del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el número 4 del artículo 170 del mismo texto legal, imputando a la sentencia atacada, falta de consideraciones.

En primer lugar, afirma que el fallo incurre en este vicio dado que tiene consideraciones contradictorias acerca de la composición de la sustancia que por vía parental se les administró a los menores, motivo por el cual esos fundamentos se anulan, quedando en consecuencia sin consideraciones al respecto. Sostiene para ello que por un lado la sentencia de segundo grado, en su razonamiento sexto concluyó que no fue posible establecer la composición de dicha sustancia, tal como antes lo hiciera la de primer grado en los acápites que esta resolución mantuvo, y en cambio en la motivación séptima concluyó como un hecho que la alimentación de los infantes contaba con potasio;

2º) Que, dentro de la misma causal, el recurrente sostiene en relación a la existencia de potasio en la alimentación de los neonatos, que la sentencia impugnada, en el considerando séptimo, sólo formula una hipótesis, sin dar por establecido el

hecho sobre el que luego pretende construir una presunción, motivo por el cual, acerca de este aspecto, carece de consideraciones;

3º) Que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil dispone que el recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: y en el número 5 establece: “En haber sido pronunciada –la sentencia– con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170”.

El recurso que se analiza acusa falta de consideraciones de la sentencia de segundo grado, requisito que se contiene en el número 4 del artículo 170 del texto legal mencionado;

4º) Que en cuanto a la primera de las alegaciones planteadas, referida a la existencia de razonamientos contradictorios acerca del contenido de la alimentación suministrada a los menores cuyas muertes originaron la acción interpuesta, lo que importa que éstos se anulan resultando la sentencia sin consideraciones al respecto, cabe tener presente que ello no es efectivo.

En efecto, de la lectura de los considerandos mencionados en el recurso aparece nítidamente que los sentenciadores del mérito, luego de sostener en el considerando sexto la imposibilidad de análisis de las muestras de alimentación dada a los recién nacidos, pues éstas fueron eliminadas, lo que implica un menor grado de certeza –en relación a los otros menores, por cuyos decesos también se demandó– en orden a que el motivo de sus fallecimientos sea consecuencia de haber recibido exceso de potasio; en el motivo siguiente, a partir de los hechos establecidos en la causa que allí se indican, deduce tal exceso presumiéndolo y otorgándole el valor de plena prueba a dicha presunción;

5º) Que lo anterior, a contrario de lo que sostiene el recurrente, no importa una contradicción, sino únicamente, la inferencia de un hecho, como lo es la causa del fallecimiento de los neonatos, a partir de otros hechos conocidos, a diferencia de la situación de las muertes de los otros niños, en que fue posible establecer su causa, sin necesidad de recurrir a una presunción. Justamente es esto lo que se indicó por los jueces del fondo en los dos considerandos mencionados, motivo por el cual la casación en la forma interpuesta, respecto de esta primera alegación, no puede prosperar;

6º) Que, en lo que se refiere a la segunda alegación, el recurso denuncia que la sentencia impugnada carece de fundamentaciones al no dar por establecido el hecho sobre el cual pretende construir una presunción, refiriéndose a la existencia de potasio en la alimentación de los recién nacidos;

7º) Que del análisis del razonamiento séptimo de la sentencia recurrida aparece que, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, los sentenciadores establecieron como hecho que a todos los menores que estaban internados en la misma unidad del Hospital Clínico Regional de Concepción, y que fallecieron en días seguidos, se les administró potasio en su alimentación, siendo éste uno de los hechos conocidos con los cuales luego dedujo la causa de sus muertes. En tales condiciones la casación formal por esta segunda alegación tampoco puede prosperar;

B) *En cuanto al recurso de casación en el fondo:*

8º) Que el recurso señalado en el epígrafe denuncia la vulneración de los artículos 38 de la Constitución Política de la República; 4 y 42 de la Ley N° 18.575; 1698 inciso primero y 1712 del Código Civil; y 426 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que dicha infracción se produce porque la sentencia de segundo grado estableció la relación de causalidad en virtud de una presunción judicial construida en base a hechos desconocidos, y por lo mismo sin que tenga los caracteres de gravedad y precisión exigidos por la ley. Para que exista presunción se requiere que de ciertos hechos conocidos se deduzcan hechos desconocidos. En el caso de autos –afirma– no existe presunción ya que ella fue construida sobre hechos desconocidos y, además, no se consideraron otros que la destruyen o que, a lo menos, le restan el carácter de gravedad y precisión perentoriamente exigidos por la ley;

9º) Que fundamentando sus alegaciones, el recurrente indica que por una parte el motivo séptimo del fallo atacado establece una presunción, cual es, que los recién nacidos Carrasco Parada, Cabello Osorio y Jara Navarrete también fallecieron por exceso de potasio. Para elaborar dicha presunción la sentencia recurre a diversos hechos, varios de los cuales –afirma– no se encuentran acreditados. Así, continúa, no se acreditó que los menores tenían edades muy cercanas, desde que éstas eran de 19, 26, 6, 7 y 17 días de vida respectivamente. Tampoco se encuentra acreditado que se les haya suministrado potasio a los menores Carrasco Parada, Cabello Osorio y Jara Navarrete. Por otro lado, explica el recurso, no está considerado dentro de lo que llama “supuesta presunción” que éstos presentaban riesgo obstétrico diverso del normal, según lo estableció la sentencia de primera instancia en el considerando décimo cuarto, que fue reproducido por la de alzada, así como que presentaban patologías que, por sí mismas, pueden explicar la causa de sus muertes, según lo sostuvo en la demanda. Por lo anterior, continúa el perdedor, el razonamiento contenido en la sentencia que se revisa por esta vía tampoco cuenta con el carácter de gravedad y precisión que exige el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, desde que al considerarse todos los hechos acreditados en el proceso, la conclusión no es unívoca, ya que puede deducirse que los menores fallecieron por una circunstancia diversa, como la existencia de patologías que explican por sí mismas la causa de la muerte, y no necesariamente por el exceso de potasio, situación esta última que no está acreditada;

10º) Que en seguida, el libelo explica la forma como los errores de derecho denunciados influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, expresando que de haberse aplicado el artículo 38 de la Carta Fundamental, artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 1698 del Código Civil, el fallo de segundo grado hubiera exigido probar que la acción u omisión que considera cometida por los funcionarios del Servicio de Salud Concepción, el error en la elaboración de las mezclas, fue la causa directa, inmediata y suficiente del daño. Por su parte, de no haberse infringido los artículos 1712 del Código Civil, en relación con el artículo 47 del mismo código, los sentenciadores no habrían tenido por configurada la presunción basados en hechos no establecidos y sin considerar otros como el riesgo obstétrico diverso del normal y la circunstancia de que la muerte de los tres menores puede explicarse por sus propias

patologías. Finaliza sosteniendo que de no haberse producido todas las infracciones denunciadas se habría concluido que no resultaba acreditada la relación de causa a efecto y por lo mismo se debió rechazar la demanda en lo que dice relación con los menores Carrasco Parada, Cabello Osorio y Jara Navarrete;

11°) Que entrando al análisis del asunto, conviene precisar que, en lo que interesa al recurso, la sentencia impugnada estableció como hechos los siguientes:

- a) los fallecidos eran cinco menores recién nacidos de edades muy cercanas;
- b) los cinco estaban internados en la misma Unidad del Hospital Clínico Regional de Concepción;
- c) fallecieron en días seguidos;
- d) a todos se les suministró potasio en su alimentación;
- e) los cinco presentaron los mismos síntomas: agravamiento brusco con bradicardia persistente, sin respuesta al tratamiento;
- f) los síntomas anteriores son típicos del exceso de potasio; y
- g) cinco fallecimientos en dos días excede en mucho el promedio mensual de fallecidos en la Unidad de Neonatología, que es de 6 a 8 mensuales;

12°) Que, como se advierte y contrariamente a lo que señala el demandado, la presunción judicial se elaboró en base a hechos acreditados. Al consignar que los menores tenían edades cercanas, los jueces del mérito se están refiriendo a edades similares, y no a edades idénticas;

13°) Que es preciso consignar, asimismo, que esta Corte Suprema ha señalado, reiteradamente, que las leyes reguladoras del mérito de la prueba son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible y que importan verdaderas limitaciones, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento, de modo que para que se produzca infracción de tales normas de tasación legal, es necesario que se haya incurrido en error de derecho en su aplicación, lo que no ha sucedido en el presente caso;

14°) Que, en efecto, la deducción que hace el tribunal, así como la calificación de su gravedad, precisión y concordancia es una facultad privativa del juez, así entregado a él por una ley, y que corresponde a un proceso racional y, por ende, no sujeto al control del recurso de casación en el fondo;

15°) Que sobre la base de los hechos reseñados en el considerando undécimo, y analizando la totalidad de las pruebas rendidas en el proceso, los sentenciadores del grado arribaron a la conclusión de que los menores Carrasco, Cabello y Jara también fallecieron por haber recibido exceso de potasio;

16°) Que, en armonía con lo que se lleva expuesto puede concluirse que la casación de fondo se dirige contra los hechos del proceso, establecidos soberanamente por los jueces del fondo, e intenta variarlos.

Dicha finalidad, por cierto, es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. Esto es, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa que

se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta en ella de la ley y el derecho, pero a los hechos como soberanamente los han dado por probados o sentado los magistrados a cargo de la instancia;

17º) Que esta materia ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos de esta Corte de casación, la que ha venido sosteniendo de manera invariable que no puede modificar los hechos que han fijado los magistrados del fondo, en uso de sus atribuciones legales, a menos que se haya comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, lo que en este caso no ocurrió, como ya se razonó en los motivos anteriores;

18º) Que por lo expresado, razonado y concluido, el recurso de nulidad de fondo no puede prosperar y debe ser desestimado, en atención a que no se han producido los yerros de derecho denunciados.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 805 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se declara que *se rechazan* esos recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí, respectivamente, de la presentación de fs. 285, contra la sentencia de dieciocho de enero último, escrita a fs. 282.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez.

Rol N° 1342-2006.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante Sr. José Fernández.

*Se publica el fallo recaído en la casación de forma y fondo deducida por la demandada –Servicio de Salud de Concepción– que pone término al caso tan penoso de las cinco guaguas envenenadas en el Hospital Regional de Concepción los días 20 y 21 de octubre de 1999; siete años de peregrinar judicial, si bien los padres de las dos últimas fallecidas, dadas las pruebas fehacientes existentes de los sueros con exceso de potasio que ingerían, se vieron favorecidos en cuanto no se dedujo casación a su respecto, lo que sí ocurrió en lo que concerniera a las tres primeras ya que desapareció el resto de la alimentación que se les inoculara, habiéndose eliminado el suero aludido.

Este caso, en este último aspecto, presenta el interés de haberse decidido sobre la base de *una sola presunción*, grave, precisa y concordante, fundamentada en hechos debidamente establecidos por el tribunal de alzada, como fueran el que los cinco neonatos eran de edad similar (ninguno tenía más de un mes, y algunos sólo algunos días), estaban internados en la misma unidad hospitalaria, murieron a horas de distancia, se les administrara potasio en su alimentación (aunque a uno de ellos ni siquiera se había dispuesto se le diera potasio), sufrieron los mismos síntomas antes de fallecer, típicos de haber ingerido exceso de potasio, y que cinco neonatos muertos en dos días es enteramente anormal en esa unidad de neonatología.

Las sentencias de 1ª y 2ª instancia han sido publicadas en *Ius Publicum* N° 16/2006, 241-255, con comentario nuestro en 255-267.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN
5.5.2006
Responsabilidad municipal por accidente de niño
en parque público

VISTO:

En la parte expositiva del fallo en alzada se elimina en la línea 10, la preposición de, y en el motivo 1º, se sustituye la expresión interpuso por interpusieron, eliminándose además de su madre, como también el párrafo segundo del razonamiento 14. Se reproduce en lo demás la referida sentencia, teniéndose también presente:

1.- Que aunque ha existido debate doctrinario y diferencias jurisprudenciales en cuanto a calificar la responsabilidad de los entes estatales y entre ellos la de las Municipalidades, establecida en el artículo 141 de la Ley 18.595, para unos de carácter objetiva (por ejemplo, sentencia de esta I. Corte de 28 de Noviembre 2001, rol 1548-2000 y sentencia de Casación, Corte Suprema 4 de abril 2002, rol 319-2000) y para otros si no plenamente subjetiva, al menos especial (por ejemplo, Corte de Apelaciones de Rancagua, 14 de enero 2005, rol 1034-2005 y Corte Suprema, 15 de septiembre 2003, Rol 2021-02 y para la responsabilidad de entes estatales en general, sentencia de 16 de agosto 2004, rol 428-03), no cabe duda que unos y otros exigen que ella derive de una falta de servicio, esto es una ausencia de prestación del servicio o un mal funcionamiento de éste, requisito que cabe acreditar quien la invoca. Esta responsabilidad tiene su razón de ser en que a las municipalidades se les ha encargado el cumplimiento de un conjunto de funciones que constituyen un servicio público y la falta de este servicio, si causa daño, las hace responsables, a menos de acreditarse alguna circunstancia que dirima el nexo causal, como sería la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito. En todo caso, cabe señalar que en la presente causa, durante la vista del recurso, el abogado municipal aceptó la calificación de objetiva hecha por la demandante a la responsabilidad demandada;

2.- Que no se ha cuestionado la obligación que pesa sobre la demandada de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, según ya se ha dicho, y está suficientemente demostrado que el daño sufrido por el menor se produjo al intentar subirse a la rueda giratoria instante en que ésta se salió de su base aplastando su pierna izquierda, causándole lesiones graves consistentes en fractura de tibia, que le produjeron incapacidad de 45 a 60 días. La fotografía de la rueda rola a fojas 28 y su falta de mantención o mal funcionamiento queda acreditada por la sola circunstancia de haber caído produciendo el daño al menor, puesto que, de estar en buenas condiciones, ese hecho no puede ni debe producirse, circunstancia que está corroborada con los dichos de los testigos Domingo Ávila Villanueva y Luis Mario Muñoz Rodríguez, que estaban en el lugar al producirse el suceso, al

aseverar ambos que la rueda sonaba al girar, lo que revela carencia de servicio de mantención, conclusión de mal servicio que no se desvirtúa con la confesión efectuada por la demandante y madre del menor en el sentido de estar en buen estado la rueda, al ser obvio que ella se ha limitado a aceptar externamente que la rueda funcionaba, pero no puede interpretarse este reconocimiento como afirmación de un real y buen estado de su mantención pues este hecho lógicamente no podía ser conocido ni percibido por ella y no se trata de la confesión de un hecho personal suyo. Por otro lado, no está probado de manera alguna que la demandada haya realizado un plan o mantención periódica de la rueda, y que no obstante él, igual se produjo el accidente, ni que haya existido culpa exclusiva de la víctima o un caso fortuito, de forma que ha de darse por acreditada la falta de servicio, condición de la existencia de responsabilidad del municipio, como ya se dijo;

3.- Que en relación al daño moral pretendido, tenemos que la propia naturaleza de la lesión, fractura de tibia con tiempo de incapacidad de 45 a 60 días, revela que el menor debió sufrir el natural dolor que produce una fractura sobre todo en sus inicios y que debió extenderse por un lapso prolongado, aflicción que lógicamente afectó a la madre y abuela, en razón de la corta edad de la víctima, 4 años, y el amor que debe existir entre todos ellos. Los testigos Claudia López Salinas (fs. 63), Domingo Ávila Villanueva (fs. 65 vta.) y Luis Muñoz Rodríguez (fs. 66), presentados por los actores, corroboran el aserto precedente, sobre la amargura y tristeza experimentadas por la madre y abuela, no sólo por la lesión en sí, sino que, al decir de la testigo López, por las secuelas de un síndrome de estrés postraumático sufrido por la víctima, y que se ha concretado en un acentuado sentimiento de inseguridad de jugar y relacionarse con compañeros o amigos de su misma edad, colocándolo en situación de autoaislamiento, inseguridad que también ha alcanzado a su madre y a su abuela, por cuanto estas son las personas que le brindan la seguridad que él percibe directamente, y que ahora cuestiona inconscientemente, originándole pesadillas, llantos nocturnos, cambios bruscos de conducta, etc. Y que han significado además una constante tristeza y preocupación de las actoras, aspectos todos que son latamente expuestos por la psicóloga Claudia López Salinas, en su testimonio de fs. 63 y en el informe de evaluación psicológica agregado a fojas 19 y que reconoce en su declaración judicial;

4.- Que ante la existencia de este daño moral, el tribunal debe regularlo prudencialmente recurriendo a principios de justicia y equidad, y sobre esta base estima adecuado fijar el perjuicio moral del menor en la suma de diez millones de pesos, el de su madre en siete millones y el de su abuela en cinco millones;

5.- Que la existencia de la obligación de pagar la indemnización se constituye y declara en la sentencia de primer grado que ahora es confirmada, por manera que tanto el reajuste e intereses ordenados pagar deben calcularse desde la fecha del fallo recurrido. Por estas consideraciones, se confirma la sentencia de 31 de mayo de 2004, escrita de fojas 78 a 81 vta. y rectificada el 2 de julio de 2004 a fojas 89, con declaración que la indemnización que la demandada debe pagar a los actores, por concepto de daño moral, es la siguiente: a Brayan Adrián Poblete Domínguez la suma de diez millones de pesos, a Viviana Elizabeth Domínguez Salfate, siete millones de pesos y a Ana María Salfate Hermosilla, cinco millones

de pesos. Se confirma en lo demás apelado el referido fallo. Habiéndose alzado ambas partes en contra de la sentencia, no se condena en costas por los recursos. Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro señor Freddy Vásquez Zavala. Rol N° 2.203-2004

Pronunciada por los Ministros señores Freddy Vásquez T. y Carlos Zavala F. y el abogado integrante señor Ramón Domínguez A.

Tercer Juzgado Civil de Concepción (31.5.2004)

Dejo constancia que esta sentencia se dicta con esta fecha, por cuanto asumí el cargo de Juez el 6 de febrero último después de haber estado con licencia médica desde el 18 de marzo de 2003 y se encontraban con citación para oír sentencia 116 causas contenciosas.

VISTO:

Son partes en esta causa Rol 3351-03, como demandante doña Viviana Elizabeth Domínguez Salfate, labores de casa, por sí y en representación de su hijo menor de edad Brayan Adrián Poblete Domínguez, estudiante, y (de) Ana María Salfate Hermosilla, labores de casa, abuela del menor, todos domiciliados en Concepción, Comunidad Manuel Rodríguez, calle 2, casa 2 Barrio Norte, Concepción, y como demandada la Ilustre Municipalidad de Concepción, representada por su alcaldesa doña Jacqueline van Rysselbergue Herrera, ambos con domicilio en O'Higgins 525, edificio municipal, Concepción.

A fojas 3, rola demanda de indemnización de perjuicios, en juicio ordinario.

A fojas 9, la demandada contestó la demanda.

A fojas 14, la parte demandante replicó.

A fojas 17, se evacuó el trámite de dúplica.

A fojas 46 vta. se certificó que llamadas las partes a conciliación, sólo compareció el apoderado de la parte demandante.

A fojas 50 se recibió la causa a prueba, auto repuesto a fojas 52.

A fojas 1 y 2 y de fojas 19 a 42 la demandante acompañó documentos.

A fojas 63 la demandante rindió prueba testimonial. A fojas 72 la demandada obtuvo la confesional de la demandante. A fojas 77 se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

1°. Que a fojas 3, doña Viviana Elizabeth Domínguez Salfate, por sí y en representación de su hijo menor de edad Brayan Adrián Poblete Domínguez y (de) su madre doña Ana María Salfate Hermosilla, interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra de la I. Municipalidad de Concepción, representada por su

alcaldesa doña Jacqueline van Rysselbergue Herrera; solicitando que en definitiva se le condene al pago de \$ 20.000.000 a título de indemnización del daño moral a Brayan Adrián Poblete Domínguez; \$ 10.000.000 a Viviana Elizabeth Domínguez Salfate y \$ 10.000.000 a Ana María Salfate Hermosilla, reajustadas conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de ocurrido el hecho dañoso y la del pago efectivo, más intereses corrientes para operaciones reajustables por el mismo período o las sumas que el Tribunal determine conforme a derecho; que las sumas se paguen dentro de tercero día de notificada la sentencia, con costas.

Funda la demanda en que el día domingo 10 de noviembre de 2002, aproximadamente a las 17,00 horas, el menor, de cuatro años, Brayan Adrián Poblete Domínguez sufrió un accidente grave en el parque Las Tres Pascualas, al subirse a la rueda giratoria, cuando puso un pie sobre dicha rueda, la estructura de metal se le fue encima de la pierna izquierda, aplastándosela. Que las lesiones sufridas fueron diagnosticadas como fractura completa de tibia izquierda a nivel del tercio medio, con un tiempo de incapacidad entre 45 y 60 días. Que debido a ello no pudo asistir a clases por el resto del año, al Jardín Infantil Hermanos en Cristo, en el que estaba matriculado. Que como consecuencia inmediata y directa del aplastamiento el niño sufrió un grave e indiscutible daño moral, puesto que le provocó un enorme dolor físico que le quedó como secuela permanente en toda la pierna, sobre todo en los días fríos, al punto de impedirle hacer su vida normal como ir al jardín infantil; que también como secuela el menor desvía anormalmente su pierna fracturada hacia el interior; que también quedó con un daño psicológico consistente en que tiene temor de jugar, correr y del normal contacto físico con otros niños de su edad, lo que antes realizaba con normalidad. Que todo lo sufrido por el menor le ha causado también a su madre y a su abuela un estado de aflicción y angustia. Que la demandada tiene responsabilidad por falta de servicio y debe reparar los daños causados, conforme lo disponen los artículos 6, 7 inciso 1° y 38 de la Constitución Política de la República; 5 y 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

2°. Que a fojas 9, la demandada solicitó el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas, por cuanto los juegos infantiles del Parque Las Tres Pascualas se encontraban en perfecto estado en la fecha del accidente y que la rueda giratoria en la que supuestamente se habría lesionado el menor, no está habilitada para que niños tan pequeños como el afectado jugara en ella sin la asistencia directa de la persona a cuyo cuidado se encontraba. Que la conducta de la madre del menor fue descuidada y negligente al permitir que subiera a una estructura que no está diseñada para menores de tan corta edad, exponiéndolo imprudentemente al riesgo, a un perjuicio. Que tampoco ha existido falta de servicio por parte de la Municipalidad y que de ser efectivo lo afirmado en la demanda, en cuanto a la forma en que ocurrió el accidente, se estaría frente a un caso claro y típico de caso fortuito, imposible de prevenir y que no le es imputable. Que también controvirtió los montos que se cobran por daño moral, los cuales, agrega, no están especificados para cada uno de los demandantes.

3°. Que a fojas 14, la demandante, replicando, solicitó tener presente que la demandada ha distorsionado los hechos y ha intentado eludir su responsabilidad.

Que no fue el niño el que cayó de la rueda, sino que fue la rueda la que le cayó encima al niño y el municipio tiene la obligación de mantener en buen estado los juegos infantiles de las plazas públicas que están diseñados para niños sin indicar su edad.

4°. Que a fojas 17, evacuando el trámite de la dúplica, la demandada reiteró la solicitud de rechazar la demanda, dando por reproducidos todos los fundamentos expuestos en la contestación.

5°. Que en orden a acreditar los hechos en que fundan la demanda los actores acompañaron los certificados de nacimiento de fojas 1 y 2, instrumentos públicos, no objetados, que permiten tener por acreditado en autos que el menor Brayan Adrián Poblete Domínguez es hijo de doña Viviana Elizabeth Domínguez Salfate y ésta es hija de doña Ana María Salfate Hermosilla.

Acompañaron, además, fotocopias autorizadas del expediente Rol N° 51.639 del Segundo Juzgado del Crimen de Concepción que contiene la denuncia y posterior investigación, de las lesiones graves sufridas por Brayan Poblete Domínguez en los juegos infantiles de entretenimiento ubicados en calle Paicaví frente al ingreso de la Universidad del Desarrollo, cuando fue aplastado por una rueda que se encontraba suelta en su base; un informe de evaluación psicológica de Brayan Adrián Poblete Domínguez, agregado a fojas 19, emitido por la psicóloga Claudia López Salinas quien lo reconoció como suyo cuando declaró como testigo; en este informe en su síntesis diagnóstica la psicóloga concluye que Brayan presenta un estrés postraumático producto del accidente sufrido al estar jugando, muestra profundos sentimientos de pérdida e inseguridad emocional que le han ocasionado trastornos en su desarrollo afectivo junto al desarrollo de una alta dependencia hacia su madre y persona que le brinden seguridad. Que por lo anterior se hace necesario que tanto el menor como su madre y abuela reciban el tratamiento psicológico que les permita reanudar una vida en forma normal, sin miedos, temores e inseguridades.

A fojas 33 y 34 acompañaron dos radiografías sin indicación alguna de a quién pertenecen; a fojas 35, 36 y 37, tres hojas de Admisión Recaudación emanadas del Hospital Guillermo Grant Benavente, a nombre del menor, para que se presente a control el 26 de noviembre de 2002, el 17 de diciembre de 2002 y el 9 de enero de 2003; a fojas 38, una solicitud de examen radiológico o ecográfico de la pierna fracturada, de fecha 9 de enero de 2003 y a fojas 39 a 42, 11 fotografías de los Juegos Infantiles del sector Las Tres Pascualas, certificadas por el Notario Juan Espinosa Bancalari el 2 de mayo de 2003, que muestran que allí se realizan trabajos porque hay montones de tierra y de piedras; y cintas para cortar el paso.

6°. Que también la demandante rindió prueba testimonial consistente en las declaraciones de Claudia Andrea López Salinas, Domingo Antonio Ávila Villanueva y Luis Mario Muñoz Rodríguez, quienes expresaron, la primera, que como psicóloga atendió a Brayan, por lo que conoció también a su madre y a su abuela; que el niño fue llevado a su consulta entre julio y agosto de 2003, para una evaluación por los bruscos cambios de temperamento y comportamiento de éste tanto en la casa como en el jardín; que posterior a la evaluación, diagnosticó al menor, a su madre y a su abuela un estrés postraumático, que en el

ámbito emocional el menor ha presentado pesadillas, llantos nocturnos, cambios bruscos de conducta aparentemente sin razón, es un niño que al verlo se ve triste y muy dependiente. Que también se produjo una alteración en la estructura familiar porque la abuela culpó a la madre del menor y por su parte la madre se sintió culpable por haberlo llevado a los juegos, todo lo cual desarrolló en ellas un afán de sobreprotección con miedos y angustias respecto del niño. Los dos restantes dijeron que el día de los hechos se encontraban en el parque porque habían ido a jugar fútbol y cuando ocurrió el accidente se acercaron para prestar ayuda; que una rueda le había caído encima a un niño, la que tuvieron que levantar para sacarlo, y que éste presentaba una lesión en su pierna, la que le sangraba. Ambos agregaron que dicha rueda hacía tiempo que sonaba al girar, lo que demostraba que faltaba mantención, lo que les consta porque todos los fines de semana juegan a la pelota allí. Que al momento del accidente, la madre quedó choqueada y que posteriormente han observado que tanto el niño como la madre y la abuela se ven tristes y amargados.

7°. Que, con las pruebas rendidas en autos, apreciadas en forma legal, ha resultado acreditado en autos que el menor de cuatro años Brayan Adrián Poblete Domínguez, el domingo 10 de noviembre de 2002 concurrió con su madre a una plaza de juegos infantiles ubicada en la calle Paicaví frente al ingreso de la Universidad del Desarrollo, en dicho lugar el menor fue a jugar a una rueda giratoria y al intentar hacerlo, la rueda se salió de su base aplastándole su pierna izquierda, causándole lesiones graves consistentes en fractura de tibia izquierda.

8°. Que el artículo 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio y el artículo 1° de la misma Ley dispone que las Municipalidades, entre otros, constituyen uno de los órganos de la Administración del Estado.

Por su parte el artículo 141 de la Ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades dispone que éstas incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio; el artículo 5 de la referida ley, por su parte, encarga a las Municipalidades la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público, entre los cuales se encuentran las plazas de juegos públicos.

9°. Que, con los hechos establecidos en el fundamento 7° ha resultado acreditado en autos que hubo falta de servicio de la Municipalidad, por cuanto no se preocupó de mantener los juegos infantiles en buen estado, causando con su omisión los daños descritos.

No puede aceptarse la alegación de la demandada del caso fortuito en los términos del artículo 45 del Código Civil, por cuanto es absolutamente previsible que si no se hace una mantención adecuada a una rueda giratoria, ésta pueda soltarse de su base como ocurrió.

No ha resultado acreditado en autos la alegación de la demandada en cuanto a que la conducta de la madre fue descuidada y negligente, ninguna prueba rindió para ello y su alegación de que los juegos no están habilitados para niños de la edad de Brayan, no se encuentra respaldada por prueba alguna en el proceso.

10°. Que la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha establecido que “Para que surja el derecho de cualquier persona para reclamar ante los Tribunales de Justicia, y para que nazca para el Estado la obligación correlativa de resarcir o indemnizar el daño, se requiere al menos la concurrencia de los siguientes requisitos: que la persona titular del derecho a reclamo haya sufrido un daño o lesión de alguno de sus derechos; que la lesión al derecho particular del reclamante se haya producido por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades; y que los órganos de la Administración hayan actuado en el ejercicio de sus funciones”.

Asimismo, ha establecido también que “para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada, es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido” (Sentencias de la Excm. Corte Suprema, publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 81, sección segunda, páginas 11 y 16).

11°. Que con el mérito de los hechos acreditados en la causa y lo expuesto por los testigos presentados por la demandante, cuyas declaraciones no han sido desvirtuadas por prueba en contrario, resulta plenamente acreditado en autos que los demandantes han sufrido un daño moral con motivo de las lesiones de Brayan.

En efecto, el menor ha sufrido dolor, miedo, e inseguridad, su madre y abuela han sufrido también angustia y aflicción con motivo de las lesiones de su hijo y nieto, elementos todos que constituyen el daño moral por ellos reclamados.

12°. Que ninguna duda cabe que entre las lesiones del menor y la omisión de la demandada existe una relación de causa a efecto, puesto que si la Municipalidad hubiera sido diligente efectuando una revisión y mantención de los juegos, el accidente no se habría producido.

13°. Que consiguientemente se han reunido en autos todos los requisitos legales para que la acción deducida en autos prospere, discrepando sí la sentenciadora en cuanto al monto solicitado.

14°. Que los Tribunales está facultados para apreciar discrecionalmente el daño moral sufrido por las víctimas y se debe tener presente que tal indemnización no tiene el carácter de reparatoria ya que el pago de una indemnización no borra el daño, solamente cumple una finalidad “satisfactoria”.

En este contexto se estima excesivo el monto solicitado por los demandantes y se fija prudencialmente en \$ 7.000.000 para el menor Brayan Adrián Poblete Domínguez; \$ 5.000.000 para su madre Viviana Elizabeth Domínguez Salfate y \$ 3.000.000 para su abuela Ana María Salfate Hermosilla.

15° Que, para los efectos procesales que corresponda debe dejarse establecido que la absolución de posiciones de la actora doña Viviana Elizabeth Domínguez Salfate, de fojas 72, no altera lo concluido.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y de conformidad, además, a lo dispuesto en los artículos 1698 y 1700 del Código Civil; 144, 160, 170, 341, 342, 346 N° 1 y 384 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que ha lugar, con costas, a la demanda deducida a fojas 3 y se condena a la I. Municipalidad de Concepción a pagar por concepto de daño moral a Brayan Adrián Poblete Domínguez la cantidad de \$ 7.000.000; a Viviana Elizabeth Domínguez Salfate la suma de \$ 5.000.000 y a Ana María Salfate Hermosilla \$ 3.000.000; todas estas cantidades se reajustarán conforme a la variación que tenga el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la del pago efectivo de las sumas indicadas y devengarán intereses corrientes bancarios para operaciones reajustables, entre las mismas fechas.

Regístrese, notifíquese y archívese.
Rol 3351-03.

Dictada por doña Patricia Mackay Foigelman, Juez Titular de este Tercer Juzgado Civil. Autoriza don Marcos Toloza Molinet, Secretario Subrogante.

COMENTARIO

No hace mucho y nos tocaba publicar y comentar en este mismo *Ius Publicum* un caso trágico, de la muerte de un niño que con otros jugaba en una plaza de Talcahuano y le cayó encima el mástil para izar la bandera que allí existía, produciéndole un grave traumatismo encefalocraneano, falleciendo a los pocos días; *Ajá García con Municipalidad de Talcahuano* (en *Ius Publicum* 4/2000, 159-167).

Ahora *Domínguez Salfate y otros con Municipalidad de Concepción* nos presenta el accidente sufrido por un niño de apenas cuatro años en el parque “Las Tres Pascualas” de dicha ciudad, el cual al intentar subir a una rueda giratoria ésta se salió de su eje aplastándole la pierna izquierda y fracturándole su tibia, esto es, produciéndole lesiones graves.

En la sentencia de la Corte referida (quedada firme y ejecutoriada ya que la casación de forma y fondo deducida por la Municipalidad fue declarada desistida al no dejarse dinero para las compulsas), hay varios aspectos que nos parece de interés recalcar.

1. Ya en su considerando 1° el fallo sin un conocimiento verdaderamente riguroso del tema señala que ha habido debate doctrinario y diferencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad del Estado por la actividad de sus órganos administrativos, para lo cual indica que algunos autores y fallos la entienden “objetiva”, mientras que para otros si bien no plenamente subjetiva al menos “especial”, pero que sean *unos u otros* exigirían la existencia de una “falta de servicio”, que debería acreditar quien la invoca, esto es, la víctima.

Digo “sin conocimiento verdaderamente riguroso” porque tal afirmación no se compadece con la realidad jurisprudencial existente a la fecha de dicha sentencia, ni de ahora.

En efecto, si bien en el caso de detenidos desaparecidos y aparecidos sus restos años después, como *Domić Bezić* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 99/2002, 2.5, 126-152) se afirma que el régimen de la Responsabilidad del Estado-Administración estaría basado en la llamada “falta de servicio”, ello es

una afirmación enteramente falsa, como lo hemos mostrado en comentario hecho a esa sentencia, y demostrado en estudio publicado en este mismo volumen¹, como, asimismo, en los comentarios que hemos publicado a *Torres Velásquez* (Ius Publicum 12/2004, 252-264, y a *Parada Toloza* (idem 16/2006, 255-267).

El régimen de la “falta de servicio” que suele invocarse en algunos fallos referidos a los Servicios de Salud y que emana del art. 44 de la Ley 18.575, no es aplicable sino a órganos fiscales (y no todos) y a las “instituciones” (organismos personificados; administración descentralizada) que no sean ni municipalidades ni empresas del Estado, ni gobiernos regionales, ya que éstos están expresamente excluidos de la aplicación de las normas del título II de esa Ley 18.575, según expresa disposición de su art. 18, y, por tanto, no es el régimen de la “falta de servicio” el régimen general, puesto que no se aplica a buena parte de la Administración del Estado².

En verdad, a pesar de que la Constitución plantea un régimen general y unitario (según lo hemos estudiado ya desde 1977 bajo la Constitución de 1925, y luego con la de 1980³), la jurisprudencia ha asumido variadas explicaciones para fundamentar la responsabilidad del Estado-Administración, y en este aspecto pudiera afirmarse que según sea la actividad administrativa que daña o lesiona a una víctima, distinta es la justificación que encuentra para que sea indemnizada por la Administración.

(a) Así, si se trata de daños producidos por la actividad de la policía, sea uniformada (Carabineros/fisco) o bien civil (Policía de Investigaciones/fisco) o de Fuerzas Armadas (en conscripción/servicio militar/fisco), no tiene aplicación el pretendido régimen general de la falta de servicio, sino se plantea que la Administración responde en tales casos por los daños cometidos en esa actividad sobre la base del “riesgo” que ellas producen o crean (vid. v.gr. *Santibáñez Viani*, en Ius Publicum 14/2005, 225-234; también *Caro Silva con Fisco*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 102/2005, 2.5, en presas, y en Gaceta Jurídica N° 304/2005, 70-83).

(b) Respecto de los daños producidos por los Servicios de Salud, la jurisprudencia ha sido muy variada a través de los últimos 25 años, si se considera el tiempo que va desde *Ortega Weason* (1981) hasta el reciente caso de las cinco guaguas envenenadas con potasio (*Parada Toloza y otros*, en Ius Publicum 16/2006, 241-255) y en donde desde *Hernández Espinoza* (mamoplastía reductiva bilateral, en Gaceta Jurídica 274/2003, 59-75) se ha seguido el criterio de la “falta de servicio”/Ley 18.575 pero con vaivenes desde un carácter objetivo (v.gr. *Torres Velásquez* cit.), y subjetivo pero con contradicciones de fondo (v.gr. *Parada Toloza* cit.), y con fundamentación constitucional (arts. 38 inc. 2°, y 6° y 7°, inc. 3°), lo que difícilmente

¹*Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada “falta de servicio”)* en esta misma revista, sección Estudios, 85-96.

²Para mayores detalles de ello véase nuestro *Del derecho como arte...*, con abundante referencia jurisprudencial.

³Vid. nuestros trabajos de Revista de Derecho Público N° 21/22 (1977) 149-156; 27/1980, 133-171 y en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 87-96. Hemos explicado el porqué en Chile es *objetiva* la responsabilidad del Estado, y cómo no puede ser sino *objetiva*, en nuestro *Derecho Administrativo* (Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1996), t. II, 303-311.

puede concordarse con la idea de “falta de servicio” de tipo subjetivo (que es una mera aplicación, pero sin decirlo, de la regla civilista del art. 2329).

(c) Ya tratándose de la responsabilidad de las Municipalidades –que es el caso de *Domínguez Salfate*– tampoco su régimen es la “falta de servicio”, ya que éste es uno de los que pueden concurrir a su respecto, desde que su propia ley, 18.695, orgánica constitucional (art. 141), habla que ellas responden “principalmente” por falta de servicio. Si habla de “principalmente” es porque hay otras causales que exigen su responsabilidad y, por ende, existen otros regímenes junto a ese⁴.

Ha de hacerse también presente que dicho art. 141 describe lo que ha de entenderse por “falta de servicio”, y de su descripción resulta que se trata de una “omisión” de actuar, debiendo por la ley hacerlo, ya que ésta se lo exige como propio de su función. Vale decir, que aquí –y así lo ha entendido la jurisprudencia, bien abundante al respecto⁵– hay una “omisión ilícita”, por ilegal, al no cumplir el mandato que la ley les ha impuesto como gerentes del bien común vecinal.

2. Otra afirmación –que aparece igualmente en el mencionado considerando 1º – nos revela cierta tendencia no sólo peligrosa sino que ha mostrado su perversidad en la práctica⁶ como es que la víctima ha de probar el mal funcionamiento del servicio, o sea la “falta” de éste al cometer el daño, es decir la “culpa” al modo

⁴Dice muy bien “principalmente” dicho precepto legal ya que esa “falta de servicio”, entendida como “omisión” de actuar, sea que no se actúe debiendo actuarse, se actúe tardíamente (que es no actuar en el momento exigido por la ley), o se actúe deficientemente (que es no actuar en la forma debida), se presenta, en especial y muy a menudo, atendida la no poca cantidad de casos que depara la práctica judicial, respecto a la ausencia de mantención de bienes nacionales de uso público cuya administración le ha sido encargada a las Municipalidades de cada comuna, tales como veredas, calles, plazas, juegos infantiles, o bienes municipales v.gr. estadios. O en la ausencia/omisión de fiscalización que debe ejercer respecto de sus concesionarios de servicio público municipal, cuando éstos producen daños a sus usuarios en el ejercicio de la concesión (v.gr. de aseo, de recolección de residuos sólidos domiciliarios, de parquímetros, de estacionamientos subterráneos, de baños públicos, o de mantención de áreas verdes). En tales casos es precisamente la “falta de servicio/omisión” el régimen aplicable en concordancia con la Constitución (art. 38 inc. 2º: “Cualquier persona que sea lesionada...por las Municipalidades...”). Pero ello no resulta aplicable cuando el daño producido por una Municipalidad se debe a un acto administrativo ilegal/nulo (vid. v.gr. *Silva Barreto*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 163-166) como podría ser la invalidación ilegal de un permiso de construir, o la resolución denegatoria de aprobar un permiso de construir existiendo ya todos los actos procedimentales anteriores válidamente emitidos por un Director de Obras Municipales. En tales situaciones no hay propiamente “falta de servicio” sino, por ejemplo, un vicio propio de *incompetencia* de su autor, en cualquiera de las variedades que él se presenta en Chile.

⁵Vid. v.gr. *Tirado con Municipalidad de La Reina*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, 2.5, 35-44 (comentario nuestro en Primera Parte, Sección Derecho, 39-48); *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia*, t. 90/1993, 2.5, 226-234; *Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes*, t. 96/1999, 2.5, 94-102; *Ajá García*, en *Ius Publicum* 4/2000, 159-167 y Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 96 cit. 2.5, 59-67; *contra Arredondo González*, en *Ius Publicum* 6/2001, 187-210 (con comentario nuestro); *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 132-140; *Rivera Araneda con Municipalidad de La Unión*, t. 98/2001, 2.5, 87-93; *Troncoso Urrea con Municipalidad de Coronel*, t. 99/2002, 2.5, 77-91, *Palma González con Municipalidad de Concepción*, idem 104-113, etc.

⁶Vid. comentarios a *Torres Velásquez* cit. y espec. *Parada Toloza* cit.

civilista (art. 2329); afirmación que no es sino entender el arbitrio de la “falta de servicio”, no como omisión, ausencia, carencia de actuación, sino como “culpa del servicio”, a la francesa (*faute du service*), lo que repugna brutalmente con el régimen que la Constitución ha establecido en su art. 38 inc. 2º, el cual está basado en la víctima del daño y no en el autor de él; no se olvide que el texto es bien claro, a pesar de intereses estatistas tendenciosos: “Cualquier persona que sea lesionada.....” o sea está fundamentada en la *lesión*, que es lo que sufre la víctima, víctima que no estaba jurídicamente obligada a soportar el daño cometido por el organismo estatal de que se trate⁷.

Pero lo que aparece enteramente incoherente es afirmar que la víctima ha de probar la ausencia o el mal funcionamiento del servicio (municipal en este caso) y al mismo tiempo que la responsabilidad del municipio es objetiva (consid. 1º), ya que si es objetiva –como lo pusiera de relieve tan certeramente la Corte Suprema en *Tirado con Municipalidad de La Reina* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, 2.5, 35-44, consid. 4º)– ello significa que se atiende única y exclusivamente a la “causalidad material”, esto es, se ha de probar la relación causal entre hecho dañoso (producido por la municipalidad) y daño sufrido por la víctima (no obligada jurídicamente a soportarlo) y nada más, desde que sólo las “cargas públicas” (en cuanto así las califica el legislador) han de ser soportadas por las víctimas sin ser indemnizadas, siempre –claro está– que sean igualitarias (art. 19 N° 20 de la Constitución) y no contrarias a la igualdad ante y en la ley.

Si la responsabilidad del Estado es “objetiva” no puede pretenderse aplicar criterios que significan transformarla en subjetiva como es la exigencia de *probar la culpa del hechor*, porque entonces es ir en contra el principio de no contradicción, ya que algo no puede ser y no ser. Si es objetiva no cabe aplicar el código civil cuya responsabilidad se plantea sobre dolo o culpa del hechor, dado que se trata de personas privadas, naturales (y por analogía impropia aplicable a las jurídicas); pero ello no cabe intrínsecamente aplicarla al Estado y a personas jurídicas estatales ya que éstas carecen de voluntad/libre arbitrio (al modo de las naturales), y, por ende, de sustrato psicológico imputable de dolo o culpa. De allí que, *per se*, es contrario a la razón (arbitrario) y a la justicia pretender “subjetivizar” esa “objetividad” intrínseca de la responsabilidad del Estado, transformando –contra toda lógica y equidad– la “falta de servicio”/omisión, objetiva por tanto, en “falta del servicio”/culpa, que la víctima ha de probar. Si se pretende esto último no se hable de responsabilidad objetiva, ni siquiera especial, porque no es ni esa ni ésta, sino de responsabilidad subjetiva y, en consecuencia, con aplicación del código civil, y no de la Constitución, ni de la Ley 18.575, ni 18.695. Y entonces, sería muy precisa la terminología de “responsabilidad civil del Estado”, y se volvería a la doble personalidad del Estado, de comienzos del siglo XX en Chile y mediados del siglo XIX francés y Jellinek 50 años después en el ambiente germánico.

⁷Hemos expuesto las bases filosóficas e históricas de ello en nuestra *La responsabilidad pública*, en Revista de Derecho Público 27/1980, 133-171, e insistido en ello ya en 1984 con nuestro *Bases....*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984 cit., y últimamente con abundante desarrollo en comentario a *Torres Velásquez* cit. y *Parada Toloza* cit.; vid. los dos primeramente indicados en nuestro *Derecho Administrativo* cit., tomo II, 244-280 y 292-307, respectivamente.

Si tal sucediese, la involución sería gigantesca y, además, vergonzosa, por la ignorancia de lo que es Derecho en su régimen republicano y no de monarquía, sea absoluta o pretendidamente constitucional.

3. Otro punto de interés que merece señalarse es la incoherencia entre lo afirmado en ese consid. 1º, responsabilidad objetiva pero en que se impondría la carga de la prueba a la víctima, y lo que afirma su consid. 2º en cuanto a que el mal funcionamiento del servicio municipal, en este caso *Domínguez Salfate*, queda acreditado por la sola circunstancia de haber caído la rueda giratoria dañando al menor. Si la “falta de servicio” que ha producido el daño queda acreditada por el solo hecho de haberse caído la rueda encima del niño –sin existir causa exterior– ya que de haber habido una buena o adecuada mantención de ella no habríase originado ese daño, *significa que la víctima no tiene que probar “falta de servicio”, sino simplemente la “causalidad material”, o sea el daño producido por la caída de esa rueda, tal como dice ese consid. 2º, lo que significa precisamente que se trata de una responsabilidad objetiva, sin que la víctima tenga que probar mal funcionamiento, ni culpa o negligencia en la omisión municipal.*

Ello es muy importante entenderlo bien puesto que exigir esa prueba a la víctima, alterando el *onus probandi* es malévolos –como decíamos antes– ya que quien debe probar es la Administración su debida diligencia y eficiencia en el actuar, y que para exonerarse de su obligación constitucional de indemnizar debe probar que hubo fuerza mayor o caso fortuito, o simplemente que no existe la relación causal porque el daño proviene de otro autor y no de ella. Nunca debe olvidarse que la Administración del Estado *existe para* satisfacer necesidades públicas “con pleno respeto de los derechos de las personas” (art. 1º inc. 4º de la Constitución) y un daño producido por ella en una víctima no obligada jurídicamente a soportarlo, *significa, como lesión* que es, una privación ilícita inconstitucional de lo suyo (art. 19 Nº 24 inc. 3º), que debe ser restituida, compensada, indemnizada, a fin de restituir el desequilibrio producido en “lo suyo” de la víctima, siendo esa indemnización “lo debido” a ella, esto es “lo justo”, “su” derecho.

4. En otro aspecto, no es del todo exacta la afirmación que hace el fallo en su consid. 1º en cuanto a que el nexo causal entre daño y autor se rompería con “la culpa exclusiva de la víctima”. Si se toma la afirmación en su literalidad pura/“culpa exclusiva de la víctima” nos da la impresión que el fallo se sitúa en una perspectiva típicamente civilista ya que la culpa de la víctima exoneraría al pretendido hechor, dado que el daño sería producto del propio comportamiento de la víctima. Pero aquí se trata de una Municipalidad hechor a quien se le imputa el producir el daño: en tal caso ella habrá de desvirtuar esa autoría señalando probadamente que aquel no proviene de ella, sea porque no hay actuación propiamente suya en que hubiera debido actuar, es decir, no hay una omisión ilícita suya, sea porque actuó diligentemente obrando como debía actuar conforme a la ley.

Y digo esto porque la pretendida culpa de la víctima *no exonera* a la Municipalidad de su obligación de indemnizar, como lo ha repetido varias veces la jurisprudencia en la materia de omisiones de la autoridad edilicia, como parecería entenderse de la pretendida afirmación de principio que hace el fallo en este consid. 1º.

En efecto, si se revisan *Ilñiguez*, *Troncoso* o *Cortés*, por nombrar algunos casos fallados⁸ en un arco de más de una década, se advierte claramente que, como *principio* establecido por la jurisprudencia, se encuentra aquel en cuya virtud la exposición de la víctima al daño, o su actuar no debidamente diligente, o descuidado (no se habla de “culpa” de la víctima) *no exonera* de responsabilidad a la Municipalidad por cuya omisión/“falta de servicio” se ha producido el daño; a lo más –como *Cortés*– dicho comportamiento puede servir para reducir o rebajar el monto de la indemnización a que sea condenada la corporación edilicia demandada. Y ello porque en derecho público chileno, sobre la base del principio de juridicidad (arts. 6º y 7º de la Constitución), no procede una pretendida “compensación”, tipo civil, por cuanto el daño producido por un órgano del Estado (aquí administrativo) a una víctima no obligada jurídicamente a soportarlo, *origina ipso iure, por el solo ministerio de la Constitución*, la responsabilidad consecuencial del organismo estatal autor del daño. Tal es el contenido mismo, formalmente claro y explícito de los incisos terceros de los artículos 6º y 7º referidos (“La infracción a esta norma”/“La contravención a este artículo”, respectivamente)⁹.

5. Por último, nos parece jurídicamente improcedente la exigencia de tener que probar la víctima la existencia del “daño moral” que sufre, como dice el fallo, en terminología civilista y que ya *Tirado con Municipalidad de La Reina* cit. precisaba muy técnicamente como “alteración en las condiciones normales de vida”, que es mucho más propio que la pura aflicción o dolor psicológico, pena o sufrimiento¹⁰.

No puede escapar –ni siquiera a quien carezca de mucha imaginación– que la prueba de haber sufrido daño moral la víctima y sus cercanos (padres, esposo, esposa, hermanos, hijos, etc.) ha de pasar principalmente por la testimonial y puede

⁸*Ilñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes*, en Gaceta Jurídica 169/1994, 62-64; *Troncoso Urrea* ya citado en nota 5 precedente, y *Cortés León con Municipalidad de Rancagua*, Corte de Apelaciones de Rancagua, 10.3.2004, rol 20.603/redacción ministra J. Rencoret Méndez; Corte Suprema (3ª sala) 13.5.2004, rol 1433-04, declara desierta casación de fondo deducida; en este caso, sin embargo, aplicándose por la Corte el art. 2330 del Código Civil, reduce la indemnización fijada por el tribunal de primera instancia (vid. su consid. 3º). Se condena a la Municipalidad, es cierto, no en virtud de la Ley 18.695, sino de la Ley 18.290, del tránsito, arts. 174 y 195 (que plantean una *omisión*/mal estado de vías públicas, ausencia de la debida mantención).

⁹Incluso en daños producidos por actuación de la policía, v.gr. Carabineros, la posible exposición imprudente de la víctima tampoco exonera de responsabilidad al fisco, como da cuenta *Santibáñez Viani* cit., en que la víctima (muchacha joven de 19 años) participa en una manifestación en contra del gobierno (1987), estando embarazada (si bien no perdió la guagua), y siendo pianista (lo que implica el deber de cuidar sus manos y evitar conductas de violencia que la pudieran imposibilitar en el desarrollo de su carrera artística).

¹⁰Piénsese en los casos en que la víctima queda inválida, o parapléjica o tetrapléjica, o sorda, o ciega, o los familiares quedan sin padre, madre, o los padres pierden un hijo, o sus guaguas, casos todos de procesos judiciales de responsabilidad del Estado, en que las vidas de las víctimas y de quienes las deben cuidar se alteran completamente y la aflicción resulta permanente, de por vida, aflicción que es mucho más que una pena o dolor o sufrimiento, ya que las condiciones mismas de la vida se ven perturbadas, alteradas y menoscabadas por una actuación u omisión contraria a Derecho de un organismo del Estado, afectando a una víctima inocente y a sus familiares.

que también por informes de psicólogos o médicos tratantes, lo que conlleva a un formalismo procedimental tan frío que denota un desconocimiento de la naturaleza humana y una desconfianza de los sentimientos de las personas.

Mucho más sabias y justas aparecen las consideraciones que hace cerca de 70 años la Corte Suprema hacía en *Aqueveque con Fisco* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 42/1945, 2.1, 392-399), cuando afirmaba que el daño moral “no necesita ser especialmente probado, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia” (consid. 2º de la sentencia de reemplazo en la casación de fondo acogida/8.11.1944, redacción ministro don Roberto Perigallo), y que recientemente –en un fallo admirable en este aspecto– expresaba *Torres Velásquez* cit. considerando 16º: “su demostración no requiere más que un simple razonamiento lógico a partir de lo que para la naturaleza humana constituye lo normal, ordinario o común”¹¹.

Estos resabios civilistas –que pudieran tener allí alguna justificación, aunque personalmente me parecen una ofensa a toda persona humana– son atentatorios a algo tan intrínseco al ser humano, como es el dolor y el sufrimiento que, obviamente, se experimenta ante una tal desgracia como la muerte de un padre, madre, esposo, esposa, hijos, o verlos incapacitados para siempre o casi en estado vegetal; exigirse que se pruebe ello ante el tribunal aparece no sé si farisaico, sádico o malévolo, pero sí de una insensibilidad rayana en la más brutal indiferencia ante la desgracia ajena, no sólo inaceptable de un juez, que no deja de ser un ser humano por ser juez, sino inaceptable en todo ser humano bien plantado y que merezca ser tratado como tal. De allí que tengo la impresión muy firme de que en tales condiciones la exigencia de tal prueba en la víctima es en puridad una palmaria *ignominia*, que añade más sufrimiento aún a la víctima y a quien familiares suyos le atienden¹².

En todo caso, en *Domínguez Salfate* se ha acogido la pretensión indemnizatoria y se ha condenado a la Municipalidad demandada al pago de prudentes cantidades de dinero a fin de compensar no sólo el dolor, aflicción y sufrimientos padecidos por la víctima, niño de 4 años, sino también el de su madre y abuela que lo cuidaran, todos quienes han visto alteradas sus condiciones normales de vida por una omisión del Municipio referido en la debida mantención de los juegos infantiles de un parque, bien nacional de uso público puesto a su cuidado para su adecuada administración y debida mantención.

¹¹Redacción Ministra Silvia Onetto Peirano; vid. mi comentario sobre este punto en *Ius Publicum* 12/2004, 259.

¹²Esta inhumana barbaridad la he visto ya en la sentencia de la Corte Suprema recaída en la casación deducida por el Servicio de Salud de Concepción en *Hernández Espinoza* (30.4.2003) cit. (consid. 13º que niega que la responsabilidad del Estado sea objetiva, como lo han sostenido otros fallos de la misma Corte Suprema, y consid. 14º que exige la prueba de la “falta de servicio” y que ésta fue la causa del daño). Ya antes (8.5.2002) la misma Corte Suprema sostenía igual planteamiento en *Figuroa Gallardo y otros con Fisco* (rol 3.427-01).

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Wilfred Nippel. *Public Order in Ancient Rome*. Cambridge University Press. 2003 (ix + 163 pp.).

El profesor Nippel, historiador de la *Humboldt-Universität* de Berlín, se concentra en el período republicano para rechazar la moderna noción de que la policía constituye un elemento “natural” e indispensable para el adecuado funcionamiento de la comunidad política (p. ix). Así, su estudio pretende demostrar que sólo en los Estados modernos las agencias de policía representan la vía por la que el poder público se arroga “el monopolio de la legítima violencia física” respecto del orden interno (p. 1). De hecho, esta carencia en la experiencia política romana se ha mencionado como una de las debilidades estructurales que condujo a la decadencia de la Constitución Política Republicana; pero, sin embargo, es notable que al momento de implantación del Principado, con Augusto, tampoco se haya introducido un órgano semejante (p. 3). Por ello, la tesis del a. dice relación con que es posible “considerar que ‘las funciones relativas a las regulaciones internas para el orden y el bienestar de la sociedad civil’ pueden cumplirse sin el empleo de ningún aparato gubernamental substancial” (p. 2).

En el primer Capítulo (pp. 4-46), el a. pone de manifiesto la dualidad religiosa, política, militar y jurídica que suponía el límite sagrado (*pomerium*) de la Ciudad. El límite de la ciudad suponía que el espacio urbano constituía una “esfera pacificada de la cual el poder militar estaba excluido” (p. 4).

En el inicio de la obra se entrega un panorama general de los alcances de la *coercitio* –potestad sancionadora que competía a los magistrados en razón de su *imperium*–, en virtud de la cual se perseguían y sancionaban los *crimina* (pp. 5-12), y de los *auxiliares* de la administración pública: *apparitores*, tales como escribas, lictores, etc., organizados en corporaciones llamadas *decuriae* (pp. 12-16). Posteriormente, el a. se concentra en las funciones de los *aediles curules* y otros magistrados menores (pp. 16-39).

Según el a., el sentido aristocrático de la sociedad romana supuso un bajo número de magistraturas sin ninguna jerarquía ni distribución clara de responsabilidades; lo que conducía a una cierta superposición de funciones entre los ediles curules, por un lado, y los censores, pretores, cuestores y magistrados menores, por el otro (pp. 16 y 17).

De los ediles curules critica su gran cantidad de funciones (provisión de grano, juegos públicos y orden de la ciudad, o *cura urbis*: limpieza, mantenimiento y reparación de calles, lugares públicos y templos; supervisión de mercados, baños públicos, comedores, tabernas y burdeles), lo cual haría imposible en la práctica que todas ellas fueran correctamente cumplidas (p. 17).

Por supuesto, el a. no cae en el error de menospreciar la relevancia de su papel en la vida cotidiana. Baste señalar que los ediles, hasta el 22 a.C. (momento en que la competencia se transfiere a los pretores), no sólo debían velar por el buen comportamiento de los actores (utilizando incluso la violencia física) y la audiencia en los espectáculos públicos.; también tuvieron gran relevancia los acuerdos a que llegaban con los directores de las compañías teatrales, pues su cuidado “preventivo” del orden público implicaba evitar textos que pudieran

“incendiar” la audiencia. En efecto, los ataques directos a un individuo estaban prohibidos. Si esto ocurría, el aludido tenía una *actio iniuriarum*, que solicitaba frente al pretor. Y, asimismo, tanto la compañía como los actores podían ser sancionados con multas pecuniarias, privación de sueldos y prohibición de volver a actuar, por los ediles (pp. 21 y 22).

Pero se debe subrayar que todo esto se lograba sin que los ediles tuvieran *imperium* (poder político propio de los magistrados mayores). Por tanto, no podían arrestar a los ciudadanos ni gozar de inmunidad judicial durante el período de ejercicio de su cargo, ni tampoco contaban con un poder similar al del pretor en los tribunales a su cargo (referidos a las controversias producidas con ocasión de la venta de esclavos y ganado en los mercados) (p. 17). Es más, cuando el año 213 a.C., por orden del Senado, los ediles curules junto con los *tresviri capitales* actuaron para erradicar los cultos religiosos extranjeros del Foro, su intervención fue tan insuficiente e insatisfactoria que precisamente el pretor urbano debió hacerse cargo de la situación (p. 22).

Respecto de los *tresviri capitales*, el a. rechaza convincentemente la teoría de Kunkel respecto de que éstos hayan sido los encargados de dirigir los juicios criminales respecto de esclavos, libertos y, en general, del bajo pueblo. Las fuentes resultan insuficientes para aclarar del todo la cuestión, pero pareciera que los *tresviri capitales* sólo se encargaron de ejecutar dicha pena una vez sentenciada y, acaso, cuando se producía la inmediata confesión del culpable (pp. 22-26).

Pese a que la historia republicana, e incluso imperial, estuvo llena de conspiraciones y asociaciones ilícitas (conspiraciones y disturbios de esclavos y prisioneros de guerra el 259, 217, 198 a.C.; misteriosos incendios el 210 a.C.; el famoso asunto de las bacanales el 186 a.C.; la conspiración catilinaria el 63 a.C.), el Senado sólo actuó represivamente en cada caso particular, dando órdenes precisas a los auxiliares en orden a realizar arrestos y alguna otra medida. En todas estas actuaciones éstos parecen haber sido asistidos por ciudadanos voluntarios. No sólo se carecía de un órgano administrativo permanentemente encargado de dichos asuntos, a la manera de una política general, sino que nunca hubo un sistema de policía de inteligencia que detectara las conspiraciones. Constantemente se dependió de las advertencias de algún “conspirador-amigo”. (pp. 27-30).

En realidad, el papel de los magistrados en el mantenimiento del orden público debe entenderse sólo como un complemento a los mecanismos de autocontrol social. En esta comunidad militarizada, uno de los factores más importantes fue la subsistencia de una estructura social basada en las lealtades jerárquicas: no sólo por la estructura de poderes familiares-domésticos, sino también por la proyección de la arcaica relación entre patronos y clientes. En esa línea debe entenderse la instauración de la pública distribución gratuita de grano por C. Graco (que en las décadas siguientes fue abolida y reinstaurada sucesivamente). Ésta no parece haber destruido inmediatamente la referida estructura social de lealtades, sino que, por el contrario, simplemente aparece como un intento de reconducirlas, especialmente cuando el año 58 a.C. se utilizó para ganar la adhesión de las masas pobres (pp. 30-34).

El autocontrol se manifiesta jurídicamente en momentos tan tempranos como la promulgación de la Ley de las XII Tablas, los años 451-450 a.C. Allí se autorizaba a dar inmediatamente muerte a ladrón sorprendido en la noche o portando armas, y no sólo por la víctima sino también por sus vecinos. Únicamente los ladrones

no sorprendidos en estas circunstancias agravantes eran conducidos ante el magistrado. Ya hacia fines de la República, los agudos problemas de violencia política y especialmente los conflictos por la cuestión no resuelta de la redistribución de la tierra italiana agudizó el problema social de los robos. Bandas armadas, de esclavos, extranjeros y ciudadanos pobres, asolaban los predios usurpándolos y ejerciendo la más salvaje violencia. Es cierto que se aumentaron las sanciones económicas previstas hasta entonces *ex lege Aquilia*, pero los procesos ventilados ante el tribunal colegiado de los tres o cinco *recuperatores* en ningún caso representaban una solución satisfactoria. La persecución de las bandas armadas siguió siendo, en gran medida, una cuestión social entregada a la actuación de los particulares (pp. 35 a 39). De hecho, la introducción de “acciones populares” en gran medida representó la recepción de la realidad social del autocontrol (pp. 39-46).

El segundo Capítulo (pp. 47-69) está dedicado a los tumultos (disturbios) y su control al final del período republicano. Los disturbios tenían naturaleza puramente política, no social según se entenderían hoy. Habitualmente se producían con ocasión de la propuesta o promulgación de una ley, de una elección y de juicios criminales de alcance político. Por ejemplo, los tumultos fundados en problemas relativos al suplemento de grano no respondían a demandas sociales provocadas por la escasez o mala distribución actuales; lejos de ello, solían conectarse con demandas políticas referidas a la necesidad de precaver futuras eventualidades. En Roma no se conoció el fenómeno moderno conocido como “*taxation populaire*” (presión popular para la fijación de precios bajos). Tanto el monto de los subsidios para la distribución pública, por un lado, como la estructura organizada que aseguraba una amplia distribución de alimento, por el otro, la habrían hecho innecesaria (pp. 49 y 50).

Según el a., este nivel permitido de violencia civil (que en todo caso jamás provocó derramamientos de sangre comparables con los observados en las *poleis* griegas) implica la aceptación de la expresión legítima de la voluntad del Pueblo romano. Dicha voluntad ya se encontraría representada, en el ámbito privado, por la permisión constante de la justicia privada y, en lo que hace al ámbito político, al orgulloso recuerdo de las luchas patricio-plebeyas, a cuya legitimidad se referían con frecuencia los discursos de los líderes de los *populares* (pp. 56 y 57).

En efecto, durante las graves crisis que terminaron con la muerte de Tiberio Graco, Cayo Graco y Saturnino, los años 133, 121 y 100, respectivamente, el Senado no actuó con medidas de emergencia sino hasta que los conflictos fueron percibidos como un riesgo para el orden público global. Si esto fue así, ello se debió, según el a., a que se requería del apoyo de una gran base ciudadana para respaldar las decisiones del Senado orientadas hacia una represión masiva (p. 57).

A finales de la República, la legitimación del “estado de emergencia” puso constantemente a la población en el dilema, jamás totalmente resuelto, de equilibrar las circunstancias excepcionales y la suspensión de derechos constitucionales. Lo anterior se refería muy especialmente a la *provocatio*, el derecho de apelar ante el Pueblo una sentencia a la pena capital. Así, cuando en el año 133 a.C. el senador Escipión Nasica solicitó al *consul* que se permitiera al ejército atacar a Tiberio Graco, este se negó. El cónsul que presidía la sesión era nada menos que el gran jurista *P. Mucius Scaevola*, quien dijo que no atacaría a un *civis indemnatus* (ciudadano no condenado), reconociendo lo que hoy conocemos como derecho

al debido proceso (cfr. Plut., *Ti. Gracch.* 19, 3). Frente a esto, Escipión Nasica respondió que estaba en grave riesgo la República, de modo que si el magistrado no se encontraba en situación de salvarla, él mismo, como ciudadano privado, se encargaría de hacerlo; en ese momento recurre al apoyo de sus conciudadanos pronunciando la conocida frase: "*Qui rem publicam salvam esse volunt me sequantur*" (Síguenme quienes quieran que esté a salvo la República) (cfr. Val. Max. 3, 2, 17). Lo que subyace tras este episodio es que en circunstancias de emergencia incluso un ciudadano privado podía hacer tal tipo de llamado, incluso contra la voluntad de la autoridad política (pp. 60 y 61). Cuando el Senado, el año 121 a.C., "declaró la emergencia" promulgando un *senatus consultum ultimum* que exhortaba a los magistrados a tomar todas las medidas necesarias para mantener la integridad del "Estado", es de advertir que dicha declaración no tenía ninguna fuerza legal. Su eficacia descansaba precisamente en la razonabilidad de tales medidas ante las circunstancias extraordinarias, y en ningún caso afectaba el derecho individual a proteger la república, que ya había sido invocado por Escipión Nasica. El a. presenta todo esto como prueba de la expresión del autocontrol social (pp. 62 y 63).

Por cierto, estos tumultos dejaron en evidencia la incapacidad de los magistrados para controlarlos. Ya desde el año 92 a.C. se estableció que si un magistrado no podía contener los disturbios en una asamblea, se encontraba obligado a disolverla; en caso contrario, se hacía responsable de las consecuencias. Con todo, los juicios sobre violencia política que se han registrado demuestran que éstos sólo eran otras "maniobras políticas" que se dirigían contra políticos y nobles. Igualmente, las leyes que fueron promulgadas para estos efectos no eran otra cosa que un recurso de los propios intrigantes políticos. Y, en cualquier caso, a pesar de haber otorgado un poder efectivo a los magistrados, su eficacia fue parcial. Para comprobar lo anterior basta observar quiénes y cuántos fueron juzgados, además de la propia reiteración de estos episodios violentos (pp. 50-56).

En el tercer Capítulo (pp. 70-84), el a. se refiere al colapso del orden republicano. Observa acertadamente la insuficiencia de toda la constitución republicana para contener las oleadas de violencia que se produjeron con especial rigor entre las décadas del sesenta y del cincuenta del último siglo antes de Cristo.

Se presta especial atención a la utilización de los *collegia* (corporaciones profesionales) como centros de reuniones políticas veladas de la *plebs* insurgente. El Senado actuó con notable retraso interviniéndolos el año 64 a.C., aunque los colegios más antiguos y prestigiosos continuaron su funcionamiento. El repudio popular a esta medida terminó por provocar su reinstauración el año 58 a.C. (pp. 70-75).

Una gran diferencia con la época anterior radica en que las estructuras de jerarquías y lealtades sociales (patrono-cliente) ya no funcionaban; de modo que las demandas sociales ya no podían ser solucionadas como antaño. Se carecía de la adecuada legitimidad (apoyo popular), de modo que las sucesivas y parciales soluciones a los conflictos se lograron sacrificando principios constitucionales fundamentales (pp. 75-84).

En el Capítulo 4 (pp. 85-112) se trata los rasgos del nuevo orden imperial. El a. concibe el orden político impuesto por Augusto como un intento de legitimarse políticamente tanto ante el Senado como ante la masa popular. Respecto de estos últimos, además de varias obras de urbanización, la cuestión más importante

fue asegurar la distribución de grano, lo cual le permitió aparecer como el gran patrono de la *plebs frumentaria*. Por cierto, las mejoras administrativas no se trataban de una planificación sistemática, sino de la respuesta a una crisis actual (pp. 85 y 86). El hecho es que los emperadores hicieron ingresar la *plebs urbana* en el nuevo orden político: mientras, por un lado, se reactivó el control de los *collegia*, por el otro se complementó las fiestas religiosas populares con el culto a la dinastía imperial. El teatro y el circo fueron concebidos como lugar de reunión entre el emperador y el pueblo; verdaderos “termómetros” de la popularidad del emperador e instancia “casi oficial” para que éste estuviese al tanto de su voluntad. De hecho, una notable expresión de esta política fue la proclamación que hizo el Senado a favor de Augusto como *pater patriae*, seguida de la aclamación de las masas, durante los juegos del año 2 a.C. (pp. 85-90).

Se debe hacer notar que la estricta limitación de competencias políticas que implicaba el *pomerium*, civiles, por un lado, y militares, por otro, va perdiéndose desde época de Augusto. La promesa de paz, orden y prosperidad requería la presencia constante de militares junto al emperador; no sólo por razones de propaganda, sino también, propiamente, de eficiencia administrativa. Sin embargo, es difícil delinear las funciones de este ejército como policía. Si se observa que el prefecto pretorio fue absorbiendo progresivamente funciones que antes estuvieron reservadas a los pretores, ediles y magistrados menores (cfr. D. 1, 12, 1), puede inferirse que la cohorte imperial urbana desarrolló ciertas funciones que hoy podríamos interpretar como “de policía”. Pero, no obstante lo anterior, no hay materiales que permitan hacer mayores precisiones al respecto. Es más, debe notarse que aun cuando se otorgaron facultades jurisdiccionales en materia criminal al *praefectum urbi* y al *praefectum vigilum*, en ningún caso puede considerárseles, ni a ellos ni a sus respectivos equipos, como “detectives de policía”, pues la persecución y denuncia de los delincuentes seguía siendo un asunto privado (pp. 90-96).

Los *vigiles* llegaron a conformar un cuerpo de bomberos permanente, a cargo de los ediles, en un primer momento, y de los *vicomagistri*, después. A sus funciones como bomberos se añadió la de transformarse en patrullas de vigilancia nocturna y de fiscalización del cumplimiento de normas de construcción y seguridad de los edificios. Este grupo se transformó más tarde, el año 6 d. C., en una suerte de brigada paramilitar dentro de la ciudad al mando del *praefectum vigilum*; pero no de manera permanente, sino sólo con el fin de cumplir misiones específicas requeridas en circunstancias especiales (pp. 96-98).

El a. aduce como prueba de su argumento sobre la falta de una policía permanente, que durante el Bajo Imperio no se observa un cambio importante en cuanto a la estructura administrativa de la ciudad (pp.- 98-100). Niega que los militares encargados de la provisión de grano, los *frumentarii*, con Constantino, y los *agentes in rebus*, los encargados del transporte de correspondencia imperial desde Diocleciano, hayan constituido un gigantesco aparato burocrático comparable con una suerte de policía secreta, como se ha sugerido. Estos últimos más bien habrían funcionado como órganos de control sobre las aristocracias locales, función (limitada) respecto de la cual acaso se pueda aceptar cierta afinidad con las modernas agencias secretas. Lo cierto es que ante las muchas revueltas y disturbios de la época no existió ninguna política central de carácter permanente. Desde luego, las autoridades se sirvieron de los diversos cuerpos militares cuando lo es-

timaron conveniente, pero todo ello ocurrió de forma impredecible, sin responder a ningún plan preconcebido, sino de acuerdo a lo oportuno que se presentaran las medidas en atención a la voluntad y respaldo populares (pp. 100-112).

PATRICIO IGNACIO CARVAJAL R.*

Stamatios Tzitzis, Jacques-Henri Robert *et alii*. *Euthanasie et responsabilité médicale. Essais de philosophie pénale et de criminologie*. Éditions Euska. Paris. 2006 (204 pp.).

Recoge este libro publicado en 2006 las actas de la Jornada científica celebrada el 30 de noviembre de 2004 en el Instituto de Criminología de la Universidad de París II, Panthéon-Assas, sobre la relación entre el Derecho y el final de la vida humana. Stamatios Tzitzis y Guillaume Bernard han sido los encargados de la organización del encuentro que está dedicado en esta oportunidad al estudio de la eutanasia, la responsabilidad médica, el aborto en menor medida y otras cuestiones de gran interés científico-doctrinal. Tzitzis dirige el departamento de Filosofía del Derecho Penal del Instituto de Criminología de París, mientras que Bernard es docente en el Instituto Católico de la Roche-sur-Yon y en la Universidad de París XII. Nos encontramos en un momento significativo para Francia ya que se ha publicado la Ley 2005-370 de 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los enfermos y al final de la vida, que apareció publicada en el *Journal Officiel de la République Française*, del 23 de abril de 2005, p. 7089, cuyo texto se recoge en apéndice en el presente libro en pp. 97-101.

Partiendo de una concepción que los editores del libro denominan plural se han acogido en el mismo defensores y contradictores de la eutanasia, en virtud de que “una publicación científica debe abrir sus páginas a la variedad” (p. 11). No obstante, se ha de hacer la puntualización de que en la publicación que nos ocupa es mayor el número de los contradictores de la eutanasia y sus argumentos son mucho más sólidos. Por otro lado, no debemos perder de vista que la defensa de la verdad moral y de los principios iusnaturalistas hace entrar en quiebra el punto de partida de los editores del volumen.

Jean Pradel, profesor emérito de la Universidad de Poitiers y presidente de la Asociación Francesa de Derecho Penal, presenta las diversas categorías y la tipología que en el Derecho comparado se han recogido sobre la materia, distinguiendo: a) eutanasia activa; b) ayuda o asistencia al suicidio; c) eutanasia pasiva y d) administración de cuidados paliativos dirigidos a evitar el dolor combinados con cuidados ordinarios. Para Jean Pradel, “la eutanasia activa y la ayuda al suicidio merecen la más completa reprobación” (p. 15), pero un caso diferente es el de los cuidados paliativos y el del encarnizamiento terapéutico.

*Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca / España, Profesor de Derecho Romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Francesco D'Agostino, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma II Tor Vergata y, de momento, presidente del Comité Nacional de Bioética italiano, propone que la palabra eutanasia no deba traducirse como buena muerte, sino como buen homicidio. Habla D'Agostino de cinco formas de eutanasia impropia: 1ª) aplicación absoluta del principio de que "voluntas aegroti suprema lex"; 2ª) "eutanasia pasiva propiamente dicha, consistente en dejar morir a un paciente suspendiendo los cuidados necesarios para su supervivencia" (p. 24); 3ª) "suspensión del encarnizamiento terapéutico" (p. 25); 4ª) eutanasia indirecta ocasionada "por la utilización de medicamentos administrados para disminuir los dolores que resulten ciertamente insoportables para los enfermos en fase terminal" (p. 25), aunque en este punto D'Agostino recoge la distinción hecha por la doctrina jurídica alemana entre terapia proporcionada a un paciente entendida como una ayuda para morir y aquella otra que se califica como una ayuda dentro de la muerte; 5ª) eutanasia eugénica. Francesco D'Agostino es autor de un célebre manual de *Bioética*, cuya versión castellana se ha publicado en 2003 y la francesa ha aparecido en 2005, dentro de la colección Dikè, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Laval, que coordina y dirige Bjarne Melkevik.

El presidente del Comité consultivo nacional de Ética francés Didier Sicard no presenta unas conclusiones tan claras y unos argumentos tan rigurosos como los de Francesco D'Agostino al reflexionar sobre medicalización y juridicialización del final de la vida humana. Catherine Labrusse-Riou, catedrática de la Universidad de París I-Sorbona, nos relata algunas de las consecuencias que en el ámbito específico del Derecho civil se originan con la muerte de la persona. Lucien Israël, miembro del Instituto de Francia, responde a las preguntas planteadas por Guillaume Bernard sobre la eutanasia. Israël, que ha cubierto la vacante en 1996 que Jérôme Lejeune dejó en el Instituto, se muestra decididamente contrario a la eutanasia, ya que considera "la eutanasia como una amenaza muy grave contra nuestra cultura" (p. 61). Además hace otras afirmaciones que merecen ser tenidas en cuenta con respeto: "El ser humano no es considerado desde el punto de vista de su riqueza intrínseca, sino desde el punto de vista de su eficacia, de su utilidad para sí mismo y para la sociedad... Los militantes de los grupos de presión a favor de la eutanasia se creen portadores de intereses generales de la especie humana. Pero su discurso trae una orientación muy particular, la del materialismo ateo; para ellos la vida y la conciencia son fenómenos contingentes, accidentales... Admitir la eutanasia es correr el riesgo de que existan criterios sociales de normalidad física o mental. Quien no entre dentro de dichos criterios se encuentra en peligro de muerte. El argumento de la dignidad tiene como único objeto proteger el bienestar y el confort de los vivos y favorecer la imagen que ellos tienen de sí mismos", ya que "nuestra sociedad está animada por una ocultación neurótica de la vejez, del sufrimiento y de la muerte" (p. 51). Contra el encarnizamiento terapéutico Israël recomienda la "paz terapéutica", consistente en "proporcionar los tratamientos curativos para procurar el confort del paciente: confort físico, psicológico y moral" (p. 60). Lucien Israël ha publicado con É. Levy *Les dangers de l'euthanasie*, Paris, 2002, donde ofrece muchos argumentos que inciden en sus ideas al respecto. También muy contraria a la eutanasia es la posición de Aude Bertrand-Mirkovic, en *Droit civil, personnes, famille*, libro publicado en 2004. Uno de los moralistas más afamados y seguros de la primera mitad del pasado siglo XX, el catedrático de la Universidad de Friburgo (Suiza) Dominicus M. Prümmer, había señalado al

respecto sobre la eutanasia: “Num in articulo mortis liceat administrare moribundo remedia narcotica, ut dolores non ita vehementer sentiat, seu ad procurandam sic dictam euthanasiam (εὖ, θάνατος), non concordant moralistae. Melius sane est, si hoc non fiat, cum moribundus patienter tolerando istos dolores poenas peccatorum et purgatorii alleviet; sed si dolores sint nimis atroces, et praesertim di adsit fundatus timor, ne moribundus post suscepta sacramenta peccet peccatis impatientiae et murmurationis contra Deum, non est cur medicus non possit administrare remedia soporativa, dummodo vitam ne abbrevient” (*Manuale Theologiae Moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Barcelona-Friburgo de Brisgovia, 15ª ed., 1961, vol. II, p. 521, Nº 672). Para Aurelio Fernández (*Teología Moral*, II, *Moral de la persona y de la familia*, Burgos, 1996, 2ª ed., p. 872) cabe distinguir entre eutanasia, distanasia, ortotanasia, autoeutanasia y heteroeutanasia. Todas son moralmente rechazables, salvo ortotanasia que se define como “el derecho a morir con una muerte digna del hombre, es decir que ni se acorte ni se prolongue la vida más de lo debido” (vol. II, p. 872). Por otro lado, “la eutanasia significa un grave pecado, por cuanto el hombre se constituye en dueño absoluto de su vida, cuya pertenencia es exclusiva de Dios” (vol. II, p. 872).

Con argumentos emocionales favorables a la eutanasia y partiendo de su particular manera de considerar la libertad, la dignidad y la igualdad hay que situar las colaboraciones en este libro del periodista François De Closets y del doctor en Ginecología Jean Cohen, que preside la “Association pour le droit de mourir dans la dignité” y que ha sido un miembro activo del Movimiento francés de planificación familiar. Otros autores aportan argumentos al respecto desde la óptica moral como el teólogo dominico Yves Combeau (pp. 79-84) o desde el punto de vista de la despenalización de determinados supuestos como hace Jacques-Henri Robert (pp. 85-91), catedrático de la Universidad de París II y director del Instituto de Criminología de dicha Universidad.

Stéphane Bauzon, que es docente de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma Tor Vergata y que, de momento, forma parte como experto científico del Comité nacional italiano de Bioética, nos aporta unas páginas que constituyen lo que puede ser el origen de una Historia del Bioderecho, partiendo de 1835 hasta 1936, apreciando la responsabilidad penal del médico con consideraciones no sólo jurídicas sino también filosóficas. Jerry Sainte-Rose censura que se pueda considerar al nasciturus como un objeto destructible sin destino humano (pp. 111-116) en una apología inteligente en defensa de la vida humana en la que no puede salir bienparado Peter Singer, defensor del infanticidio y protector, sin embargo, de la vida y de los derechos de los perros de dos años.

Se recogen, por último, en el presente volumen algunos trabajos que consideramos de menor interés y de carácter más generalista respecto a los problemas centrales planteados en el resto de esta Jornada científica. Sus autores son Jamil Sayah (Universidad Pierre-Mendes-France de Grenoble), “La victime et les mutations du droit de la responsabilité” (pp. 117-134); Paul Moreau (Universidad Católica de Lyon), “La violence et le droit” (pp. 135-143); Yadh ben Achour (Miembro del Instituto de Derecho Internacional), “La vérité du crime peut-elle se substituer à la punition du crime?” (pp. 145-159); Gian Luca Sadun Bordoni (Universidad de Roma Tor Vergata), “La sanction et l’évolution sociale” (pp. 161-172); Catherine Samet (Instituto de Criminología de París), “Le résultat de l’exécution des peines en milieu ouvert” (pp. 173-188) y, por último, Yves Tigoulet (Director regional de los

servicios penitenciarios de Burdeos), “L’orientation et l’affectation des condamnés et les régimes de détention” (pp. 189-204).

Felicitemos a Stamatios Tzitzis por esta nueva iniciativa, una más entre tantas de este gran iusfilósofo griego-francés, que en colaboración con el propio Jacques-Henri Robert había dirigido en 2003 la publicación de otras actas dedicadas a la persona jurídica dentro de la filosofía del derecho penal, donde defiende que “proteger la humanidad del hombre como ideal humanitario se ha convertido en una prioridad teleológica del mundo postmoderno” (p. 60). Robert en esa oportunidad escribe tan sólo un par de páginas (7-8) que no se caracterizan precisamente por la firmeza de criterios y posiciones, dando la impresión de que se mueve en una ética de mínimos.

MANUEL J. PELÁEZ*

José Joaquín Ugarte Godoy. *El derecho de la vida. El derecho a la vida, bioética y derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006 (598 pp.).

La discusión sobre la “agenda valórico” se ha instalado en el último tiempo en la opinión pública para referirse a materias como el aborto terapéutico, la clonación y la eutanasia. No sin razón han emergido opiniones que critican que lo valórico aparezca circunscrito a sólo ciertos temas relacionados con la protección o disponibilidad de la vida humana y la regulación de las conductas sexuales. Se sostiene que tan valóricos como los anteriores son los conflictos referentes a las desigualdades sociales, a la inequidad en el acceso a la educación o a los derechos de los trabajadores de empresas subcontratadas. Es cierto que en todos los problemas humanos están envuelto dilemas y cuestiones de carácter moral o ético, que es lo que modernamente se suele designar con la expresión “valores” y en ello llevan razón los que alegan que tan valóricas son las cuestiones de justicia social como aquellas relacionadas con la vida y la sexualidad. Pero resta una diferencia que hace admisible la distinción, si bien podemos discutir sobre si el término “valórico” es el más conveniente para hacerla valer. La distinción se encuentra, a nuestro juicio, en que los valores relacionados con la justicia social son ampliamente compartidos y no se discrepa sobre su vigencia y exigibilidad, sino únicamente sobre los mecanismos o técnicas concretas que resultan más eficientes para alcanzarlos. Nadie pone en cuestión, por ejemplo, que el sistema educativo debería proporcionar un acceso equitativo de todos los sectores sociales a una educación de calidad. Los problemas se dan a la hora de cómo hacer efectivo tal ideal. En cambio, en los temas que se han acuñado como propios del debate valórico: aborto, eutanasia, clonación, píldora del día después, etc., la diferencia es más profunda: ya no se trata de que algunos discrepen sobre cómo proteger mejor la vida humana y su carácter indisponible, sino que plantean de rechamente que la vida humana –en ciertas etapas al menos– no debe ser objeto

*Catedrático de Historia del derecho y de las instituciones. Universidad de Málaga.

de protección contra la voluntad propia o ajena que desea ponerle término en pos de otros intereses considerados más valiosos. La discusión moral y jurídica es mucho más radical porque no estamos ya en el plano de la aplicación de ciertos valores morales que todos entendemos como necesarios y fundamentales, sino sobre la supervivencia o abandono de ciertos principios valóricos (indisponibilidad y dignidad inviolable de la vida humana) y su sustitución por otros (autonomía individual, libertad personal sin limitaciones).

ABANDONO DE VALORES

Se justifica de este modo que el debate y la opinión pública hayan segregado estas cuestiones “valóricas” del resto de la problemática político-social. Pero quizás seríamos más precisos si habláramos de temas bioéticos. Los problemas que están en el tapete de la discusión “valórica” en Chile son materias que desde hace ya bastante tiempo vienen siendo estudiadas y organizadas en una disciplina ético-jurídica denominada “Bioética”. Es una ética sobre la vida (“bio”), pero, más concretamente, un discernimiento sobre los criterios éticos y jurídicos apropiados para resolver complejas cuestiones que nos plantean los avances de la biomedicina y la genética, sobre todo en el comienzo de la vida humana, en el tratamiento de las enfermedades y en el acaecimiento de la muerte. Tanto el aborto como las técnicas de fertilización asistida, la intervención genética, la clonación reproductiva y la terapéutica, la suspensión de tratamientos médicos extraordinarios y la eutanasia compasiva son materias que hoy estudia esta nueva disciplina interdisciplinar. La bioética no se detiene en el análisis de los criterios de moralidad personal que deben aplicarse a los nuevos descubrimientos, sino que indaga sobre las políticas públicas y las regulaciones jurídicas que se necesita implementar para evitar abusos y conductas que atenten contra los derechos humanos o el orden público. Algunos han intentado segmentar de la bioética esta parte que es competencia de las leyes y del Derecho, y han intentado acuñar nuevos términos como “bioderecho” o “bio-jurídica”, calificativos que aún no suscitan una adhesión generalizada.

EL DERECHO DE LA VIDA

Un ilustrado aporte al debate de los temas bioéticos que se han puesto en el tapete de la discusión en el último tiempo lo constituye el libro del profesor José Joaquín Ugarte Godoy, “El derecho de la vida. El derecho a la vida y bioética”, publicado por la Editorial Jurídica de Chile hace pocas semanas. No conocemos una obra de mayor envergadura, profundidad, rigor científico, jurídico y filosófico, sistematicidad y claridad expositiva, que se haya publicado en Chile sobre estas materias de tanto interés tanto teórico como práctico. No en vano el profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica invirtió varios años de arduo trabajo en este volumen, que no dudamos de calificar de extraordinario.

El libro de Ugarte Godoy plantea los problemas de la bioética desde la perspectiva de la centralidad de la persona humana y de la vida como valor indisociable de ella. Construye sus razonamientos desde un acopio bibliográfico abundante

y del más amplio espectro: se citan desde los textos clásicos de la ética y del derecho natural como Aristóteles, Alberto Magno y Tomás de Aquino hasta autores modernos como Dworkin, Finnis, Grisez y Gómez Lobos; desde libros filosóficos o jurídicos a literatura especializada sobre embriología y genética; desde autores extranjeros de diversas nacionalidades hasta los pocos estudios chilenos que existen sobre las materias tratadas. No quedan fuera la jurisprudencia de los tribunales internacionales, ni las leyes extranjeras que han regulado en uno u otro sentido estas complicadas materias.

Para fundamentar el derecho a la vida, parece necesario considerar el momento en el que se inicia su existencia. El libro de Ugarte, con sólidos argumentos antropológicos, metafísicos y biológicos, fundamenta la existencia de un nuevo individuo humano desde el momento en que el espermio penetra en el óvulo, es decir, desde la fecundación. Postula también que desde ese instante debe reconocerse el estatuto filosófico y jurídico de persona, desarrollando para ello una concienzuda investigación sobre el multiseccular problema de la “animación” (momento de aparición del alma), en la que se llega a rectificar la enseñanza de Tomás de Aquino, no sólo por la falta de los conocimientos biológicos de que disponía la ciencia de su época –lo que se suele argumentar en contra de la tesis de la animación retardada–, sino por una inconsecuencia en su mismo sistema metafísico. Es una prueba de gran coraje intelectual y que el autor no recurre al derecho natural para revestir con la autoridad de autores pasados lo que se sostiene en el presente, sino como una búsqueda afanosa y dialogante de los criterios de verdad, justicia y humanidad que provienen del respeto de la dignidad y la libertad de la persona humana. De hecho, no deja sin recoger y analizar ningún argumento en contra de la personalidad de la criatura no nacida por más que muchos de ellos sean entre sí mismos inconsistentes. En especial, debe destacarse la refutación que hace de la llamada tesis de la “singamia”, la que sostiene que la vida humana individual sólo tendría inicio con la unión de los núcleos de los gametos. Ugarte da cuenta de los más autorizados estudios que revelan que la singamia en estricto rigor se produce, no cuando se funden las membranas de óvulo y espermio, sino cuando la cabeza de éste penetra en el citoplasma de aquél, siendo la alineación (y no fusión) de los cromosomas de uno y otro sólo una de las primeras operaciones dirigidas ya por un organismo individual que es el cigoto, que proseguirá por sí mismo su desarrollo como ser humano.

CLONACIÓN, EUTANASIA Y ABORTO

Las materias que se han discutido últimamente en la llamada agenda valórica son examinadas con preclara profundidad en este libro. Se critica la clonación de seres humanos, incluyendo la llamada “clonación terapéutica”, por la que se destruyen embriones para intentar obtener tejidos u órganos posibles de ser trasplantados en adultos sin tener que hacer frente a los problemas de rechazo por incompatibilidad. El principio moral de que el fin no justifica los medios se opone a esta cosificación del hombre que Ugarte llega a calificar en expresión fuerte de “neocanibalismo”. En cambio, no se ven inconvenientes para la investigación y el uso de células madres no extraídas de embriones sino de órganos de una persona adulta, como la médula ósea.

Sobre la eutanasia, el autor se resiste a considerar la vida como objeto de apropiación y ofrece numerosos argumentos para sostener la necesidad de que el orden jurídico positivo mantenga su irrenunciable indisponibilidad. El libro es útil también en cuanto ayuda a distinguir los casos de suspensión de un tratamiento médico desproporcionado o extraordinario, lo que resulta lícito, de la eutanasia activa y omisiva, que por el contrario debe rechazarse. Es diversa la acción moral que consiste en dejar que la vida se extinga naturalmente, del acto homicida que se traduce en una acción para provocar la muerte o en la omisión de algo que se debía proporcionar necesariamente para sustentarla (por ejemplo, negar la alimentación o la hidratación a un enfermo terminal o en coma vegetativo).

El aborto provocado es uno de los temas a los que el profesor Ugarte dedica mayor cantidad de páginas. Suponemos que aquellas que tendrán más interés son las del llamado aborto terapéutico, cuya legalización hoy en día se reclama sobre la base de una primacía de los intereses de la madre cuando se produce un conflicto entre la vida y salud de ésta y la continuación del embarazo. En el libro se rechaza la tesis que pretende justificar la opción por la muerte del feto en que éste sería un agresor injusto contra el cual cabría el aborto como supuesto de legítima defensa. Como bien argumenta Ugarte, el niño no nacido no ha incurrido en ninguna conducta ilícita o injusta y es al menos tan inocente como la madre que se encuentra en este penoso trance. No es admisible matar a alguien ni siquiera a pretexto de salvar así a otra persona. El mismo autor hace ver que afortunadamente el caso estricto de aborto terapéutico: necesidad de dar muerte al feto para salvar la vida de la madre, no parece presentarse en la actualidad dados los avances de la medicina. Se exhiben los resultados de un estudio adhoc del reconocido científico doctor Patricio Mena, el que revisando toda la literatura médica actual sobre aborto no encontró ningún caso que pueda calificarse propiamente de terapéutico en este sentido.

“ABORTO INDIRECTO”

Muy esclarecedoras son igualmente las reflexiones que se hacen respecto del caso del llamado “aborto indirecto”, es decir, cuando se prescribe un tratamiento médico o quirúrgico necesario para la salud de la madre que conlleva como efecto accidental no buscado la muerte del embrión (por ejemplo, aplicación de radioterapia a una mujer gestante o extirpación de parte de las trompas gravemente dañadas y en peligro de hemorragia en un embarazo ectópico con riesgo actual para la vida de la madre). Esta conducta es considerada admisible de acuerdo con los criterios del derecho natural, sin que ello constituya una especie de resquicio o excepción a la prohibición moral de dar muerte al inocente, cuya imperatividad es absoluta. Y es que la especie moral de la acción es diferente: no se trata de matar, sino de curar, que, por consecuencia colateral y no querida, trae la muerte del ser humano en gestación. Señala Ugarte: “Si la madre tiene una enfermedad o dolencia que le ha de causar la muerte –y por cierto no puede considerarse tal el embarazo– y el único remedio o tratamiento posible para esa dolencia, junto con sanarla y salvarla, tiene además como efecto accidental o colateral el aborto; y si la salvación de la madre no se debe al aborto, sino que aquélla y el aborto son efectos paralelos de aquel remedio o tratamiento, e independientes entre sí;

y si el aborto no se intenta, sino que simplemente se tolera, buscándose sólo la salvación de la madre, entonces el empleo de dicho remedio o tratamiento será lícito” (págs. 337-338). En contra de la opinión del teólogo Germain Grisez se postula que no es suficiente considerar la intención subjetiva del agente, sino que objetivamente la acción se dirija directamente a salvar a la madre y sólo accidental o indirectamente produzca la muerte del feto.

Muchas más son las cuestiones abordadas en este verdadero tratado del Derecho de la vida, como la legitimidad de la pena de muerte, la licitud de las técnicas de procreación médicamente asistida, la protección y no patentabilidad del genoma humano, y la comercialización e información sobre los alimentos transgénicos. Respecto de todas ellas, el legislador, el político, el jurista, el juez, y todo ciudadano interesado en la defensa de los derechos humanos, encontrará un estudio erudito, completo e informado.

Se podrá disentir de una o más de las posiciones defendidas por José Joaquín Ugarte en su estudio, pero habrá de agradecerse la honestidad intelectual, la claridad y el rigor filosófico, jurídico y científico con que las plantea. Se trata de una contribución notable de la que no se podrá prescindir si se pretende desarrollar un debate serio de los problemas valóricos, o mejor, bioéticos, que desafían la consistencia moral de nuestra convivencia democrática.

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

Abelardo Lobato, *Ser y belleza* (2ª edición). Unión Editorial. Madrid. 2005 (158 pp.)**.

La búsqueda de la belleza, la capacidad de detectar y gustar lo bello, son rasgos propios de la condición humana. Sus manifestaciones aparecen tan claras que, aunque han variado y varían según los tiempos y las culturas, cabe decir que no ha existido pueblo alguno sin un sentido profundo de la hermosura “que se hace visible a la inteligencia a través de las cosas creadas”.

Pero en nuestra época se advierte una “conversión” especial hacia la belleza y, más en general, hacia la emoción –la fascinación de su esplendor– que quizá puede explicarse porque se considera que la verdad está muy lejos y el bien es muy difícil. No son estos tiempos época de fidelidad a la verdad o de entrega decidida al bien. Casi todo se relativiza; la verdad se queda en opinión y el bien en cálculo de beneficio.

Se explicaría así que en tal coyuntura cultural se prefiera la búsqueda o el cultivo de la belleza como última frontera. Se descubre la trascendencia en el arte, si no es posible en otras dimensiones. La experiencia estética aparece estrechamente vinculada a multitud de situaciones íntimas de las personas y se revela como ámbito favorable para la comprensión del sentido de la vida humana y para la contemplación del Misterio.

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

**Publicamos la presentación de la obra y la introducción de ella.

La vía de la belleza podría ser entonces el camino para la recuperación, en forma ascendente, de la verdad, de la unidad, del bien, sendas privilegiadas para el encuentro con el Dios olvidado. El Capítulo de Estética de AEDOS se constituye como foro de reflexión interdisciplinar sobre todas aquellas manifestaciones de lo bello que desvelan al hombre aspectos de su realidad y de su dignidad sagradas, al tiempo que le orientan hacia horizontes de plenitud.

El Padre Abelardo Lobato fue ponente del V Seminario –Estética y Misterio– del citado Capítulo con una lección magistral sobre “El horizonte metafísico del pulchrum”*. En el marco de esa memorable jornada de trabajo se incoó la idea de reeditar su clásico *Ser y belleza*, pionero de un sugerente recorrido de este trascendental de la mano de Santo Tomás de Aquino.

El Instituto de Humanidades Ángel Ayala-CEU, el Instituto Santo Tomás de Balmesiana, la Universidad Santo Tomás de Chile y la Fundación Monseñor Castillejo Gorraiz –instituciones estrechamente vinculadas a la figura y a la obra del P. Lobato– han hecho posible, con su mecenazgo, que el lector tenga en sus manos, para disfrute y deleite, esta segunda edición.

FERNANDO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

El P. Abelardo Lobato recuerda, ya en el prólogo de este libro, que Santo Tomás de Aquino no enumera la belleza entre las propiedades del ser. El P. Lobato propone su estudio sobre *Ser y belleza* como prolongación coherente del pensamiento tomista. A cada uno lo suyo. Es oportuno recordar este hecho cuando el pensamiento cristiano actual anda en busca de nuevas orientaciones. El P. Lobato es un ejemplo egregio de fidelidad creativa a los orígenes y de leal capacidad de innovación. Partir de Tomás para honrar a Tomás prolongándolo.

El Instituto de Humanidades Ángel Ayala-CEU se enorgullece de tener a cargo de su Cátedra Santo Tomás de Aquino al P. Abelardo Lobato, OP, Presidente en los últimos años de la Pontificia Academia de Santo Tomás y de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (SITA). Y, asimismo, se complace en colaborar con la Asociación para el Estudio de la Doctrina Social de la Iglesia (AEDOS) en la reedición de *Ser y belleza*, un libro esencial para la estética filosófica contemporánea.

Son muchas las obras semejantes a este *Ser y belleza* que merecen restauración. El futuro del pensamiento –elemento nuclear de la civilización occidental– pasa inexorablemente por la reverente y agradecida lectura de la tradición filosófica perdida. El futuro se construye sobre la base del pasado. Una cultura que da la espalda a sus raíces, que reniega de ellas o que, simplemente, las ignora, está condenada a la desaparición. Por tanto, la reedición de *Ser y belleza* constituye un aporte a la construcción de Europa.

El Instituto de Humanidades Ángel Ayala-CEU es una obra más de la Asociación Católica de Propagandistas. La Asociación fue fundada por el P. Ayala y tuvo en

*Que se publicará próximamente en el volumen colectivo *Relativismo y Convivencia. Un reto cultural de nuestro tiempo*, en la colección UCAM/AEDOS.

**Presidente de AEDOS (Asociación para el Estudio de la Doctrina Social de la Iglesia).

*Director del Instituto de Humanidades Ángel Ayala-CEU.

el Siervo de Dios Cardenal Ángel Herrera Oria a su primer Presidente y su alma. Ambos, por cristianos, subrayaron siempre su amor por la doctrina de Santo Tomás de Aquino, doctrina muchas veces recomendada por los Papas. Seguir a Tomás es seguir el camino seguro, sin que ello obste a la libertad legítima de los hijos de Dios. A Tomás de Aquino quiere acogerse este Instituto de Humanidades de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, al Doctor Angélico se encomienda para que todas las cosas sean restauradas en Cristo.

JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ GARCÍA*

*Director del Instituto de Humanidades Ángel Ayala-CEU.

I. CHILE

Actualidad Jurídica – Universidad del Desarrollo, N° 14/2006.

En “Temas centrales”, Poder judicial ¿modernización o estancamiento?, con artículos de P. Rodríguez Grez, M. Otero y H. Díaz; y la reforma procesal laboral (G. Aubert, H. Humeres N. y H. Oberg). En “Estudios”, Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa (I. Aróstica); Plazo y acto administrativo presunto de afectación (R. Mendoza – B. Oddó); Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas (S. Donoso); Leyes castrenses en el derecho patrio (O. Dávila), y Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia (J. Alvear – H. Fábrega).

Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, volumen 12 N° 1/2006.

De interés, S. Legarre, El poder de policía en la historia constitucional estadounidense; M-L. Martínez, El control de constitucionalidad del juez anglosajón ¿por la razón o por la fuerza?; R. Stith, Imperio del derecho versus imperio de los jueces: un alegato por el pluralismo jurídico.

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos – Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen XXVII/2005.

De interés, B. Malavé Osuna, El acceso y promoción de los funcionarios en la administración del Bajo Imperio; J. Merello, La máxima “quid omnes tangit”. Una aproximación al estado del tema; A. Gertosio, Los abogados en el Chile indiano a la luz de las “relaciones de méritos y servicios”; F. Carpintero, Norma y principio en el “jus commune”; P. Carvajal, La teoría de los bienes en la “Política” de Althusius como base del pensamiento económico liberal.

Revista de Derecho – Universidad Austral de Chile, volumen XVIII, N° 2/2005.

De interés, J. Bermúdez, El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite de la potestad invalidatoria; J. Hunter, La culpa en la responsabilidad civil ambiental.

Revista de Derecho Público – Universidad de Chile, N° 67/2005.

De interés, M. Ayuso, ¿Qué constitución, para qué Europa?; B. Bravo Lira, Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos 16 al 21). Contrastes con la rule of law inglés y el regne de la loi ilustrado; E. Navarro B., Notas sobre la potestad sancionadora de la autoridad administrativa y principio de legalidad; E. Pfeffer U., La nulidad de derecho público, tendencias jurisprudenciales; G. Camacho, Las directrices constitucionales para la administración pública; C. Román, Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado.

Entheos – Universidad de las Américas – N° 4/2005.

De interés, M. Ortiz, La modernización del Estado y el Servicio de Registro Civil e Identificación; O. Garay, Opinión pública, regulación de la libertad de opinión e información; J. Barra, Instituciones procesales del juicio ejecutivo tributario indiano conservadas hasta hoy en el derecho patrio chileno.

Corpus Iuris Regionis – Universidad Arturo Prat – Iquique, N° 1/1999, N° 2/2001, N° 3/2003, N° 4 y 5/2004-2005.

Destacamos del N° 1, Poder de seguridad y estado de derecho (J. Tapia); Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador (J. Rojas); del N° 2, Situación de las salitreras de origen peruano después de la guerra (M. Reveco); del N° 3, La comisión constituyente y la seguridad nacional (H. Vilches); Diagnóstico frente a la ausencia de control constitucional a la judicatura (C. Latorre) y Responsabilidad del Estado por falta de servicio (G. Oliva); del N° 4, Algunas notas introductorias en torno a la responsabilidad estatal administrativa y su función en el estado constitucional de derecho (H. Mundaca); Antecedentes históricos del establecimiento de la Constitución de 1980 y de su puesta en vigencia (S. Carrasco); El ejercicio de la jurisdicción en los primeros años de la República chilena y su regulación constitucional (H. Vilches); Sanciones administrativas a infracciones aduaneras (G. Ruiz – P. Véliz); del N° 5, Naturaleza jurídica de la comisión conciliadora en los contratos de obra pública (H. Mundaca).

Anales – Instituto de Chile, volumen XXIV, N° 2/2004.

Aun cuando esta publicación no es jurídica reseñamos este número debido a que está dedicado a “la educación superior en Chile”; en la imposibilidad de incluir las 22 colaboraciones, destacamos Desafíos y perspectivas en el bicentenario (J.L. Cea Egaña); Estudios universitarios y forja de un núcleo dirigente en Chile/siglo 17 al 20 (B. Bravo Lira); La enseñanza de la pedagogía (H. Montes Brunet); La enseñanza de las humanidades (J. Barceló); ¿Se puede enseñar a ser historiador?

(J.C. Vargas Cariola); La enseñanza de la economía (C. Larroulet – M.L. Domper); La enseñanza musical en la universidad (M. Letelier Valdés); La enseñanza de la medicina (R. Cruz-Coke), etc.

Revista de Derecho – Universidad Finis Terrae, N° 9/2005

Dedicado este volumen a la justicia económica, destacamos El recurso de amparo económico, 15 años de jurisprudencia (E. Navarro); Las municipalidades como actores económicos y la defensa ante sus resoluciones administrativas (J.I. Vásquez); Solución internacional de controversia sobre inversión extranjera, en particular el sistema CIADI (R. Mayorga); El contrato administrativo de compras públicas, ley 19.886, en recuento jurisprudencial (R. Mendoza – J.L. Lara); Derecho penal económico, origen, contenido y límites (J. Náquira – R. Salim-Hanna); Solución de controversias entre Estados: TLC con Estados Unidos de Norteamérica, y Acuerdo de asociación con la Unión Europea (J. Irrarázabal); Lo contencioso en materia bancaria y de valores y seguros (A. Alcalde); Lo contencioso en materia de servicios públicos sanitarios (J.I. Zaldívar); El contencioso eléctrico (A. Vergara) y Lo contencioso en telecomunicaciones (J.I. Ovalle).

II. EXTRANJERO

Anuario de Derecho Administrativo (Fundación de Cultura Universitaria/Montevideo) – Tomo XII/2004

En su sección *Doctrina*, de interés La descentralización: su estado constitucional y posibilidades de su regulación legal (J.P. Cajarville); en *Jurisprudencia comentada*, Procedimiento disciplinario y debido proceso (J.A. Pisano); en *Legislación*, Comentario a la ley sobre protección de datos personales de informes comerciales (R Flores). La sección *Jurisprudencia* (pp. 115-496) contiene la reseña de los fallos recaídos en la materia en 2004.

Revista de Derecho – Facultad de Derecho/Universidad de Montevideo N° 9/2006.

Destacamos, Estado de Derecho y ocupaciones de lugares de trabajo (C. Delpiazzo – A. Robaina), Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas (A. Durán Martínez), El orden jurídico del Mercosur (J. Fernández), Acoso laboral, concepto y protecciones (C. Mangarelli) y La contaminación acústica en la ley 17.852 (B. Venturini).

Icade - Universidad de Comillas/Madrid, N^{os}. 67 y 68/2006.

Destacamos en el N^o 67 El derecho ambiental, un joven en edad de crecer, pero con problemas metodológicos (J. Navarro); Valoración del daño ambiental (M. Castañón del Valle); Energía eólica y urbanismo (J.M. Abad); Suelos contaminados (C. De Miguel), del N^o 68 El consentimiento informado como objetivo de la protección del inversor (F. Zunzunegui).

Revista de Derecho Político – Universidad de Enseñanza a Distancia/Madrid, N^o 63/2005.

De interés, Interpretación teleológica de la Constitución (A. Torres del Moral); La protección del patrimonio cultural desde la Constitución (C. Ruiz); El derecho a la intimidad como límite a la videovigilancia (M. Ull Salcedo); Matices de la legitimación, el agravio y el interés del Estado por su responsabilidad internacional en materia de derechos humanos (M.A. Gelli).

Ius Canonicum – Universidad de Navarra, N^o 90/2005.

Destacamos, La composición del Decreto de Graciano (J.M. Viejo-Ximénez); Ejercicio del ministerio y vínculo jerárquico en la historia del derecho de la Iglesia (O. Condorelli); La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos (J. Ferrer); La Iglesia Católica ante la ley española de protección de datos (J. Otaduy); Derecho canónico y formación del jurista (M.E. Olmos).

Revista de Informação Legislativa – Senado Federal/Brasilia, N^{os}. 167 y 168/2005, 170/2006.

De interés en el N^o 167 Assédio moral e atuação do Ministério Público do Tráballo (M.J. Silva Neto); A concepção dogmática do direito administrativo: contributo para uma (re) construção hermenêutica (L. Ohlweiler); O caráter normativo dos princípios jurídicos (E.P. Neder); Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar (L.A. Cruz Ferreira – A. Mendes); A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos (A. Santos de Aragão); Conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo (A. Nárriman Ceane). Del N^o 168, destacamos En torno da Constituição do direito de resistencia (J.C. Buzanello); Do controle de constitucionalidade dos atos judiciais (A. Nobre); A função social do contrato: conceito e criterios de aplicação (E. Tomasevicius Filho); Direitos genéticos como direitos da personalidade (J. Weinert). En N^o 170, Soberania: poder limitado (R. Guimarães Gallo); Improbidade administrativa: profundidade e extensão das sanções (M.A. Weichert); A concepção do ato internacionalmente ilícito (R. Lima Resende); Constitucionalização do direito administrativo em direito comparado (L.F. Bandeira).

Dereito – Universidad de Santiago de Compostela/España, N° 1/2005.

Destacamos El régimen jurídico de las garantías en el marco de las reclamaciones económico-administrativas (J.M. Iglesias); La responsabilidad de los funcionarios de la Administración del Estado en Ultramar/1860-1899 (P. Ortego); Las modernas reglas del arte de resolver conflictos. Una consideración a partir de Tucídides (J.G. Portela).

Direito e Justiça – Universidad Católica Portuguesa, vol. XIX, tomo I/2005.

De interés, Lei de saúde mental e as garantias dos direitos dos cidadãos (C. Pinto de Abreu); Notas sobre o preâmbulo constitucional (P. Rosa Ferro); As liberdades fundamentais e a análise económica do direito (C. Ferreira da Silva).

Iusta – Universidad Santo Tomás/Bogotá, N°s. 21 y 22/2005.

Destacamos del N° 21 Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia (A. Echeverri); Las transformaciones del Estado y del derecho administrativo en el marco de la integración y la globalización (A.R. Chávez); Aspectos de la historia y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania (M. Ibler). Del N° 22, ¿Justicia material o eficientismo permissivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal colombiano (M.S. Grosso); Las reformas procesales penales en Colombia (G.L. Bernal); Justicia penal, derechos fundamentales e independencia judicial (M. Martínez); Filosofía del derecho tomista y filosofía del derecho contemporáneo, diálogo (C.A. Cárdenas).

Revista Jurídica de Mar del Plata – Universidad Fasta/Mar del Plata – Argentina, N° 3/2004.

De interés Interpretación y principios (H.H. Hernández); El acceso a la justicia y la habilitación de instancia: un retroceso legal (R. Rosales – J. Guiridlián); Internalización del derecho administrativo en el marco del derecho constitucional argentino (F.C. Mumare); La resistencia al cambio y la defensa de consumidores y usuarios (J. Marceillac); La sociedad permisiva en Augusto del Noce (F. Fernández); Los institutos fundamentales del municipio y el derecho municipal (R. Zuccherino).

Prudentia Iuris – Universidad Católica Argentina/Buenos Aires N° 60/2005.

Destacamos Universidad Católica: ¡Sé lo que debes ser! Identidad y misión (Z. Cardenal Grocholewski); Santo Tomás de Aquino y la vocación de la Univer-

sidad Católica (P. Cardenal Poupard); El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética (J. N. Lafférière); ¿Expresiones del ius commune en la apotesosis de la codificación (E. Abásolo); Razón y fe: diálogo entre Habermas y Ratzinger (E. Quintana/D. Herrera); ¿Aborto terapéutico? (M.J. Montesano).

In Itinere – Universidad Fasta/Mar del Plata, N^{os} 1/2004 y 2/2005.

De interés en el N^o 1, Persona, sociedad y política en la tradición cristiana (E. Forment); Una reflexión filosófica acerca de la violencia (M. Caponnetto); Influencia en la educación familiar de la televisión y de los videojuegos (J. Álvarez); del N^o 2, destacamos León XIII y el patronazgo de Santo Tomás sobre las escuelas y universidades católicas (Fr. Aníbal Fosbery); Las aportaciones de Juan Pablo II a la filosofía (J. Lauand); El desafío de la tarea educativa: la humanización del hombre (M. Prieto); Ética ecológica, aspectos económicos (L. de Sebastián); Chesterton al encuentro de Santo Tomás (C. Calabrese).

Investigaciones – Corte Suprema de Justicia de la Nación/Argentina, N^o 3/2004.

Dedicada al derecho comparado en materia de derechos fundamentales de las personas en su sección *Jurisprudencia* contiene más de 200 páginas de reseñas de fallos de países de América como Europa y África; entre ellas merece atención la sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. de Norteamérica sobre prohibición de la pena de muerte a menores de 18 años (1.3.2005); la del Privy Council de la House of Lords (23.2.2004) sobre responsabilidad del Estado por uso de armas de fuego por policía fuera de servicio; o la de un tribunal de Cerdeña/Italia (10.7.2003) sobre acoso laboral y resarcimiento del daño producido por actividades persecutorias en contra de una empleada de la policía municipal. De la sección *Doctrina* merecen mención varios extractos de artículos sobre bioética de autores franceses e italianos (D'Agostino) como un comentario sobre la ley italiana de procreación asistida, de 19.2.2004; igualmente un artículo sobre la tutela internacional de la libertad religiosa (B. Conforti). En la sección *Estudios* se incluye La Constitución Europea, una nueva etapa de constitucionalismo europeo (L. Mezzetti, de la Universidad de Bologna). En *Noticias* se reseñan textos legislativos en materias de interés respecto a los derechos de las personas. Una última sección *Novedades bibliográficas* contiene un nutrido elenco de obras y revistas (más de 85 pp.), entre estas últimas nuestro *Ius Publicum*. Un acucioso Índice temático y de legislación contenido en el volumen completa la publicación.

*Sección a cargo del Profesor E. Soto Kloss.

NOTICIAS

- Dentro del ámbito de formación general que da la Universidad Santo Tomás a sus alumnos y abordando temas de actualidad y de interés general, el 25.4.2006 la Directora Nacional de Formación General, prof. Esther Gómez de Pedro, dictó la conferencia “La verdad del Código Da Vinci”.
- La inauguración del año académico de la Escuela de Derecho estuvo a cargo del presidente de la Asociación de Administradores de Fondos y Pensiones don Guillermo Arthur E., quien el 9.05.2006 abordó el tema “La previsión en Chile hoy, nuevos desafíos de las Administradoras de Fondos y Pensiones”.
- El 31.5.2006, el Prof. don Luis Ortiz Quiroga, titular de Derecho Penal de la Universidad Católica de Chile, y vicepresidente del Colegio de Abogados, expuso sobre el “Tribunal Penal Internacional”.
- Con motivo de la inauguración del año cultural UST, dedicado este año 2006 a “Sócrates, una vida para la verdad”, fue invitado el prof. Rafael Alvira, reconocido filósofo español, actual Director del Instituto Empresa y Humanismo de la Universidad de Navarra, quien dictó una conferencia sobre “La vigencia del problema socrático: la sofística en el poder” el día 7.6.2006.
- Los días 8 y 9 de junio tuvo lugar el Segundo Congreso Iberoamericano “Católicos y Vida Pública” que organiza la Universidad Santo Tomás. Invitados especiales fueron Alfonso Coronel (Univ. San Pablo CEU, Madrid), doña Lydia Jiménez (Madrid), Guzmán Carriquiry (Pontificio Consejo para los Laicos), Peter Koslowski (Amsterdam), Rafael Alvira (Navarra), Atilio Tamburrini (Italia), Jaime Antúnez, Fernando Moreno, Juan de Dios Vial Larraín, etc. Los trabajos presentados serán publicados oportunamente.
- El día 29.6.2006 se tuvo la visita del Ministro de Justicia, don Isidro Solís Palma, quien aceptó muy gentilmente la invitación que le formulara el decano Soto Kloss, quien fuera su profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para que expusiera en el Aula Magna “Los desafíos pendientes de las Reformas a la Justicia”, cuyo texto se publica en este mismo volumen (Sección Documentos).
- El día 31.8.2006 tuvo lugar la conferencia sobre “El conflicto del Medio Ambiente a la luz del Derecho Internacional sobre conflictos armados”, en la que intervinieron los profesores Renato Nuño Luco, titular de Derecho Internacional Público y Auditor General de la Fuerza Aérea, y Miguel Navarro Meza, Abogado, Magíster en Derecho, U. de Chile, y M. Phil. en

Estudios Estratégicos del King's College de Londres, y Profesor de la Academia Diplomática.

- El día 12.9.2006 y organizado por el Instituto Bérít de la Familia de la UST, se realizó un foro sobre “Embarazo adolescente, píldoras y familia” en el que participaron el Dr. Patricio Ventura, profesor de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Chile y miembro del Consejo Directivo de la Academia Pontificia para la Familia; la abogada Paulina Villagrán, Directora de Estudios de la Fundación Chile Unido; el profesor Crispulo Marmolejo, profesor de Derecho Económico y Jefe de la Carrera de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Viña del Mar; y la profesora Lucila Sendic, Directora del Instituto de Mediación Familiar de la Universidad Santo Tomás.
- Organizada por la Escuela de Derecho, el 12.9.2006, por la tarde y en el ciclo de conferencias que cada mes dictan para alumnos, y público en general, sobre algún tema jurídico de la actualidad, tuvo lugar la referente a “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, a cargo de los profesores de Derecho Civil don Gustavo Osorio, doña Elizabeth Sescovic y don Daniel Gaete.
- Dentro de las actividades de intercambio de la Asociación Mundial de Universidades Santo Tomás (ICUSTA), cuatro estudiantes de la Escuela de Derecho, un ayudante abogado y con el Director profesor Juan Jorge Lazo Rodríguez, han participado en el III Congreso para Estudiantes de Derecho que la Facultad de Derecho de la Universidad Fasta, del Mar del Plata, programara para los días 22 a 24 de septiembre, y con la asistencia de connotados juristas argentinos, como los doctores Castaño, Tale, Hernández, Morelli y otros.
- Durante el mes de octubre próximo y en la semana cultural 2006 de la UST, dedicada a “Sócrates, una vida para la verdad” el Departamento de Lenguaje de la Facultad de Educación ha organizado un concurso de cuentos para todos los integrantes de la comunidad universitaria tomasina.
- Ha aparecido el volumen de las Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005, “ Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo”, realizadas, como de costumbre en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás el 18.11.2005, con exposiciones de los profesores Soto Kloss, Gómez de Pedro, Mendoza, Aróstica, Alcalde, Aguerrea y Arancibia. Pedidos al Decanato de Derecho sotokloss@ust.cl o Biblioteca Central nsilva@ust.cl.

