

IUS PUBLICUM

Nº 18 / 2007



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 18 / 2007

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: sotokloss@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° 18
MARZO 2007

ÍNDICE

ESTUDIOS

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ. <i>La enseñanza del Derecho Romano a través de Gayo. Una experiencia docente</i>	13
JAVIER FRANCISCO HERRERA VALVERDE. <i>El control jurisdiccional de los actos gubernativos en Indias en los siglos XVI y XVII</i>	23
JAVIER RODRÍGUEZ TORRES. <i>Catedráticos de la Real Universidad de San Felipe: Miguel de Eyzaguirre y Arechavala (1770-1821)</i>	37
MAX SILVA ABBOTT. <i>Los derechos humanos y la píldora del día después</i>	47
EDUARDO SOTO KLOSS. <i>La responsabilidad de las municipalidades por los daños que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos</i>	65
DOMINGO VALDÉS PRIETO. <i>Independencia de la Fiscalía Nacional Económica. Una proposición para garantizarla</i>	73
EDUARDO MEINS OLIVARES. <i>El recurso de nulidad y la sentencia dictada en el procedimiento simplificado cuando el imputado ha admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del ministerio público</i>	93
PATRICIO MUÑOZ DÍAZ. <i>Los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad de las penas</i>	101
CAMILO I. COBO DE LA MAZA. <i>Originalidad rapanui</i>	125

CRÓNICA

JESÚS GINÉS ORTEGA. <i>Reflexiones éticas</i>	141
MARCO ANTONIO GONZÁLEZ I. <i>La muerte de ex Presidente Pinochet</i>	155
GONZALO ROJAS SÁNCHEZ. <i>Testimonios fuertes</i>	157
GONZALO ROJAS SÁNCHEZ. <i>Hungría ejemplar</i>	163
MARCELO ELISSALDE MARTEL. <i>Joseph Mindszenty, mártir</i>	165
CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ. <i>Píldora del día después: aspectos de Derecho, Economía y Políticas Públicas</i>	169
EDUARDO MEINS OLIVARES. <i>Problemas de constitucionalidad de unas indicaciones legislativas</i>	177

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI. <i>La persona humana, corazón de la paz. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2007)</i>	183
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones. Discurso en la Universidad de Ratisbona (Martes 12 de septiembre de 2006)</i>	191
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Homilía en la explanada de Isling (Ratisbona, martes 12 de septiembre de 2006)</i>	199
S.S. BENEDICTO XVI. <i>La ciencia al servicio del ser humano. Discurso en la Universidad Pontificia Lateranense (21 de octubre de 2006)</i>	203
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Discurso a la asamblea plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias (Lunes 6 de noviembre de 2006)</i>	207
DR. PATRICIO VENTURA-JUNCÁ, DR. MANUEL SANTOS, DR. CLAUDIO BARROS, DR. MAURICIO BESIO. <i>La píldora y el respeto por la autonomía</i>	211
JUAN IGNACIO GONZÁLEZ ERRÁZURIZ. <i>Moral y píldora del día después</i>	213
DEPARTAMENTO COMUNICACIONES OBISPADO DE SAN BERNARDO. <i>Un ejemplo de doble estándar: La píldora del día después y el uso de las armas</i> ..	215
GONZALO VIAL CORREA. <i>¿Qué le dije?</i>	217
S.S. BENEDICTO XVI. <i>La familia, célula viva de la sociedad y de la Iglesia. Ángelus en la festividad de la Sagrada Familia de Nazaret (Plaza de San Pedro, 31 de diciembre de 2006)</i>	219
S.S. BENEDICTO XVI. <i>El Papa recuerda a Chile que el derecho a la vida, la familia y la educación de los hijos son un derecho inalienable de todo ser humano</i>	221
COMITÉ PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. <i>Acoger y promover la vida. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile</i>	223
CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE. <i>A despertar la conciencia moral y social. Declaración de la Conferencia Episcopal de Chile</i>	231
PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA. <i>Justicia y bien social de la familia</i>	235
ACCIÓN FAMILIA. <i>A 17 años del eslogan: “La alegría que viene”</i>	239
ACCIÓN FAMILIA. <i>Anteproyecto de la OEA pretende imponer el matrimonio homosexual, los derechos sexuales y la doctrina de género</i>	245
GONZALO VIAL CORREA. <i>Pinochetismo y antipinochetismo después de Pinochet</i>	249
COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE. <i>Reclamación ante la OIT por trabajo forzoso</i>	253
FRANCISCO ORREGO VICUÑA. <i>¿Qué dice el Derecho Internacional?</i>	257

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema - 26.9.2006. Responsabilidad de los Servicios de Salud por daños producidos por ausencia de la debida prestación.....	261
Corte Suprema - 9.1.2007. Responsabilidad de los Servicios de Salud por daños producidos por ausencia de la debida prestación (Comentario de E. Soto Kloss).....	271
Corte Suprema - 31.5.2006. Responsabilidad municipal por accidente en vía pública por ausencia de mantención.....	289
Corte de Apelaciones de Valdivia - 6.9.2006. Recurso de protección sobre acoso laboral.....	295
Corte de Apelaciones de Talca - 25.10.2006. No renovación de matrícula a alumna con dificultades auditivas (Nota de E. Soto Kloss).....	301
Tribunal Constitucional - 9.11.2006. Inaplicabilidad artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar (Comentario de J.L. López Blanco).....	311

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES

BELÉN MONCADA DURRUTY: <i>Jaime Guzmán. El político, de 1964 a 1980. Una democracia contrarrevolucionaria</i> (Jovino Novoa Vásquez).....	331
PIETRO G. GRASSO: <i>El problema del constitucionalismo después del Estado moderno</i> (Gonzalo Candia).....	336
RESEÑA DE LIBROS	341
RESEÑA DE REVISTAS	347
EDICIONES IUS PUBLICUM	353

ESTUDIOS

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO A TRAVÉS DE GAYO. UNA EXPERIENCIA DOCENTE

*Carlos Felipe Amunátegui Perelló**

SUMARIO. 1. Una asignatura en crisis. 2. Aplicación del sistema. 3. Resultados y evaluación.

1. UNA ASIGNATURA EN CRISIS

A fines del 2004, una vez finalizado mi doctorado en la Universidad Pompeu Fabra, fui contratado por la Pontificia Universidad Católica de Chile para hacerme cargo de un curso de Derecho Romano. El desafío era naturalmente importante, no sólo por mi escasa experiencia docente al ser un recién doctorado, sino también por la profunda crisis en que el Derecho Romano se encontraba en dicha Universidad, cuestión que bien puede hacerse extensiva al país completo.

En efecto, junto con las normales trabas que el estudio del Derecho Romano suele enfrentar en Sudamérica (falta de fuentes, bibliotecas incompletas), lamentablemente esta disciplina fue objeto de fuertes críticas de parte de los profesores de otras ramas del Derecho que le asignaban poca relevancia y conexión con el Derecho Moderno, cuestión que compartían los alumnos. Tal fue el ataque que recibió esta disciplina que la Universidad Católica terminó por suprimirla de su plan de estudios durante dos años (2003-2004).

Afortunadamente, dicha decisión fue sólo transitoria y tras un cambio de autoridades en la Facultad se optó por reponer la asignatura, pero esta vez reduciendo su duración tradicional de un año a sólo un semestre. Dentro de este contexto es que fui contactado por la Universidad para hacerme cargo de una de las cuatro secciones en que se imparte.

Como fácilmente podrá comprenderse, la cuestión era bastante espionosa ya que en el transcurso de los dos años anteriores incluso se había suprimido el departamento de Derecho Romano, por lo que los profesores

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

del área ni siquiera teníamos los elementos indispensables para coordinarnos en la reestructuración de la materia.

Fue así, en esta algo desordenada libertad en que se nos dejaba, que decidí intentar algo nuevo para reconquistar la atención de nuestros alumnos. Mi intención era subrayar la continuidad que existe entre el Derecho Antiguo y Moderno, mostrando al Derecho Romano como un punto de encuentro de las diferentes tradiciones jurídicas occidentales.

La idea consistía en exponer el Derecho Romano como un sistema evolutivo, que responde a necesidades sociales concretas, especialmente ligando el desarrollo de las instituciones jurídicas a los cambios que experimenta la estructura comercial romana. Así, una vez descritas sus diferentes etapas como modificaciones funcionales a las necesidades sociales de cada época, continuar con la exposición de su desarrollo en la cultura occidental, como elemento que nos permite explicar los distintos sistemas jurídicos modernos como variaciones de las nociones romanas. De esta manera, los alumnos podrían comprender nuestro particular Derecho Civil nacional como una interpretación de un fenómeno común a toda nuestra cultura occidental y aproximarse a través del Derecho Romano a otros sistemas jurídicos.

En pocas palabras, el objetivo consistía en tomar el Derecho Romano como factor globalizador del Derecho, como mínimo común denominador al que pueden reducirse la mayor parte de las tradiciones jurídicas del presente.

Para ello, recurrí a un expediente histórico interesante. Durante el período indiano, el Derecho Romano se enseñaba tanto en el Virreinato del Perú como en la Capitanía General de Chile a través de las *Instituciones* de Justiniano comentadas por Heinccio¹. Don Andrés Bello, codificador civil nacional, fue, durante su permanencia en Chile, quien impartió clases de Derecho² y, como era usual en su época, también utilizaba este mismo texto para sus clases.

Meditando respecto a lo fascinante que resulta la interpretación de las fuentes, y comparando esta actividad con el infinito tedio que resulta de la seca lectura de manuales, pensé en retomar una remota tradición y

¹Al respecto, véase Ramos Núñez, Carlos, *La cultura jurídica en la época de la Confederación Perú-Boliviana*, Rev. Estud. Hist.-Juríd., 2000, N° 22, pp. 267 y ss.

²Entre las múltiples obras dedicadas al aporte de don Andrés Bello al estudio del Derecho destacamos ante todo Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: historia de la fijación y codificación del Derecho en Chile*, Ed. Universidad de Chile, Santiago, 1982. Resultan también interesantes a este respecto: Stojanovic Garrido, José Miguel, *Andrés Bello y los estudios legales en Chile*, Tesis para optar al grado de Licenciado, 1994; Hanisch Espíndola, Hugo, *Andrés Bello y su obra en el Derecho Romano*, Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983 y del mismo autor *El Derecho Romano en el pensamiento y docencia de Andrés Bello*, Rev. Estud. Hist.-Juríd., 1978, v 3, pp. 149 y ss. y finalmente de Ávila Martel, Alamiro, *Estudios sobre la vida y obra de don Andrés Bello*, Ed. Universidad de Chile, Santiago, 1973.

enseñar el Derecho Romano directamente a través de los textos romanos en lugar de utilizar las descoloridas explicaciones de la manualística.

La idea era verdaderamente seductora, sobre todo considerando que el estudio del Derecho Romano es precisamente el estudio de sus fuentes y, de esta manera, los alumnos se enfrentarían con los textos romanos desde el primer día de clases. Por lo demás, la utilidad de aprender manuales es siempre dudosa, mientras que una línea del *Digesto* o de Gayo puede incluso citarse en un Tribunal.

Temí, en todo caso, que al utilizar las *Instituciones* de Justiniano el curso se centrara excesivamente en el período final del Derecho Romano y necesariamente perdiera la riqueza de la evolución histórica plurisecular de la experiencia romana. Por lo demás, siempre es fácil desde otro período llegar hasta Justiniano, pero remontarse desde él a las etapas anteriores resulta excesivamente complejo. A fin de paliar este defecto, necesitaba otra fuente que también mantuviese una visión completa del Derecho Romano, sencilla en su redacción, ordenada por materias con alto contenido pedagógico y que, al mismo tiempo, hiciera referencia a los períodos anteriores a fin de mostrar una evolución en el pensamiento jurídico. La elección afortunadamente fue simple, pues las *Institutas* de Gayo cuentan con todos esos requisitos e incluso tienen uno adicional, el haber servido también de fuente a don Andrés Bello en su codificación, especialmente a través de la visión de Savigny³.

La empresa se veía bastante factible, sobre todo considerando que en fecha muy reciente se había publicado una excelente traducción de las *Institutas* en Chile⁴, de manera que incluso se encontraban disponibles en cualquier librería del país a un precio accesible a los alumnos.

De esta manera, con metas tal vez demasiado ambiciosas, el primer semestre de 2005 inicié este experimento.

2. APLICACIÓN DEL SISTEMA

El primer problema que debía resolverse era el contenido exacto que debía dársele al ramo. Con metas tan ambiciosas y sólo un semestre de tiempo, resultaba imposible ver el contenido usual que se asigna al Derecho Romano.

³En principio, cuando se expone el sistema de fuentes del Código Civil de Bello no se indican las *Institutas* como fuente. Sin embargo, su influencia es evidente, ya de la redacción misma de algunas de sus normas. Para explicar esto resulta razonable suponer una influencia indirecta a través de la lectura de Savigny, cuyo pensamiento influyó en nuestra codificación nacional. De cualquier manera, éste es un tema de investigación en el cual me encuentro actualmente trabajando y respecto al cual espero poder ofrecer una respuesta definitiva en el futuro.

⁴Nos referimos, naturalmente, a la traducción de don Francisco Samper Polo, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2000.

Así, resultó necesario tomar una decisión algo difícil, entre intentar dar una mirada superficial sobre todos los temas que suelen estar incluidos en un programa de Derecho Romano, o limitarnos a estudiar con alguna mayor profundidad sólo algunas materias excluyendo otras.

El Derecho Romano es un todo y su coherencia se refuerza en la medida que sus distintas partes se analizan, de manera que al decidir amputarle algunos contenidos se corre el riesgo de restarle sistematicidad. Por otro lado, el cubrir sólo superficialmente las instituciones suprime la riqueza de una experiencia jurídica profunda, perdiendo la materia la capacidad de crear un punto de vista crítico y comparativo respecto al Derecho Moderno.

Finalmente, el problema se situaba en intentar encontrar un conjunto de contenidos lo suficientemente relacionados entre sí para constituir un sistema completo, pero necesariamente limitado a fin de adaptarse al tiempo con que se contaba para impartir la materia.

La cuestión se resolvió de la siguiente manera: si asumimos que el Derecho Romano es esencialmente un Derecho de acciones, y que la clasificación básica de las mismas para Gayo es de acciones *in rem* e *in personam*⁵, derivando de las primeras todo el sistema de bienes, mientras que de las segundas todo el sistema de obligaciones, bien se podía, en torno a esta sencilla distinción, establecer un estudio coherente del Derecho.

En efecto, la solución sería, entonces, invertir el orden utilizado por Gayo, y comenzar el análisis de su texto por las acciones del libro IV, para continuar luego por los bienes (II) y finalizar en las obligaciones (III, 88 y ss.). Así, de alguna manera, la clasificación de las acciones actuaría como *leitmotiv*, como melodía de fondo, sobre la cual se interpretaría el derecho sustantivo que se estudiaría a continuación.

En pocas palabras, la idea consistía en aproximarnos a través del sistema de acciones al contenido sustantivo de las dos materias centrales del Derecho Civil, el sistema de obligaciones y el sistema de bienes, confiando en que el estudio de ambos tuviese la virtualidad suficiente para lograr aproximar a los alumnos al Derecho Antiguo y proyectarlos al Derecho Moderno

Si bien la supresión de la parte relativa a las personas y a las sucesiones significaba un recorte sustancial de la asignatura, lamentablemente no existía otra alternativa. Un curioso efecto del método, es que mi tema de tesis doctoral quedó excluido del programa⁶.

En cuanto a la aplicación misma del sistema en el desarrollo de una clase, la cuestión resultó bastante menos compleja de lo que en un primer momento parecería.

⁵Gai 4.1.

⁶En efecto, mi trabajo se centra en la *patria potestas* y la *manus*, dos cuestiones que evidentemente no podrían ser tratadas en este contexto.

Afortunadamente, Gayo suele presentar una visión diacrónica del Derecho, refiriéndose no sólo al estado de las instituciones en su tiempo, sino que comienza usualmente sus exposiciones con una pequeña exposición histórica⁷. Para los fines que nos propusimos esto resulta fundamental, pues a través de los datos contenidos en esa exposición histórica podemos dar un contexto funcional a la institución jurídica en comento. Así, en primer término, para entrar a hablar de una institución cualquiera se comienza por su conformación en el período arcaico, pues la textualidad de Gayo suele dar la información necesaria para ello.

A continuación se procede a la lectura de los fragmentos más relevantes de Gayo a propósito de la misma institución, explicándolos debidamente a fin de que la exégesis de los mismos resulte sencilla. Para estar seguros de la comprensión de los alumnos, se suele complementar la exposición de Gayo con algún caso, normalmente tomado del *Digesto*, para que sean ellos mismos quienes lo resuelvan a partir de la información recibida.

La ventaja del método consiste en que, puesto que los alumnos se familiarizan directamente con la fuente, en última instancia la interpretación que ellos hagan de la misma puede tener un cierto valor científico, toda vez que el mismo profesor obtiene su conocimiento del Derecho Romano de la fuente. Esto resulta desafiante, pues pone, de alguna manera, los conocimientos del profesor a prueba y rompe la relación de superioridad que normalmente un exponente tiene sobre el auditorio. En este sentido, el conocimiento directo de las fuentes es un factor democratizador de la enseñanza, ya que pone a los alumnos en situación de dar explicaciones propias y originales sobre los procesos jurídicos en comento.

Una vez establecida la situación de las fuentes y nuestro conocimiento del Derecho para la época de Gayo, se pasa a exponer sucintamente su evolución posterior, poniéndose especial acento a las innovaciones justinianeas. Aquí la clase necesariamente retoma un tenor expositivo, toda vez que el análisis detallado del cuerpo jurídico de Justiniano es excesivamente complejo para ser llevado desde las fuentes por los mismos alumnos.

El paso siguiente dentro de la exposición de la materia consiste en pasar a estudiar las interpretaciones que del fenómeno romano han dado las diferentes tradiciones jurídicas. Así, se suele retomar el análisis en el Medioevo, para pasar luego a las interpretaciones que los Códigos Civiles modernos han dado del problema, poniendo como ejemplos paradigmáticos el *Code Napoléon*, el *Código* de Andrés Bello y el *BGB*. Lo interesante de la idea es que el alumno puede observar cómo la interpretación de una misma institución puede conducir a resultados distintos, incluso opuestos,

⁷De hecho, en muchos casos la única información con que contamos para comprender el Derecho arcaico es el mismo Gayo, como en el caso de la *manus* (*Gai* 1,108 y ss.) o las acciones de la Ley (*Gai* 4,10 y ss.).

lo que le otorga una posición crítica frente al Derecho, amén de hacerle comprensible otros sistemas jurídicos aparte del propio.

Tal vez la mejor manera de visualizar esto sea a través del análisis de una institución cualquiera y la manera precisa en que se expone en clases.

Tomemos como ejemplo “la tradición”. Gayo ofrece al respecto una claridad meridiana que escasamente pueden igualar las codificaciones modernas.

En primer término, de la sola lectura de su exposición⁸ se comprende inmediatamente que, en su esencia, la tradición es simplemente el traspaso manual de bienes, a la cual el Derecho le otorga la virtualidad de transferir el dominio cuando concurren determinadas circunstancias.

En efecto, la idea de que sólo las cosas corporales son susceptibles de tradición es perfectamente comprensible desde la manualidad primigenia de la tradición, ya que son las cosas corporales las únicas que pueden ser tocadas⁹. Es así que la no tradibilidad de los derechos en el sistema gayano queda inmediatamente aclarada, casi sin necesidad de ulteriores explicaciones.

A continuación Gayo profundiza en su explicación tocando exactamente el centro de la institución al señalar que si la entrega está precedida de justa causa la cosa se hace al punto del adquirente, con tal de que el tradente sea dueño de ella¹⁰. En este punto entramos a analizar dos problemas fundamentales, a saber: el de la justa causa y el de la *potestas alienandi*¹¹. Aunque a fin de adentrarnos en el primero de ellos requerimos usualmente pasar a analizar parte del contenido del *Digesto*, el segundo se puede comprender directamente desde Gayo, especialmente si se lo relaciona con 2,62-64¹², donde se detalla que no siempre es el dueño

⁸Gai 2.19 *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

⁹Muy coherentemente, Gayo se ha encargado de hacer esta distinción unas líneas más arriba, cuando señala:

2.13 <Corporales> hae <sunt>, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 2.14 *Incorporal<es sunt>, qu<ae> tangi non possunt, qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae.*

¹⁰Gai 2.20 *Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

¹¹Evidentemente, no es este el momento adecuado para analizar la institución, puesto que el centro de nuestro interés es simplemente exponer el método empleado. En todo caso, nuestra visión al respecto es exactamente aquella expuesta genialmente en Miquel, Juan, *Compraventa y transmisión de propiedad, Derecho romano de obligaciones*, en Homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Madrid, 1994, 573 ss.

¹²Gai 2.62 *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, <alie>nare possit*

quien puede disponer de lo suyo y que en ocasiones es justamente quien no es dueño el único que puede disponer de las cosas ajenas.

Una vez comprendida en toda su simpleza y claridad la visión gayana del asunto pasamos a analizar los textos contenidos en el *Digesto*, especialmente los que nos conducen a la espiritualización de la tradición desde sus formas concretas, propias de la sistemática de Gayo. Fundamental nos resulta aquí *lex clavibus traditis*¹³, entre otros.

Una vez expuesto el enfoque que consta de las fuentes nuestra atención se centra en la interpretación posterior de la institución, especialmente la realizada por los legisladores modernos en sus codificaciones.

En primer término, se trata *in extensu* del sistema de título y modo por ser aquel utilizado por don Andrés Bello. Se lo analiza como derivación del sistema romano, aunque necesariamente oscurecido por una mala interpretación. En efecto, y siguiendo en este punto la visión clara y esquemática de Miquel¹⁴, se muestra cómo, a partir de un texto de Paulo¹⁵, la *Glosa* llegó a deformar la idea de justa causa en título, entendiéndolo como contrato cronológicamente antecedente a la entrega¹⁶.

Se plantea aquí la paradoja del mendigo, expuesta por Savigny¹⁷, y cómo la explicación de título y modo fracasa en su explicación de un fenómeno tan cotidiano.

Luego se expone el articulado del Código Civil de Bello, especialmente en lo referente a los títulos y modos¹⁸, donde la exposición es una de las más confusas de dicho cuerpo normativo.

A continuación exponemos el problema de la transmisión de la propiedad *nudo consensu* que adoptó el *Code Napoléon*¹⁹ a partir de la historia del Derecho francés. En términos generales, se hace presente

2.63 *Nam dotale praedium maritus inuita mulie<re> per legem luliam prohibetur alienare, quamvis ipsius <si>t uel mancipatum ei dotis causa uel in iure cessum uel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad prouincialia pertineat, dubitatur.*

¹³Pap. def. D. 18,1,74.

¹⁴Vid. Miquel, Juan, *Derecho Romano Privado*. Marcial Pons. Madrid. 1992, 181, como también con más detalles Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto: *historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 4, 2002, 5756-5773.

¹⁵D. 41.1.31.pr *Paulus libro trigensimo primo ad edictum. Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si uenditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

¹⁶Especialmente importante, ilustrativa en el origen del error, resulta la corrección de “*praecessit*” por “*processit*” planteada por Miquel (Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto cit.), hoy ampliamente aceptada.

¹⁷Savigny, Friederich Karl, *Obligationenrecht* II, Berlin, 1853, 254 ss.

¹⁸Art. 703 El justo título es constitutivo o traslativo de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos...

¹⁹Vid. arts. 711, 983, 1138 y 1583 del Code.

que la tradición notarial francesa incluía en los contratos la cláusula de haberse realizado ya la tradición y transferido el dominio²⁰ y que de aquí fue perfilándose la transferencia del dominio como efecto propio de los contratos que contienen una obligación de dar. Esto constituye un elemento singularmente significativo, toda vez que el sistema francés termina por comprenderse como una interpretación completamente espiritualizada del sistema romano-medieval, donde el título pasa a ser todo.

Finalmente, volvemos a Gayo y la historia del palimpsesto veronense a fin de tratar el problema del contrato real abstracto. En efecto, haciéndonos eco de la teoría de Miquel²¹ exponemos de manera sucinta los problemas de lectura que dio el fragmento Gayo 2,20 y su influencia en la creación de la doctrina de la tradición como contrato real abstracto y su final recepción en los parágrafos 925 y 929 del BGB.

De esta manera, a través de una misma fuente, se analiza el contenido de diversos sistemas jurídicos como interpretaciones y reinterpretaciones del mismo fenómeno original que constituye el Derecho Romano.

3. RESULTADOS Y EVALUACIÓN

Vale la pena plantearnos dos cuestiones respecto al método seguido, en primer término, si es que se logró captar el interés de los alumnos y, en segundo lugar, si es que la experiencia les facilitó el estudio del Derecho Civil entregándoles una herramienta de crítica del Derecho vigente a través del conocimiento de sus elementos históricos.

En cuanto al primero de estos elementos, indudablemente la respuesta fue positiva. Al respecto, en la evaluación docente hecha por los alumnos, ante la pregunta relativa a si el curso representó un aporte en su desarrollo personal y profesional, un 62,69% del curso respondió que el aporte fue muy bueno, un 35,82% que bueno y sólo un 1,49% lo evaluó de manera negativa.

Otro tanto puede decirse con la satisfacción expresada con el curso, donde un 95,52% señaló que lo recomendaría a un amigo y un 97,01% indicó que estaba satisfecho con el curso. Esto, en un curso que fue retirado de la malla a petición de los propios alumnos sólo dos años antes, resulta interesante.

A fin de medir el interés real que el curso causó, decidí luego llamar a concurso público de ayudantes, donde la cantidad de postulaciones

²⁰Tradición que hasta hoy es seguida por nuestra propia práctica forense chilena, reduciendo la tradición, al igual que en el caso de su antecedente francés, a una mera fórmula de estilo.

²¹Miquel, Juan, *Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto: historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas* en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 4, 2002, 5756-5773.

fue francamente impresionante. Los alumnos debían elegir un tema de diez previamente fijados por el profesor entre las materias que quedaron excluidas y enviarlo bajo seudónimo. Tan alta fue la participación que los diez temas no bastaron e incluso hubo alguno que se repitió. De ahí resultaron seleccionados dos ayudantes.

Por fin, en lo relativo al segundo aspecto, a si es que el estudio del Derecho Romano a través de Gayo les entregó efectivamente una herramienta crítica que les permitiese aproximarse de mejor manera al Derecho Civil, efectivamente aquellos alumnos que estudiaron a través de Gayo en el primer semestre de Derecho Civil tuvieron, en términos generales, mejores calificaciones que sus compañeros que estudiaron a través de manuales. En todo caso, evidentemente el estudio relativo a este punto aún no está concluido y será necesario esperar algunos años todavía para tener una visión clara al respecto.

De momento, el método ha sido adoptado también por mi colega y amigo el doctor Patricio Carvajal Ramírez, quien con sus puntos de vista originales le está dando un nuevo y brillante desarrollo a su aplicación.

Por ahora encontramos a través de la aplicación conjunta del método algunos nuevos problemas, a saber, la falta de un diccionario jurídico de los términos utilizados por Gayo y la necesidad de formar talleres para el estudio del latín, entre otros.

En fin, para concluir, podemos señalar que este método se encuentra en pleno desarrollo y creemos que ha contribuido a capturar nuevamente la pasión de los alumnos por una asignatura rica en dogmática y vigencia.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS GUBERNATIVOS EN INDIAS EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

*Javier Francisco Herrera Valverde**

SUMARIO: I. Introducción. II. La revisión judicial de los actos gubernativos en Indias. III. Actos recurribles. IV. Recursos propiamente tales. V. Conclusiones.

Por Mí reinan los reyes
y los príncipes administran la justicia.
Proverbios 8, 15.

I. INTRODUCCIÓN

Es una nota característica, incluso para quienes se han introducido someramente en el estudio de la historia jurídica administrativa castellano-indiana, que durante el tiempo imperial y de oro de la monarquía austriaca (1541-1700) se dio cabal protección jurídica a los gobernados, a través de distintos remedios procesales.

Perfectamente se preguntarán algunos el por qué de un tema que pudiera parecer, a simple vista, tan añejo o superado¹. Sin embargo,

*Ayudante de Historia del Derecho y Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹Respecto a los distintos remedios procesales que existieron en la época indiana pueden verse los interesantes trabajos de I. Sánchez Bella, *Las Audiencias y el Gobierno de las Indias (Siglos XVI y XVII)*, en REHJ N° 2, Valparaíso, 1979, 159-186; B. Bravo Lira, *Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492-1992). Del Absolutismo al Constitucionalismo*, en RCHHD N° XVI, 1989, 315-349; G. Villapalos, *Los Recursos en Materia Administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio*, en AHDE N° 46 (1976), 5-60; J. Barrientos Grandón, *La Fiscalización de los actos de Gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República*, en REHJ XV, Valparaíso, Chile (1992-1993), 105-130. En materia de Apelación, pueden verse: J. Barrientos Grandón, *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (Siglos XVII, XVIII, XIX)*, en RCHHD N° XVI, 343-382; E. Martiré, *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las audiencias de Indias a fines de la época hispánica* (1806) en Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América española (Siglos XVI, XVII, XVIII), Valladolid, 1984, 341-349,

huelga decir que el ideal de dar efectiva protección a los derechos de las personas no es un fenómeno privativo del constitucionalismo moderno. En nuestro caso, tiene precedentes más antiguos y descansa sobre presupuestos diferentes que toda la estructuración afrancesada o anglosajona. Y es que cuando se intentan incorporar instituciones extranjeras que no se adecuan a la realidad de un determinado país –los tan fatídicos/funestos/despreciados “*injertos extranjerizantes*”²–, es donde se generan las aberraciones más brutales en contra de los derechos de las personas³. Ya bien decía el padre O. Lira, “ni galicidad ni italidad, ni –en el sentido que estamos hablando– europeidad en general, sino única y exclusivamente hispanidad”⁴.

Y es que es posible comprobar, atendida la existencia de una numerosa documentación al respecto, que el ejercicio del poder en Indias durante la época de oro de la monarquía austriaca se hizo siempre respetando las libertades y garantías individuales, nunca en forma despótica o arbitraria⁵, sino siempre teniendo presente los derechos de los gobernados. Es así como era perfectamente posible que un súbdito de la Corona de Castilla, por sí mismo, podía ocurrir sin trabas de ninguna especie, ni gubernativas o judiciales, a instancias no sólo administrativas, sino jurisdiccionales

citado por J. Barrientos G. en *La apelación* cit. 344; R. Reimundin, *Antecedentes históricos del derecho procesal indiano*. Ministerio de Educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. República Argentina. 1953, 75-104; R. Muñoz Feliú, *La Real Audiencia de Chile*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1937, 195-259.

²Vid., E. Soto Kloss, *El derecho público ¿por qué tan desconocido?*, en *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, I, 21-34.

³En palabras de Bravo Lira, “la investigación más reciente ha mostrado que esa tradición hispánica de respeto a las personas no sólo es distinta de la anglosajona de los derechos subjetivos y de la ilustrada de los derechos humanos, sino, hasta cierto punto, contrapuesta a ellas por su carácter concreto y operante”. B. Bravo Lira, *Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492-1992). De los Recursos Judicial a las Garantías Constitucionales, en El juez entre el Derecho y la Ley, en el mundo hispánico. Del Estado de Derecho al Derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*. Editorial Lexis Nexos. Santiago de Chile. 2006, 206.

⁴O. Lira, *Hispanidad y Mestizaje y otros ensayos*. Ediciones Cultura Hispánica Colección Hombres e Ideas. 1952, 58. Como anillo al dedo vienen las palabras del maestro hispanista Jaime Eyzaguirre cuando se refiere en su *Hispanoamérica del dolor* a la construcción de la identidad hispánica: “Al ver en el hombre la imagen y semejanza de Dios, la cultura hispana no pudo sino contraponer al individualismo la personalidad, hasta lograr esa exacta gradación de valores que el mundo extraviado busca vana y afanosamente entre el oscilar absurdo de totalitarismos y democracias jacobinas”. J. Eyzaguirre, *Hispanoamérica del dolor*. Editorial Universitaria. 1990, 41.

⁵A diferencia de los Austrias, los monarcas ilustrados “fueron mucho más absolutos de lo que ellos mismo se imaginaron; porque prescindiendo, por una parte, del derecho de los súbditos a ser bien gobernados, tampoco, por la otra, creyeron nunca sinceramente en los derechos de Dios sobre los pueblos. Los monarcas tradicionalistas de la Edad Media y del tiempo de los Austrias españoles fueron *monarcas democráticos*, con la democracia orgánica que llevó a los pueblos verdaderamente tales a *colaborar*, pero no a *cogobernar*, con sus señores naturales”. O. Lira, *El orden político*. Editorial Covadonga. Santiago de Chile. 1985, 195.

cuando fueron lesionados sus derechos ilícitamente por las autoridades gubernativas, como la Real Audiencia, y hasta el mismísimo Rey. Y, como si eso fuera poco, podía en el evento que no fuese escuchado su reclamo, plantear su querrela, cuando fuese residenciada la autoridad. Por último, la propia comunidad podía destituir al Gobernador que no sirviera al cargo o no conviniera a los intereses de la propia comunidad, al grito de “*Viva el Rey y muera el Mal Gobierno*”⁶. Es por ello que parecería casi inoficioso “tener que insistir en la posibilidad que existía por parte de los súbditos de controvertir los actos de las autoridades si éstas actuaban de modo dañoso o ilícitamente, en perjuicio ilegítimo de los vecinos cuyo bien común debían ellas procurar”⁷.

II. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS GUBERNATIVOS EN INDIAS

Una de las cuestiones más importantes que se dio en este período fue el problema de la delimitación de los asuntos de gobierno y de justicia, pues, a diferencia de lo que sucedió en Castilla, donde predominan las disposiciones judiciales, ello en razón de que las Audiencias carecen de funciones mixtas⁸, en Indias casi todo es político y de gobierno. Es por

⁶Cómo no recordar el juicio de residencia seguido en contra del Gobernador Alonso de Ribera, a comienzos del siglo XVII, e incluso, la destitución del Gobernador de Concepción, Antonio Acuña y Cabrera, por notoria ineptitud o por no convenir a la propia comunidad. E. Soto Kloss, *La competencia contencioso administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia*, en RCHD, Vol. 1 (1974), N^{os}. 3-4, 349-350. En tal sentido, “La deposición de un Gobernador nombrado por el Rey era un hecho enteramente nuevo en los anales de Chile, un acto que bajo el régimen de las leyes y de las ideas de esa época, casi equivalía a un sacrilegio. Por esto mismo debía producir una alarma mucho mayor todavía que el mismo levantamiento de los indios. En Santiago como en Concepción, se creía que el mal gobierno de don Antonio de Acuña y la arrogante codicia de sus cuñados habían producido la deplorable catástrofe que tenía al reino al borde de su ruina; pero a nadie se le ocurría que, aun en esas circunstancias, era lícito quitar el mando al alto funcionario que lo desempeñaba en nombre del Rey. D. Barros Arana, *Historia General de Chile*: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana. Santiago de Chile, t. IV. 1999, 349.

⁷E. Soto Kloss, *La competencia*, cit., 349.

⁸A diferencia de lo que sucedió en Castilla, las Audiencias indianas, además de la competencia general para administración de justicia tanto entre partes como en negocios contenciosos (conociendo de los recursos de 1^a Suplicación, en primera instancia de los casos de corte, en segunda instancia respecto de sentencias de alcaldes, ordinarios, gobernadores y corregidores, de los juicios de residencia, salvo de autoridades proveídas por el rey), debían visitar las cárceles de Audiencia y ciudad, tenían competencia en materias de gobierno y administración, siendo un órgano consultivo del gobernador, virrey o presidente, verdadera *institución de equilibrio de la administración indiana*. A modo de ejemplo, ellas dictan autos acordados sobre diversas materias; al ser también cancillerías dictaban reales provisiones, podían vigilar la conducta de los corregidores (los no nombrados por el rey) mediante las “visitas de la tierra”. En cuanto a la función administrativa, recibía y ejecutaba las providencias

tales razones que se trató, afanosamente, de buscar una solución que permitiese conciliar los derechos de los particulares para acudir cuando sus derechos, bienes y honra fuesen afectados por actos de las autoridades gubernativas, la recta administración de justicia y el bien público. Sin embargo, las soluciones no fueron, la mayoría de las veces, las más idóneas. Uno de estos criterios fue la delimitación conceptual de las materias de gobierno y de justicia, “atendiendo a la naturaleza político-administrativa del gobierno y a la procesal de la justicia”⁹. Sin embargo, la imposición de este criterio generó múltiples complicaciones, pues en caso alguno ofreció una solución sistemática, precisa y uniforme para determinar la competencia de las autoridades judiciales o gubernativas, sino, por el contrario, determinó un orden casuístico, impreciso y unívoco, conduciendo a complejas contiendas de competencia entre ambas autoridades.

Otro de los criterios fue la atribución de potestad de calificación de gubernativo de un determinado asunto, contenida en diversas reales cédulas (la obtenida por Francisco de Toledo en 1568 y la de Martín Enríquez en 1570¹⁰). Una vez delimitadas las competencias de ambas autoridades, surgía el problema acerca del control jurisdiccional de los actos gubernativos cuando éstos agravan los derechos de los gobernados. Este control nace cuando se somete, controla y vigila que los actos gubernativos sean concordantes, se adecuen o sujeten a ley, no afectando los derechos de los particulares, pues en el caso de que no se produzca dicha adecuación se castigue directamente ese comportamiento contrario a derecho. Y es así como la Real Pragmática de 26 de julio de 1502 señala el régimen jurídico al que debían someterse tanto los negocios de gobernación como de justicia. Fundamentalmente, señalaba una mera descripción enunciativa de los actos de gobierno, delimitando la competencia de las Audiencias, pudiendo intervenir cada vez que los particulares entablasen recursos en defensa de sus derechos, debiendo fallarlos (anularlos) y desagraviarlos. Pero la limitación/exigencia introducida por los Reyes Católicos a la acción jurisdiccional era que antes de acoger a tramitación la querrela o recurso pidieran informe a

reales, llegando a suspender su cumplimiento por distintos tipos de vicios. Sin embargo, en Indias, la Real Audiencia, en palabras de García Gallo, “sigue siendo ante todo un tribunal de justicia, con organización distinta de las de España y competencia judicial superior a la de ésta. Sólo secundariamente, por las funciones que se le asignan por vía de comisión, primero en las instrucciones que se dan a la misma y luego, tras la reiteración de éstas ya de modo más permanente, se puede considerar como un órgano de gobierno”, vid. A. García Gallo, *Los principios rectores de la organización territorial en Indias en el siglo XVI*, en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid. 1972, 661 ss.

⁹G. Villapalos, *Los Recursos en Materia Administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio*, en *AHDE* N° 46 (1976) 15.

¹⁰G. Villapalos, cit. 24.

los corregidores u oficiales, sobre las razones en virtud de las cuales mandaron tal o cual provisión o decreto. Si consideraban que no existían razones para mandar un acto o bien éste era flagrantemente contrario a derecho, podían suspender la ejecución del acto. En definitiva, las bases del control jurisdiccional estaban dadas en razón de que “todas las cosas que los virreyes y gobernadores proveyesen a título de gobierno, está ordenado que si alguna se sintiese agraviada pueda apelar y recurrir a las Audiencias Reales de las Indias. Y allí son oídos judicialmente los interesados y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los virreyes y gobernadores. A quienes está mandado que por ningún modo impidan o estorben este recurso¹¹”.

La distinción entre asuntos de gobierno o de justicia escapaba a una discusión meramente académica, teniendo una gran incidencia para el gobierno de las Indias. Ello porque el principio general era la sumisión plena de las autoridades gubernativas a la judicial. No obstante, según algunos este principio se fue alejando en la práctica de tener entidad real, en razón de la potestad de calificación que les permitía a virreyes y gobernadores reputar gubernativo un determinado acto, haciéndolo intocable o permitiendo su inmunidad jurisdiccional. Sin embargo, el Rey en su afán de “estar con todas las gentes en justicia y en verdad”, manifestó la voluntad de dejar siempre disponible la vía judicial para que los gobernados reclamasen contra sus agravios. De esta forma, la cuestión se zanjó, en definitiva¹², conciliando dos intereses: por un lado, la atribución de competencia a gobernadores y virreyes para gobernar, con exclusión de la injerencia de las Audiencias; por otro, confiriéndole la facultad a los particulares agraviados de recurrir (*apelar*) a las Audiencias cuando fueren lesionados por autos o determinaciones, que proveyesen los Virreyes o Presidentes.

De esto se deriva que las autoridades gubernativas podían calificar un determinado asunto de gobierno sin la intromisión de autoridad judicial alguna. Pero cuando ello afectaba derechos de terceros, estos podían recurrir para ante la Audiencia, ingresando a su esfera de competencia, pudiendo suspender la ejecución del acto que pudiese generar daño irreparable al particular.

¹¹Solórzano, *Política Indiana*, V. 3, 47.

¹²*Recopilación de Leyes de Indias* (RLI) 2.15.35. Que declaramos y mandamos, que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier actos, o determinaciones, que proveyeren o ordenaran los virreyes o presidentes por vía de gobierno, puedan apelar a nuestras audiencias, donde se les haga justicia conforme a Leyes y Ordenanzas, y los virreyes y presidentes no les impidan la apelación ni se puedan hallar, ni hallen presentes a la vista y determinación de estas causas, y se abstengan de ellas. *RLI*, Instituto de Cultura Hispánica (2 vols.). Madrid. 1973 (repr. Fasc. Julián de Paredes, Madrid, 1681).

III. ACTOS RECURRIBLES

Es casi imposible enumerar los actos gubernativos susceptibles de ser objeto de un examen de juridicidad por la Real Audiencia. Ello en razón del poder jurídico de las Audiencias de *conocer toda clase de asuntos*. Es por esto que parece inoficioso el hecho de tener que enumerar todas las materias que conoce por su ministerio. Recurribles son, en principio, *todas las actuaciones administrativas que produzcan una lesión jurídica en el status de un particular*; y de esta regla *no queda excluido ningún acto*¹³. Pero la revisión judicial de los distintos actos iba a depender, desde luego, de la competencia de un determinado órgano. Por ejemplo, el Real y Supremo Consejo de Indias iba a conocer de los Recursos de Segunda Suplicación y los Recursos de Injusticia Notoria. Por el primero, respecto de *juicios civiles* cuando la suma era superior a *6.000 pesos de oro ensayado* y siempre que existiera una *sentencia revista* (cuando han conocido las reales audiencias se denomina vistas, se les puede pedir que las revean), es necesario hacer consignación y si se rechaza, se pierde ésta. El segundo, era una verdadera suplicación al Rey en causas que no admitían, por su cuantía y por haber comenzado en primera instancia ante jueces inferiores, segunda suplicación, siendo una verdadera nulidad, fundándose en la violación o defecto notorio en el procedimiento o cuando la sentencia tiene un vicio que contraría alguna de las fuentes del derecho vigente¹⁴. Ello, sin perjuicio de conocer de otras materias relacionadas, tales como las que dicen relación con las quejas del gobierno superior, real jurisdicción, cuestiones eclesiásticas, hacienda, patrimonio, etc.

En relación a las Audiencias ya hemos dicho algunas palabras, pero cabe destacar que eran la *pedra angular* del sistema protector de los derechos de los particulares en Indias: configurándose como verdaderos “castillos roqueros donde se guarda la justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos, y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho y verdad¹⁵”, teniendo facultad para controlar la *juridicidad* de todas las cosas que los gobernadores y virreyes proveyesen a título de gobierno, debiendo tan sólo contar con el *impulso procesal del agraviado*. Podían conocer distintas clases de asuntos, fiscales, judiciales, decretos,

¹³G. Villapalos, cit. 42.

¹⁴“El recurrente debía dar fianza legal, llanas y abonadas, según una provisión real, consistente en la suma de 50.000 maravedís, y una fianza para responder de 500 ducados de vellón, de los resultados de la segunda suplicación. No se consideraba este recurso como una cuestión de orden judicial, pues está dispuesto por el Consejo que se viera en la Sala de Gobierno y no en Sala de Justicia, siguiendo en su tramitación las mismas reglas que existían para la segunda suplicación”. R. Muñoz Feliú, *La Real Audiencia de Chile*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1937, 253.

¹⁵Solórzano, *Política Indiana*, V. 3, 40.

autos, determinaciones, privación de jurisdicción a los indios, privación de mercedes, imposición de gravámenes, etc. En definitiva, constituyen la causa de pedir el desagravio y la anulación por la Real Audiencia, de cualquier acto, cualquiera que sea la materia, grado o jerarquía de la autoridad, que por vía de gobierno lesione indebidamente la esfera subjetiva de derechos de un particular. Debían estos recursos fallarse y volver al *statu quo* con la mayor celeridad posible, pues la fatiga en la resolución de los conflictos podía generar daño irreparable al particular, cuestión que la Corona de Castilla estaba sumamente preocupada de evitar.

IV. RECURSOS PROPIAMENTE TALES

Valga señalar previamente que, en un sentido moderno, los *recursos procesales* son los medios que establece la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial¹⁶, cuyo presupuesto básico/fundamento es el *agravio*, entendido éste como el perjuicio que resulta para la parte en razón de haberle sido negado, en todo o parte, lo que había solicitado¹⁷. En Indias, estos remedios procesales “se caracterizan por el carácter especial de una de las partes litigantes, que tiene que ser siempre una persona u órgano de gobierno: virreyes, presidentes, gobernadores, corregidores, cabildos, etc.”¹⁸. En consecuencia, lo que existe es un verdadero contencioso, entendido como una contienda entre partes, pero no al modo civil, es decir entre particulares, que se ejerce, según la clásica definición de las *Partidas*, con seso y sabiduría, demandando y defendiendo cada uno su derecho, sino administrativo, que son las controversias jurídicas que se originan por actos de las autoridades gubernativas indianas y que se traducen en perjuicios para los particulares afectados por aquellos.

¿CUÁLES ERAN ESTOS REMEDIOS/RECURSOS PROCESALES?

1. *Las visitas de la tierra*: viaje de inspección que realizan miembros del Consejo para ver la realidad del territorio y funcionamiento de las autoridades.

Puede ser general (estudio global para proponer reformas o cambios de instituciones) o específica (visitas a funcionarios para conocer su desempeño en el cargo). En la época analizada no se esperaba que los

¹⁶M. Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. (5ª. edic.). 1997, t. IV, 229.

¹⁷J. Castellón Munita, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica La Ley. Santiago de Chile. 2004, 23.

¹⁸G. Villapalos, cit. 50.

afectados recurrieran a la justicia, sino que ésta acudía a los distintos puntos, para corregir abusos, oír quejas, reparar daños, etc. Y no sólo eso, pues “uno de los despachos acostumbrados que se entregan al visitador le autoriza a oír y sentenciar (esto, con limitaciones) las demandas públicas que pusieren los particulares contra el Virrey y la Audiencia, dentro del plazo fijado”¹⁹.

2. *El juicio de residencia*: examen judicial que debe enfrentar cada autoridad después de su período de mandato frente al delegado del Consejo, pudiendo él resultar positivo (subiendo en la escala de funcionalidad) o negativo (viendo limitada su labor). Es uno de los medios más efectivos que se conocieron. Su nombre viene de la obligación que tenía la autoridad que había cesado en su cargo de permanecer durante determinado tiempo en el lugar donde lo ejerció para ser residenciado²⁰. Eran residenciados desde el Virrey hasta el Corregidor para responder por las irregularidades que hubieran cometido y por la responsabilidad civil (pecuniaria), porque el juicio se realizaba de todas maneras hubiese o no antecedentes de irregularidad.

Este juicio también lo encontramos en las Constituciones de 1833 y 1925. En el caso de la Constitución de 1833, el plazo de permanencia era de un año, y la autorización la daba el Congreso. En relación a la Constitución de 1925, el plazo de permanencia era igual que la Constitución de 1980, seis meses. La diferencia entre este juicio del período indiano y los textos constitucionales señalados (1833, 1925, 1980) radica en que el juicio de

¹⁹I. Sánchez Bella, *Derecho Indiano. Estudios I. Las visitas generales en la América española (Siglos XVI-XVII)*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (Eunsa). Pamplona. 1991, 78. Huelga decir que este juicio contemplaba distintas etapas y subetapas, por de pronto: medidas cautelares, publicación, recusación, notificación, posibilidad de entablar demandas públicas por los particulares, información sumaria de testigos, formulación de cargos, descargos, suspensión y destierro de los visitados, envío de la visita al Consejo de Indias, sentencia del Consejo, ejecución y suplicación.

²⁰Sirvió, además, para “depurar las responsabilidades contraídas por todos los funcionarios, altos y bajos, en el desempeño de sus respectivas funciones”. J. M. Ots Capdequí, *El Estado español en las Indias*. FCE. Buenos Aires - México, 52. Reafirmando lo anterior, se dictó la Pragmática de Felipe IV de 1617, que permitía perseguir la indemnización de perjuicios por los daños o agravios producidos por los funcionarios o autoridades que hubieran sufrido los vasallos, al disponer en su Ley XIX, “Que el Consejo remedie los daños que se hubieren causado a terceros, por órdenes, que se hayan dado. Ordenamos a los de nuestro Consejo de Indias, que si en las materias que le tocan por hechos propio nuestro, o por órdenes, que hayamos dado se hubieren causados algunos daños, o agravios a terceros, los remedien y hagan que se les dé satisfacción, y procuren saber y entender si en los tributos que pagan los reinos, cuyo gobierno toca al dicho Consejo, y en la administración y cobranza de ellos hay algo que reformar y remediar, y lo hagan de forma que en esa parte quede segura nuestra conciencia, y nos ciertos de que se hace todo lo que cabe en la posibilidad de nuestra hacienda, y se compadece con los otros gastos precisos y anteriores, a que está obligada, ordenándolo así a los tribunales inferiores por quien esto corriere, y pidiéndoles cuenta de los que hicieren”. RLI 2.2.19. Felipe IV, por decreto de 14 de agosto de 1627.

residencia se realizaba de todas maneras hubiera o no cargos en contra de la autoridad, pudiendo accionar desde la persona más humilde²¹.

3. *Suspensión de la ley injusta*: cabe señalar que la presunción de legalidad²² al modo romano²³ chocaba contra la doctrina isidoriana que exigía participación de la comunidad, debiendo ser la ley justa, honesta, conforme a la costumbre de la patria, conveniente al lugar y al tiempo, redactada no para comodidad privada, sino para la utilidad común de los ciudadanos. Siendo enteramente extraño aquel principio romano de que “lo que le place al príncipe tiene vigor de ley”. Sin embargo, los reyes desde el siglo XIV dictaron reales pragmática al modo de los emperadores romanos, utilizando una fórmula como la siguiente:

“Por la presente pragmática sanción, la cual quiero y mando y es mi merced y voluntad que haya fuerza y vigor de ley, bien así como si fuese hecha y ordenada y establecida y publicada en cortes, mando y ordeno de mi propio motu y cierta ciencia y poderío real...²⁴” Ocurrió en este sentido que las cortes se sintieron lesionadas por normas absolutas que debían cumplir sin excepción alguna, tanto de orden privado como público. No obstante, la comunidad adquirió el derecho de suplicar las leyes, de obedecerlas por venir del Rey, en reconocimiento hacia su dignidad, pero no cumplirlas, por los perjuicios que su cumplimiento podía irrogar a los particulares. El presupuesto jurídico sobre el cual descansaba la súplica, era la presunción de que la voluntad real siempre obraba en conformidad a derecho, pero cuestiones ajenas a su voluntad lo llevaban a dictar normas contra derecho.

²¹En el juicio de residencia constitucional contra un Ex Presidente no hay posibilidad de que el hombre común accione, ya que está reservado sólo a los diputados y si después es acogida la acusación, puede la persona común perseguir la responsabilidad civil y penal del Ex Presidente mediante un nuevo juicio.

²²Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos en el derecho público chileno, que incluso en el derecho indiano tenía una vigencia restringida, excepcional y limitada por la suspensión de la ley injusta, vid B. Riveros de Gatica, *La presunción de legalidad del acto administrativo: el art. 3º de la ley 19.980 de procedimiento administrativo a la luz de la Constitución de 1980*, en IP N° 16 (2006), 117-124. Respecto al origen de este privilegio/resabio absolutista de la Administración que algunos *insólitamente* siguen sosteniendo, vid. I. Aróstica Maldonado, *¿Qué queda de la presunción de legalidad?*, en RDJ, t. 88, 1991, Primera Parte, Sección Derecho, 1-7.

²³Así un texto de Ulpiano reza: “Lo que al príncipe le agrada tiene fuerza de ley, porque por la ley regia, que se estableció acerca de su potestad, el pueblo transfirió al príncipe todo su imperio. Esto supuesto, todo lo que el emperador estableció por cata, suscripción o decreto, con conocimiento de causa o por sentencia interlocutoria, sin figura de juicio, o mandó por edicto, consta que es ley. Estas son las que vulgarmente llamamos *Constituciones*” (*Digesto I*, IV, 1). En A. Levaggi, *Manual de Historia del Derecho (Castellano - Indiano/Nacional)*. Ediciones Delpalma. Buenos Aires. 1986. t. I. Parte General, 245.

²⁴A. Levaggi, *Manual cit.* 247.

Así, se reconocieron cuatro causales de suspensión de la ley injusta, dos de ellas por vicios en la dictación: (I) Vicio de obrepción: término canónico y que significa que la ley fue dictada con desconocimiento de los hechos; (II) Vicio de subrepción: significa que hubo falseamiento de los hechos, lo cual es más grave, y dos en sus efectos: (i) Escándalo conocido y (ii) Daño irreparable²⁵.

En cuanto al procedimiento de suspensión, es menester diferenciar entre el acatamiento de la ley y su cumplimiento. En principio toda ley debe ser obedecida, lo cual se hace formalmente porque viene del Rey, poniendo la real cédula sobre la cabeza y señalando: “se obedece o se acata, pero no se cumple”, es decir, se obedece por venir del Rey, pero se suspende su cumplimiento con dos aspectos a destacar: (1) Es una suspensión de la ley y no derogación²⁶, porque esto último le corresponde al rey; (2) La suspensión es teóricamente provisional mientras el rey resuelve definitivamente, porque junto con suspender la ley se le debe suplicar que la enmiende o la deje sin efecto, cosa que el rey puede acoger o no.

4. *Recurso de nulidad*: era un medio de defensa muy utilizado y ventilado en los juicios que se seguían ante la Real Audiencia; “podía presentarse ante el mismo tribunal que dictó la resolución anulable o ante el superior: tratándose de la Audiencia, se intentaba conjuntamente con el de apelación o suplicación. Debía intentarse en un plazo de sesenta días si la nulidad era notoria²⁷” Consistía en un recurso de carácter extraordinario que concedía la ley al litigante agraviado por una resolución judicial, con el objeto de invalidar una sentencia dictada con infracción de las formas esenciales del procedimiento, o faltando ciertas condiciones de validez. Podía intentarse directamente, acompañado de la suplicación o apelación, o como incidente de esta última. Procedía tanto en contra las sentencias dictadas por los corregidores como en contra de las dadas por la Audiencia, pero con diferencias sustanciales, en cuanto a sus efectos.

²⁵Sucedió, por ejemplo, que con motivo del desastre de Curalaba en 1598, se dio muerte al gobernador Oñez de Loyola. “Se pidió entonces al rey, entre otras cosas, que declarara a los indios esclavos por rebeldes: no por ser indios, sino por ser rebeldes. Después de hacerlo estudiar maduramente, resolvió el monarca en 1608 declarar esclavos a los indios mayores de 18 años, si se los encontraba con las armas en la mano alzados contra el rey. Cuando el gobernador recibió la cédula en Santiago, dijo que la obedecía, pero no la cumplía, porque su conciencia le vedaba hacer esclavo a quien nació libre, y suspendió el cumplimiento” porque entendió que su aplicación era desfavorable para la condición jurídica de los indios, por los daños (irreparables) que se podrían causar); vid. B. Bravo Lira, *Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo* (1492-1992); del Absolutismo al Constitucionalismo, en RCHHD, N° XVI (1989). 329.

²⁶Que es la cesación de la eficacia jurídica de una ley, en virtud de lo dispuesto por otra disposición que reemplaza o no a la anterior.

²⁷A. Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (2ª. edic.). Unam. México. 1998, 110.

Principalmente procedía contra vicios que desnaturalizaban las sentencias o el procedimiento (al modo de las causales del recurso de casación en la forma actual), como: (1) Incompetencia del juez; (2) La sentencia era contra la naturaleza de las cosas, derecho vigente, buenas costumbres; (3) La obtenida con cohecho del juez; (4) La falta de emplazamiento; (5) La no recepción de la causa a prueba; (6) El haberse dictado con *ultra petita*; (7) En darse sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada.

5. *Los casos de corte*: era un caso de justicia delegada o por comisión, que violaba aquel principio en virtud del cual el demandado debía ser emplazado en el lugar de su domicilio. Esta institución se constituía en una medida de protección social, verdadera garantía para los litigantes *pobres*²⁸, pero también para la recta administración de justicia, que designaba la antigua injerencia de la Corte del Rey en esos negocios, con el objeto de sustraer a los jueces de primera instancia de la influencia de los señores de los pueblos. Estos asuntos debían plantearse en el lugar de asiento de la Audiencia, y no en el domicilio de las partes.

Algunos de estos casos eran²⁹: (1) Los relativos a la mujer forzada, casa quemada, quebrantamiento de camino y otros a los cuales se avocaba el monarca; (2) Aquellos en virtud de los cuales se encontraban involucradas personas rústicas y miserables como viudas, huérfanos, menores y otros; (3) Cuando estaban involucradas personas constituidas en dignidad, lo cual no perseguía proteger a la persona importante, sino al revés, a quien debía contender con él.

6. *Recurso de apelación*: el concepto que se tenía en Indias respecto a la apelación estaba contenido en una ley de las *Partidas* (Ley 1, título 23, Partida III), la cual disponía que “*Alzada es querella que alguna de las partes faze de juicio que fuesse dado contra ella, llamando e recorriéndose a emienda de mayor juez; e tiene pró el alzada quando es fecha derechamente, porque con ella se desatan los agrauamientos que los juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender*”. En palabras de un connotado historiador, “constituyó el más eficaz remedio para proteger los derechos de las personas en el Estado indiano frente a la actuación de los gobernantes”³⁰. Este recurso consistía en una provocación al superior

²⁸Tenían este privilegio: los pobres o miserables que litigan contra poderosos (para ellos vale aquella descripción que hacía Solórzano respecto de las Audiencias como castillos roqueros donde se guarda la justicia, los *pobres* hallan defensa de los agravios y opresiones de los *poderosos*), los hombres muy viejos o afectados por importantes enfermedades, los menores de 25 años, relatores, abogados, escribanos para demandar su salario, Ayuntamientos, Iglesias, Monasterios, Hospitales, etc.

²⁹Vid. A. Dougnac, *Manual* cit. 110.

³⁰J. Barrientos Grandón, *La fiscalización de los actos de Gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República*, en REHJ XV (1992-1993), 105-106.

jerárquico para que enmiende con arreglo a derecho una determinada actuación mal hecha por sus subordinados (*ad superiorem provocatio*). La nota distintiva de este recurso es que permitía no sólo enmendar todas las sentencias definitivas, sino también los acuerdos u órdenes de las autoridades gubernativas y administrativas. Por ello que esta apelación tiene una naturaleza jurídica diferente a la apelación “tradicional”, pues no sólo se refiere a la impugnación de resoluciones dictadas en el juicio, sino también sobre materias extraprocesales o gubernativas/políticas, adquiriendo un carácter mixto. La real cédula de 15 de febrero de 1567 vino a “dar forma al recurso de apelación en materia de gobierno, y según ella cualquier persona que pretendiese ser agraviada por lo que proveyere por vía de gobierno en sus provincias del virrey, podía ocurrir a la real audiencia de la sede del virreinato para que en ella se hiciera justicia, sin que el gobernador recurrido se hallare presente en la vista y determinación del recurso³¹”. No es nuestro objeto extenderse detalladamente en todos los trámites que se debían seguir para ante la Real Audiencia. Lo que por el momento nos interesa, son aquellas materias de gobierno que fueron objeto del recurso en comento, tales como: (1) Privación de Encomiendas, (2) Privación de Oficios, (3) Imposición de gravámenes y la (4) Libertad de los cabildos³².

7. *Recurso de suplicación y segunda suplicación*: el fundamento del recurso de suplicación era análogo al de la apelación, siendo su objeto el mismo. No obstante, la esencia de la apelación es la impugnación de una determinada resolución de un tribunal inferior para ante un tribunal superior en grado de jerarquía inmediato. Sin embargo, hay tribunales respecto de los cuales no se podía apelar, por cuanto no tienen superiores, en razón de su *dignidad y excelencia*. Por ello es que se estableció la posibilidad de suplicar, consistente en la solicitud de una merced o gracia del Rey. Es como en Castilla, un remedio contra actos firmes en principio, contra sentencias, que por circunstancias especiales, personales o de la cuantía del pleito se concede³³. La suplicación se veía en el Consejo. Como último remedio contra las resoluciones de la Audiencia existía en el derecho indiano la segunda suplicación. No era una tercera instancia sino un recurso extraordinario que por su naturaleza misma se dirigía a la potestad soberana, no perteneciendo a la potestad judicial, y aunque era conocido y fallado por el Consejo de Indias, en *stricto sensu*, se interponía ante el propio Rey, el cual lo remitía a aquél, pero la sentencia se entendía que era del Rey y no del Consejo.

³¹J. Barrientos Grandón, *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (Siglos XVII, XVIII, XIX)*, en RCHHD N° XVI (1989), 352.

³²J. Barrientos Grandón, *La apelación* cit. 373-381.

³³G. Villapalos, cit. 60.

V. CONCLUSIONES

Si bien fue imposible evitar las extralimitaciones en el obrar de las autoridades indianas, no prevaleció, en caso alguno, la inmunidad jurisdiccional.

Uno de los deberes del Rey era estar en justicia y en verdad con los gobernados. Así, en su afán justiciero, por medio de distintas Reales Cédulas, estableció la facultad de las Audiencias de conocer *siempre* todas las reclamaciones que interpusieren los particulares contra actos de virreyes y gobernadores, que éstos proveyesen a título de gobierno.

Se acogieron con facilidad toda clase de denuncias y quejas, lo mismo las que provenían de los propios particulares perjudicados que las presentadas por algunos funcionarios contra sus inmediatos superiores³⁴.

Que la apelación en materia de gobierno constituyó el más eficaz remedio para obtener la protección de la persona y bienes de los vasallos del reino de Chile³⁵.

Que no sólo existió un eficaz sistema de remedios procesales para recurrir ante agravios, sino órganos que verdaderamente los hacían efectivos en la práctica: las Reales Audiencias, pues en palabras del famoso jurista indiano Domingo de Soto “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”³⁶.

³⁴J. M. Ots Capdequí, *El Estado* cit. 53.

³⁵J. Barrientos Grandón, *La apelación* cit. 382.

³⁶Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, Libro II, q. VI.

CATEDRÁTICOS DE LA REAL UNIVERSIDAD DE SAN FELIPE: MIGUEL DE EYZAGUIRRE Y ARECHAVALA (1770-1821)

*Javier Rodríguez Torres**

CONTEXTO

Desde la época de su creación en el siglo XVI, el Reino de Chile carecía de una Universidad Real en la cual los naturales del reino pudieran realizar estudios jurídicos. Por esta razón todos los que tenían esta inquietud debían trasladarse a Lima o a la Península si querían obtener un grado en Derecho.

La propia Real Cédula de erección de la Universidad manifiesta con claridad la preocupación de los habitantes del Reino que insistentemente habían solicitado al rey que se estableciera una Universidad Real. Así, se señala que “se ha representado dilatadamente lo conveniente que sería la erección de la universidad en aquella ciudad, así para los naturales de aquel reino como para los de las provincias de Buenos Aires, Tucumán y Paraguay, que siendo al presente de las más pobres del Perú, la escasez de medios no les permite conducirse a Lima por la distancia de mil leguas, en que sobre el riesgo de tan dilatada navegación y oposición de climas, consumen en país tan costoso crecidas cantidades, que regularmente exceden a las facultades de sus caudales”¹. Como se puede ver, la zona sur del continente americano carecía de Universidad donde realizar estudios jurídicos y los habitantes del Reino de Chile sienten que “el pueblo se ceñía mal a la estrechez de su gobierno: la distinción de la naturaleza le inspiraba dominio en el arte: el costo de más y el riesgo no le dificultaban conseguirlo, pero difamada la nota de mendigarla, porque lleva mal la dependencia quien aspira al imperio. Continuóla, sin embargo, el pueblo, y en la repetida servidumbre la misma sujeción le excitó el designio: era éste destinar sitio a la erudición”².

*Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás. Diplomado de Estudios Avanzados, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona/España).

¹Real Cédula de erección de la Universidad de San Felipe, 28 de julio de 1738, en Medina, José Toribio, *La instrucción pública en Chile desde sus orígenes hasta la fundación de la Universidad de San Felipe*, Santiago 1905, II, 259-261.

²Anfv. Vol. 276, fs. 19-23.

En el territorio que ocupaba el futuro virreinato de Buenos Aires no existía Universidad con Facultad de Leyes sino muy entrado el siglo XVIII. En efecto, a pesar de haber sido autorizada a conferir grados en 1621, la Universidad de Córdoba enseñaba exclusivamente filosofía y teología hasta la creación de la Facultad de Cánones y Leyes en 1791. Para el caso del puerto de Buenos Aires, la situación fue aún más radical. Sólo se crea Universidad en dicha ciudad el 12 de agosto de 1821.

Lo expuesto líneas más arriba explica por qué entre los graduados de la Universidad de San Felipe se puede encontrar un número importante de alumnos que vienen de fuera del Reino. Para ellos, la falta de Universidad con Facultad de Cánones y Leyes en su propio territorio tenía los mismos factores de limitación que representaba para los chilenos.

La Universidad era también vista como una forma para que los habitantes de reinos lejanos, como el de Chile, pudieran acceder al servicio de la monarquía en ciertos cargos y oficios que importaban por una parte un gran prestigio social, y por otra, importantes ingresos económicos. Los naturales del reino, y de los territorios vecinos, veían cómo sus posibilidades de acceder a cargos y plazas de importancia se reducían en forma drástica si no contaban con un grado académico, especialmente uno de los que otorgaba la Facultad de Cánones y Leyes, que desde sus orígenes en Bolonia estaban estrechamente vinculadas al poder temporal y espiritual.

Este servicio a la monarquía lo podemos ver en a lo menos tres instancias distintas:

- a) Una primera es la que se vincula a la propia Universidad, a través de las distintas cátedras existentes en ella. Como es de toda evidencia, los primeros catedráticos nombrados por el rector Tomás de Azúa habían estudiado todos en la Universidad de San Marcos de Lima, aunque eran todos regnícolas. De ahí en adelante, la corporación generó a sus propios catedráticos ya que las cátedras, previa oposición, eran provistas por individuos que habían realizado sus estudios en la propia Universidad.
- b) La segunda estaba representada por el servicio de la toga en Audiencias y Consejos. La Real Audiencia establecida en Santiago en 1609³, se nutrió de egresados de universidades peninsulares y de otros reinos americanos. Sin embargo, desde el establecimiento de la Universidad de San Felipe, un total de 15 graduados de ella entraron a servir en Audiencias. Es el caso de José Santiago Aldunate, Pedro Vicente Cañete, Francisco Cisternas y Gallardo, Santiago Corbalán, Juan Manuel de

³Originalmente se había establecido en Concepción en 1567 pero fue posteriormente suprimida.

Elizalde, Miguel de Eyzaguirre, Manuel Gorbea, Alonso Guzmán, José Ignacio Guzmán y Manuel José Reyes⁴.

Un caso interesante es el del graduado José Ignacio Guzmán de Peralta, chileno que por real provisión fechada el 5 de octubre de 1792 se le despachó título de oidor de Audiencia y Chancillería Real de Granada, llegando a ser caballero pensionado de la Orden de Carlos III, y consejero honorario de Estado.

- c) Por último, estaba la carrera de la Iglesia. Sin perjuicio de la importancia que podían tener en este ámbito los estudios de filosofía y teología, la vertiente canónica de los estudios jurídicos atrajo a importantes figuras. Por mencionar sólo a algunos, José Antonio Martínez de Aldunate (1731-1811), rector de la Universidad de San Felipe y luego obispo de Huamanga y de Santiago; Diego Antonio de Elizondo (1779-1852), vicario capitular de Santiago en 1827 y luego obispo de Concepción en 1841; Juan Francisco Meneses (1785-1860), rector de la Universidad de San Felipe desde 1821 y posteriormente primer rector de la Universidad de Chile en 1839.

Otro aspecto interesante es que los graduados en la Facultad de Cánones y Leyes de la Universidad de San Felipe tuvieron significación, fue en la formación de las minorías dirigentes que encabezaron los Estados sucesores de la Monarquía española.

Los sucesos acaecidos en la Península Ibérica a partir de 1808 dieron origen a los llamados movimientos juntistas en América. En el caso de Chile, la primera Junta Gubernativa se estableció el 18 de septiembre de 1810. Los graduados de la Universidad, José Gregorio Argomedo y José Gaspar Marín, fueron los dos Secretarios de la primera Junta gubernativa de 1810⁵, y el primer Vocal, el ya mencionado José Antonio Martínez de Aldunate. Sin embargo, tanto Argomedo como Marín eran sujetos conservadores y por tanto fueron desplazados cuando el movimiento Juntista devino en separatista.

Producida la independencia definitiva en 1818 la Universidad nutrió las minorías dirigentes del Chile republicano. En efecto, es posible constatar como los graduados en Cánones y Leyes forman la clase dirigente hasta por lo menos la década de 1850.

En primer lugar, la más alta magistratura fue ocupada por los graduados Francisco Antonio Pinto como vicepresidente de la República de 1827 a 1828⁶ y luego como Presidente de la República en 1829 por unos

⁴Para esto, Barrientos Grandón, Javier, *Los letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834). De Iure Animata en el Nuevo Mundo*, 2 vol. Tesis doctoral Universidad de Castilla La Mancha, Facultad de Derecho, Toledo 2004, parte I, cap. II, 17-55. Agradezco al autor el haberme facilitado un ejemplar.

⁵Texto en Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República*, Santiago 1986, 3 y ss.

⁶Electo el 8 de mayo de 1827 y reasume el 19 de julio de 1828.

meses⁷. José Tomás Ovalle, Presidente de la Junta de Gobierno que asume el poder el 24 de diciembre de 1829. Luego asume como vicepresidente de la República en 1830⁸.

En otros cargos de importancia, por mencionar sólo algunos, ya que la lista es muy abundante, nos encontramos con casos como el de Agustín Vial Santelices, que forma parte, entre otros, de las Juntas Gubernativas de 1811, 1812 y 1813, fue Ministro de Hacienda en 1820 y 1823, Ministro de Marina en 1826, Diputado del Primer Congreso Nacional en 1811, del Congreso de 1823, del de 1829-30 y reelegido hasta que falleció en 1838⁹. Juan Francisco Meneses, Secretario General de la Junta de Gobierno de 1829¹⁰, Ministro de Hacienda en 1830¹¹ y primer Rector de la Universidad de Chile. Santiago de Echeverz, miembro del Congreso Constituyente de 1823, diputado en 1831, Senador en 1849 y hasta su muerte en 1852¹². Juan José Echeverría, Diputado en 1811, 1823 a 1825, Secretario de Gobierno en 1814. Joaquín Echeverría, Diputado en 1811, Senador en 1812 y Diputado en 1829. Manuel José Gandarillas, Diputado en 1824, 1826, 1828 y 1831; Senador desde 1834 a 1843. Juan José Manzano Bustamante, presidente de la Asamblea Provincial de Concepción en 1823, 1825, 1826 y 1829. Pedro Cuadra Baeza, Diputado en 1829 y 1831. Fernando Antonio Elizalde Marticorena, Diputado en 1824 y 1828; Senador desde 1831 hasta 1838. Además, formaron parte de los diversos Congresos que se sucedieron: José Gabriel Palma, Pedro Palazuelos Astaburuaga, Francisco Javier Lira Argomedo, Carlos Rodríguez Erdoysa, José María Argandoña, Juan José Urivi Rivas, entre otros.

Por último, está el tema de la judicatura del Chile republicano. En 1811, la Real Audiencia fue sucedida por el Tribunal de Justicia y Apelaciones que subsistió hasta 1814. Pues bien, la totalidad de los ministros que componían este Tribunal habían egresado de la Universidad. Estos eran: Francisco Cisternas, José Silvestre Lazo, Gregorio Argomedo, Bernardo Vera y Pintado y Juan de Dios Vial del Río.

Además de los anteriores, nos encontramos en años posteriores con casos como el de Gaspar Marín Esquivel (1772-1839), ministro de la Corte Suprema de Justicia entre 1823 y 1835; Manuel José Gandarillas (1789-1842), ministro del mismo tribunal entre 1833 y 1840; José Miguel

⁷Desde el 19 de octubre de 1829, hasta el 24 de diciembre del mismo año.

⁸Bajo la presidencia de don Francisco Ruiz Tagle que asume el 18 de febrero de 1830.

⁹Referencia a los cargos que ejerció en Valencia Avaria, Luis, nota 5, I, 51, 149, 196, 423, 425, 426, 428, 430-36, 446, 448, 457; II, 6, 11, 13, 37, 40, 91, 105, 107, 111-14, 117, 120, 128,-30, 137.

¹⁰Nombrado por decreto de 8 de enero de 1830, aunque de hecho se desempeñaba como secretario de la Junta desde su instalación.

¹¹Valencia Avaria, nota 5, 466.

¹²Valencia Avaria, nota 5, I, 149, 196; II, 29, 30, 36, 37, 40, 58, 63, 114, 128-30, 135, 138, 145, 172, 178, 180, 181, 188.

Infante Rojas (1778-1844), ministro de la Corte de Apelaciones entre 1823 y 1831. Esto es sólo una muestra de la trascendencia que tuvo la Facultad de Cánones y Leyes en la formación de los hombres que integraron la judicatura en Chile durante la primera mitad del siglo XIX.

EL CASO DE MIGUEL EYZAGUIRRE ARECHAVALA

Como una manera de ilustrar las reflexiones que se han adelantado más arriba, expondré el caso de un estudiante y luego catedrático de la Universidad. En él, podremos ver cómo un individuo nacido en el reino de Chile luego de realizar sus estudios en la Facultad de Cánones y Leyes de la Real Universidad de San Felipe, accederá a la cátedra universitaria, será elegido rector de la Universidad y finalmente obtendrá una plaza en la Real Audiencia de Lima.

Miguel de Eyzaguirre Arechavala nació en Santiago de Chile el 25 de abril de 1770, donde fue bautizado el 12 de agosto de ese mismo año¹³, y murió en el pueblo de Guadalupe, departamento de La Libertad, Perú, el 6 de mayo de 1821.

Hijo legítimo de don Domingo de Eyzaguirre, natural de Zemein, Vizcaya, donde fue bautizado el 10 de mayo de 1724, y sirvió como juez de balanza de la Casa de Moneda de Lima (1748), y ensayador (1753), y ensayador mayor de la de Santiago de Chile (1772-1795); y doña María Rosa de Arechavala y Alday, natural de Concepción, muerta bajo testamento otorgado en Santiago en 1811 ante Manuel Solís, quienes habían contraído matrimonio en Santiago de Chile el 6 de abril de 1765.

Sus abuelos paternos fueron don Juan Bautista de Eyzaguirre, natural de Zemein, donde fue bautizado el 8 de septiembre de 1685, y doña Magdalena de Escutasolo, bautizada en la Anteiglesia de Echavarría el 29 de abril de 1689.

Sus abuelos maternos fueron don Julián de Arechavala, natural de Berlanga, Álava, muerto bajo disposición testamentaria otorgada en Santiago de Chile el 11 de noviembre de 1772 ante Nicolás de Herrera; y doña Juana de Alday y Axpee, natural de Concepción en el reino de Chile, hermana de don Manuel de Alday y Axpee, obispo de Santiago de Chile.

Sus bisabuelos paterno paternos fueron don Pedro López de Eyzaguirre, bautizado en Zemein el 26 de abril de 1627, y doña Luisa de Arcocha, bautizada en San Pedro de Berriatía el 3 de agosto de 1647.

Sus bisabuelos paterno maternos fueron don Vicente de Escutasolo, bautizado en Echavarría el 20 de enero de 1647, y doña Magdalena de Azorinzábal, bautizada en Echavarría el 6 de septiembre de 1646. Sus

¹³Parroquia del Sagrario de la Catedral de Santiago, Libro 22 de Bautismos, folio 192, vta.

bisabuelos materno paternos fueron don Francisco de Arechavala y doña Águeda de Paul.

Sus bisabuelos materno maternos fueron don José de Alday, bautizado en Vergara, vecino de Concepción en el reino de Chile; y doña Josefa de Axpee, bautizada en Concepción el 28 de diciembre de 1685, muerta bajo disposición testamentaria otorgada en Santiago de Chile el 24 de febrero de 1760 ante Juan José de Morales¹⁴.

No tomó estado matrimonial.

El 11 de septiembre de 1787 se matriculó en la facultad de cánones y leyes de la Universidad de San Felipe¹⁵. En 1788 se graduó de bachiller en teología¹⁶. El 5 de diciembre de 1789 fue examinado del tercer libro de Instituta¹⁷, y el 5 de febrero del año siguiente del libro cuarto¹⁸, y el doce de marzo fue examinado de las 33 *Quaestiones* teológicas previas al grado de bachiller¹⁹. Se graduó de bachiller el 17 de marzo de 1790²⁰. El claustro de la Universidad acordó concederle los grados de licenciado y doctor en cánones y leyes el 19 de junio de 1790²¹.

Fue recibido como abogado por la Real Audiencia de Santiago de Chile, y el cabildo de la catedral de Santiago le encomendó el cuidado de la biblioteca que había donado a la corporación su tío abuelo el obispo don Manuel de Alday y Axpee²², y que procedía en su mayoría de la biblioteca de su tío don Francisco Ruiz de Berecedo, oidor honorario de Santiago de Chile²³.

En 1790 hizo oposición a la cátedra de Instituta de la Universidad de San Felipe, pero no la obtuvo²⁴, y nuevamente hizo oposición a ella en 1793, esta vez con éxito²⁵.

¹⁴Espejo, Juan Luis, *Nobiliario de la Capitanía General de Chile*, Santiago, 1967, p. 40.

¹⁵Anfv. Vol. 112, *Índice del Libro de matrícula de la Universidad de San Felipe*, fol. 49.

¹⁶Anusf. 16, *Grados de Bachiller en Teología*, legajo 49. *Expediente de Bachiller en Teología de don Miguel de Eyzaguirre, 1788*.

¹⁷Anusf. 6, *Libro de Exámenes de esta Real Universidad de San Felipe*, fol. 196r.

¹⁸*Ídem*, fol. 196v.

¹⁹*Ídem*, fol. 197r.

²⁰Anusf. 10, *Libro de Grados de Bachilleres en Cánones y Leyes*, legajo 77. Expediente para el grado de bachiller en cánones y leyes, fol. 190r-196r.

²¹Anusf. 14, *Libro de Grados de Doctor en Cánones y Leyes*, legajo 35, fol. 230r-233r.

²²Aránguiz Donoso, Horacio, "Notas para el estudio de la biblioteca del obispo de Santiago don Manuel de Alday (1712-1788)", en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, V, Quito, 1980, 625-653.

²³Ane. 637, "Codicilo de don Francisco Ruiz de Berecedo", Santiago, 22-VI-1746, fol. 365v: "Primeramente es mi voluntad que despues de mis días ce le den y entreguen a el Dr. Dn. Manuel de Aldai mi sobrino canonigo desta santa Iglecia y comisario de la Santa Cruzada todos los lienzos que tiene en su quarto. Y asimesmo toda la libreria que se halla en mi estudio excepto los libros agenos que le tengo comunicados y excepto los tinteros, salbadera, campanilla y tabla, que estos quedan por la dicha Da. Bernarda mi esposa".

²⁴Anrach. 598, pza. 6, Oposición a la cátedra de Instituta, 1790.

²⁵Anrach. 2.123, pza. 10, Oposición a la cátedra de Instituta, 1793.

Mientras sirvió la Cátedra, se mostró especialmente preocupado por el estado en que se encontraban los estudios pues el mismo rector don Francisco Javier de Errázuriz manifestaba su “dolor al ver la flojedad e inepticia con que gira el de Instituta de Justiniano. Dentro de la Universidad apenas se pasaran ocho párrafos en otras tantas conferencias y lecciones extemporáneas que por el plan que rige tocarán en todo el año...”²⁶. En parte, para mejorar la enseñanza, proponía adoptar la reforma de estudios de la Universidad de Salamanca de 1771 en que se explicaba la cátedra según el texto de Arnoldo Vinio. Eyzaguirre cree que “plantificado el omnimodo arreglo que se desea, se esperarán de los cursantes maravillosos progresos en las ciencias, que serán para esta Real Universidad el brillante resplendor de su fama. Se desterrarán los errores comunes, formándose sobre cualquier materia un juicio totalmente recto, y así se exaltará el aprecio de la República”²⁷. El compromiso de Eyzaguirre era que “mantendré un paso voluntario de Instituta, cual hasta ahora he tenido. Y éste ha sido en casa... no habiendo éste más que en los días acostumbrados”.

Sin perjuicio del celo que Eyzaguirre mostró en el servicio de la cátedra de Instituta, para la que fue reelecto, sus aspiraciones eran mayores. La cátedra de Prima de Cánones era de las más apetecidas en la Universidad por el prestigio que implicaba, y como si eso fuera poco, era además vitalicia. Por lo tanto, parecía ser el peldaño siguiente del prometedor *cursus honorum* universitario de Eyzaguirre.

En 1798 se opuso Eyzaguirre a la cátedra de Prima de Cánones que se encontraba vacante. Sin embargo, en la votación que debía realizarse en el claustro empató con su contendor don Vicente Larraín y Salas, cura de la Catedral. Por esta razón, el Regente de la Audiencia don José de Rezábal debía ser el encargado de dirimir el empate, y lo hizo, inclinándose por Larraín, e invocando en su favor la mayor edad del sacerdote. Eyzaguirre entabló entonces instancia ante el Gobernador y sostuvo que la elección de Larraín era nula porque en el claustro había votado un hermano suyo. No le favoreció tampoco la suerte en el fallo y debió entonces recurrir ante el Consejo de Indias.

Encontrándose en trámite este juicio, llegó una Real Cédula de 24 de abril de 1801, por la que el monarca disponía que, mientras se formaran las constituciones de la Universidad, las cátedras sólo podrían proveerse en carácter interino. Quedó así sin valor la elección hecha en propiedad de Larraín para la cátedra de Prima de Cánones y aunque éste entabló recurso para enervar el cumplimiento de la real cédula, la Audiencia ordenó cumplirla en enero de 1802. Como consecuencia, se reunió el claustro universitario, declaró vacante la citada cátedra y confeccionó una terna que fue presentada al gobernador para que escogiera entre ellos al que

²⁶Anfv. 300 pza. 2.

²⁷*Ídem*.

debía ejercer interinamente las funciones docentes. El agraciado con el nombramiento fue esta vez Eyzaguirre, que encabezaba la lista. Larraín, sintiéndose despojado de su derecho, se trasladó en persona a España a defenderse.

Sobre este tema escribe Eyzaguirre a su hermano Agustín el 16 de febrero de 1802 contándole que “venida la cédula, como tengo avisado, presentó L[arraín] de obrepción contra ella y empeñado el S. O[bispo] con los Oidores para que suspendiesen su cumplimiento, se mandó con todo cumplirla. Apuré la votación ausente Meneses y saqué 58 votos, y este uno. Ha habido bullas por los cohetes y ruedecillas de nuestro Montes, y una tarja que hizo pintar en las Monjitas. L[arraín] se ha abochornado sobre manera y está siguiendo autos sobre descubrir el autor de la tarja, la que consiguió del Asesor se borrarase. No contenía nada, sí sólo los dos pies siguientes:

Y aunque tu rival muestre su saña,
su desengaño verá si llega a España”²⁸.

Y continúa agregando que “vase a España de picado, diciendo que el S. O[bispo] lo fomenta; pero creo que no auxilio. La licencia de gobierno la tiene consigo. Como no hemos tenido correspondencia pública de España, no sabemos cómo girarán las cosas por allá. Es regular que luego tengamos; y si vive el otro yo me apresuro a ir aunque sea a fines de mayo”. Como se puede advertir, Eyzaguirre estaba decidido a conservar la cátedra, y como se verá incluso a obtenerla en propiedad.

Entre tanto, el 30 de abril de 1802, el claustro universitario designó Rector a don Miguel de Eyzaguirre²⁹ y en enero del año siguiente le comisionó para activar ante la Corte la aprobación de las nuevas constituciones de la corporación, en cuyo texto había intervenido. Se embarcó con este fin a España en Montevideo en marzo de 1803, para lo cual debía realizar un duro camino del que cuenta que “caminábamos desde la mañana hasta la noche, venciendo regularmente veinte leguas (...) La escasez desde que

²⁸Carta de don Miguel de Eyzaguirre a su hermano Agustín, Santiago, 16 de febrero de 1802, perteneciente a la Colección de don Jaime Eyzaguirre Gutiérrez. El autor del rótulo fue José Montes Orihuela, y el texto completo decía así:

La gloria que a Eyzaguirre fue usurpada
en la ilustre palestra minervosa
llegó a ser justamente restaurada
por cédula real muy decorosa.
La excelente virtud fue al fin premiada
con cátedra en la lid más honrosa,
y aunque tu rival muestre su saña,
su desengaño verá si llega a España.

²⁹Anusf. 2, *Libro II de Acuerdos de la Universidad de San Felipe*, fs. 232.

entramos en esta jurisdicción [Buenos Aires] ha sido absoluta de caballos y mantenimientos. Sólo dos días comí caliente a más del primero, porque el asado no podía morder de duro y malo, al cocido de gallina lo mismo, y porque apenas la mataban cuando ya venía a la mesa; el caldo era un poco de agua y grasa sin freir, que no podía pasarlo, ni lo pase en dicho tiempo. Con pan de Mendoza (pues tampoco lo había en las postas) lo pasé royendo como ratón por los muchos días que tenía (...) Vino no se olió por mucho que se deseaba..."³⁰.

Una vez en Buenos Aires, se embarcó a Montevideo donde se alojó "en casa de una gallega, en que nos dan cuatro o cinco platos, y un postre de manzana, sin vino... Es comida de buena sazón y sencilla" y de allí partió en la fragata "Diligencia" rumbo a Santander.

La travesía fue dura. Relata Eyzaguirre que "al comer y al cenar se nos cubre la mesa con un mantel tan sucio en los primeros días, que cualquier lavaplatos sería más limpio y tan asqueroso el que se nos renovó ahora 19 días, que el olor provoca náuseas. Las servilletas son iguales. Los cubiertos jamás se lavan, si sólo se enjuagan con un paño más puerco que ellos: ya los cuchillos han criado orín y un barniz de porquería, y herrumbre los tenedores en medio de los dientes. Lo más es que, conociéndose el mal, no se pone remedio. La comida hecha a mi vista es a medida de dicha limpieza. Nada se lava y es corriente que sonándose el cocinero con los dedos, siga manoseando las especies que cocina. Hasta ahora la sopa de fideos y de pan es sanco, el frejol y garbanzo, balas; el asado muy duro: el postre, un queso que a nadie le entra un diente..."³¹.

La permanencia en España de Eyzaguirre desde julio de 1803 hasta que tomó posesión de su plaza de Fiscal en 1806, le permitió ser testigo privilegiado de los inicios de la guerra contra Francia y de los movimientos de la política europea, que relata en sus cartas a Chile³².

Debemos considerar que Eyzaguirre pertenecía a una familia acomodada. Como se puede ver de los datos familiares que se apuntan al inicio de este artículo es razonable suponer que no estaba acostumbrado a sufrir privaciones como las que relata tan vivamente. Por lo tanto, la razón de este fatigoso y duro viaje de Eyzaguirre sólo se entiende si se toma en cuenta que llevaba a lo menos dos intenciones bien claras. Por una parte, estaba resuelto a tratar de contener las gestiones que realizaba Vicente Larraín en España por la litigada cátedra de Prima de Cánones y, por otro lado, conseguir, además, una canonjía en la Catedral de Santiago. Ni una ni otra cosa obtuvo, y sin embargo, algo aún mejor, una plaza como fiscal de la Real Audiencia de Lima.

³⁰Anfv. vol. 254, 16 de marzo de 1803, en que escribe a su hermano Agustín.

³¹Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, *El doctor don Miguel de Eyzaguirre, universitario y magistrado (1770-1821)*, en Bachh. 53, Santiago, 1956, 156.

³²Anfv. vol. 254, cartas de mayo, junio y agosto-diciembre de 1804.

Por real decreto del 8 de septiembre de 1805 fue nombrado fiscal del crimen de la Real Audiencia de Lima, para ocupar la vacante quedada por ascenso de don Francisco Manuel de Herrera. Su título se le despachó en San Lorenzo el 22 de octubre del mismo año y tomó posesión de su plaza el 6 de noviembre de 1806³³, sirviéndola hasta el 28 de febrero de 1821, fecha en que fue retirado de su oficio en atención a su quebrantada salud.

Entretanto, el 15 de enero de 1815 se había ordenado remitirlo a España bajo partida de registro, por sospechas de infidelidad. Estos cargos nunca lograron probarse.

El 28 de febrero de 1821 se le concedió la jubilación en su plaza³⁴. Murió en mayo de ese mismo año.

³³Lohmann Villena, Guillermo, *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821)*, Sevilla 1974, 43.

³⁴Agi. Indiferente, 1.507; Agi. Lima, 790; Ane. 637; Anrach. 598, pza. 6, 2.123, pza. 10; Anusf. 6, 10, 14; Bchb. p. 113; Lvm. 43; Nacg. 40, 107; Ti. p. 520. Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación "El derecho histórico en los pueblos de España: ámbitos público y privado (siglos XI-XXI)", de referencia SEJ2006-15051-C03-01 y también se encuadra en el marco del "Seminari Interuniversitari d'Història del Dret Català Josep Maria Font Rius", GRC de la Generalitat de Catalunya, 2005 SGR-000117.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

Max Silva Abbott*

SUMARIO: 1. Algunos alcances sobre los derechos humanos. 2. Problemas planteados por la píldora del día después. 3. Derechos, personas y cosas. 4. Conclusión: el valor fundamental de la vida.

1. ALGUNOS ALCANCES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Suele decirse que los derechos humanos son ciertas prerrogativas que le pertenecen al hombre por el solo 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 deben concordar con ciertos ideales universales propios de la dignidad humana –los derechos humanos–, que trasciendan a las diferentes culturas y épocas:

“A veces no se advierte que, abandonada la universalidad de los derechos humanos, ninguna discusión en torno a ellos es posible, ya que la noción misma de tales derechos se torna absurda. Como bien lo destaca Kriele, ni siquiera podríamos *pensar* en los derechos humanos si ellos no fueran universales. En otras palabras, negar la universalidad de los derechos humanos es negar los derechos humanos *tout court*”¹.

*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

¹Andorno, Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y derecho natural”, en *Persona y Derecho*, vol. 38 (1998), 39. Cfr. Ayllón, José Ramón, “Bioética, pluralismo y relativismo”, en *Cuadernos de Bioética*, Nº 51, vol. XIV 2ª/3ª (2003), 211.

Lo anterior resulta inevitable, porque en caso de que no existiera este parámetro externo al propio Derecho, cualquier ordenamiento jurídico sería legítimo de suyo, al no tener ningún punto de referencia con el cual compararse. Se produciría lo que se ha llamado un 'positivismo ético', esto es, aquella situación en que lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto dependerían en cada caso de lo que estableciera ese Derecho positivo, con lo cual, a la postre, todos serían igualmente legítimos o, si se prefiere, no existiría ningún fundamento racional para criticar o incluso exigir la modificación de un orden existente. De ahí que si de manera inevitable es necesario acudir a un parámetro externo y objetivo, ello alude, se quiera o no, a ciertos valores universales, a cierto contenido obligatorio e inexcusable para cualquier Derecho que merezca ese nombre. Y es a esto a lo que usualmente se ha llamado Derecho natural.

Al menos en Occidente, estos derechos se creyeron definitivamente conquistados luego de la Segunda Guerra Mundial. Ante los hechos de violencia y crueldad por todos conocidos, que mostraron una magnitud como no se había conocido antes, un poderoso 'nunca más' resonó por todas partes, horrorizado ante lo ocurrido y prometiendo no olvidarlo, a fin de 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 (seguramente por considerarlo innecesario), 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 Humanidad².

Sin embargo, en pocas décadas, y como consecuencia del creciente escepticismo de nuestro tiempo postmoderno³, la noción de derechos humanos comenzó a licuarse cada vez más, sobre todo en lo que respecta a su fundamento. En efecto, si bien a mediados del siglo XX fueron sobre todo autores iusnaturalistas los que abordaron esta temática, pronto comenzó también a ser tratada por pensadores contrarios a esta corriente. Esto implicaba que el problema del fundamento y racionalidad del contenido de estos derechos se presentaba como algo problemático, porque si se lo considera universal, ello hace imposible no reconocer la existencia de un Derecho natural. De ahí que este tema fuese siendo dejado de lado cada vez más, al punto que no faltaron quienes, como Norberto Bobbio, definitivamente abandonaron esta importante cuestión, al considerarlo un problema insoluble e incluso peligroso, y abogaron sólo por protegerlos en la práctica, a hacerlos efectivos mediante mecanismos procesales

²Cfr. Massini, Carlos; Serna, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*. Eunsa. Pamplona. 1998, 11-14.

³Cfr. Massini, Carlos, "La teoría del Derecho natural en el tiempo posmoderno", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXXIV (1997), 635-651; D'Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, trad. de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2003, 15-19.

y sustantivos adecuados⁴. Por último, como se hacía imperioso algún tipo de fundamento, se comenzó a señalar, además, que estos derechos dependían totalmente de los consensos de cada época, siendo por ello derechos históricos y relativos⁵.

Por otro lado, y en atención a su evidente raíz antropológica y ética que los hacen 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 casos⁶.

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 derechos⁷), 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 señaló ya hace varios años Michel Villey, una verdadera 'inflación' a su respecto⁸.

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 más⁹. Se olvidaba que el derecho a la vida (o, si se prefiere, el derecho a conservar la vida, puesto que ella es un don) 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, parece más propio decir que el sujeto es su propia vida¹⁰. De ahí

⁴Cfr. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig. Sistema. Madrid. 1991, 53-55, 64-65 y 118-122.

⁵Cfr. *ibid*, 14, 60-62, 68-69 y 188.

⁶Cfr. Massini, Carlos, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994, 19-142 y 169-196.

⁷Cfr. *ibid*, 173-177.

⁸Cfr. Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. 1976, 241-248; Andorno, Roberto, "Universalidad de los derechos humanos y derecho natural", cit., 45-46.

⁹Cfr. Massini, Carlos; Serna, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., 13-21.

¹⁰Cfr. Rivas, Pedro; Serna, Pedro, "¿Debe una sociedad liberal penar la eutanasia? Consideraciones en torno al argumento de la autonomía de la voluntad", en *Revista de Derecho*,

que en estricta lógica no exista ningún otro derecho, por muy ‘humano’ e importante que sea, que pueda sobreponerse a él¹¹.

El mismo problema puede abordarse a partir de la idea de justicia (‘dar a cada uno lo suyo’), en el sentido de prestaciones que le son debidas al hombre por su sola dignidad, cosas a las que tiene derecho. En estricto rigor, no hay nada más ‘suyo’ al sujeto que su propia vida, por lo cual lo más injusto es arrebatarla a alguien inocente¹². “Por ello, es tomando los *deberes* respecto de la persona como podemos deducir, de la manera más justa, cuáles son sus *derechos*”¹³.

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 solo hecho de existir (por ley natural), desde su inicio hasta la muerte natural, de manera independiente a cualquier otro requisito o condición y de los intereses de terceros. Es por ello también que el derecho a la vida no puede ser asimilado al derecho de propiedad, tema que por su extensión no puede tratarse aquí¹⁴.

Esto es fundamental, porque si realmente queremos ser coherentes con el genuino espíritu y razón de ser de los derechos humanos (que en el fondo busca evitar los abusos de los poderosos sobre los débiles), ellos deben ser reconocidos como un límite al actuar de otros en toda circunstancia, guste o disguste, convenga o no¹⁵. 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 convenga hacerlo, o como ha dicho Robert Spaemann, en ‘edictos de tolerancia revocables’¹⁶.

Pero para esto se requiere de un mínimo *objetivismo moral*, de una mínima *racionalidad ética*. Lo anterior significa que deben existir algunos

Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. IX (2001), 293-299; Andorno, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos. Madrid. 1998, 53-55.

¹¹Cfr. Massini, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 1999, 199-226.

¹²Cfr. Andorno Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y derecho natural”, cit., 36-39; Id., *Bioética y dignidad de la persona*, cit., 45-51.

¹³Andorno, Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y derecho natural”, cit., 44. Cfr. D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 59-60.

¹⁴Sobre la imposibilidad lógica y las peligrosas consecuencias de asimilar el derecho a la vida a la propiedad, vid Rivas, Pedro, *Las ironías de la sociedad liberal*. Unam. México, 2004, 93-108.

¹⁵Cfr. Massini, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., 40-43.

¹⁶Cfr. Spaemann, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en Massini, Carlos (Comp.), *El iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996, 262-263; Id., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Massini, Carlos; Serna, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., 98.

valores fundamentales asequibles a la razón humana y defendibles lógicamente: una ley natural¹⁷. Sólo así puede realmente hablarse en serio de los derechos humanos. En caso contrario, si absolutamente todo cae bajo la sombra del relativismo, o si se juega con la semántica según las conveniencias, todo termina siendo arbitrario, y los ‘derechos humanos’ no pasarán de ser modas, acuerdos provisorios o un sutil engaño mantenido mientras convenga hacerlo¹⁸:

“La conducta ética nace cuando la libertad puede escoger, entre formas diferentes de conducta, unas más valiosas que otras. El relativismo atenta contra la ética porque pretende la jerarquía subjetiva de todos los motivos, la negación de cualquier supremacía real. Abre así la puerta del «todo vale», por donde siempre podrá entrar lo más descabellado, lo irracional. [...] Entendido como concepción subjetivista del bien, el relativismo hace imposible la ética. Si queremos medir las conductas, necesitamos una unidad de medida compartida por todos. [...] Si la ética ha de ser criterio fundamentador, entonces ha de ser una en lo fundamental, no múltiple”¹⁹.

Por tanto, aun existiendo aspectos consensuales a su respecto (por ejemplo, cómo aplicarlos en las circunstancias variables de cada época y lugar²⁰), la raíz última de los derechos humanos debe trascender al consenso, para no traicionarse a sí misma:

“Pertenece a los derechos del hombre el que no dependan del juicio de conciencia de otro hombre. Así, por ejemplo, se puede discutir sobre si los no nacidos son dignos de defensa, aun cuando la Constitución de nuestro país responda afirmativamente. Pero es demencial el *slogan* de que ésta es una cuestión que cada uno debe resolver en su conciencia. Pues, o los no nacidos no tienen derecho a la vida –y entonces la conciencia no necesita tomarse ninguna molestia–, o existe ese derecho, y entonces no puede ponerse a disposición de la conciencia de otro hombre”²¹.

En realidad, esto obedece a la más elemental lógica, porque a fin de cuentas, para que sea factible 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

¹⁷Buenos ejemplos de lo anterior son, entre otros muchos, Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2000, 91-163; y González, Ana Marta, *Claves de ley natural*. Rialp. Madrid. 2006, *passim*, especialmente 89-140.

¹⁸Cfr. Massini, Carlos, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., 132-142.

¹⁹Ayllón, José Ramón, “Bioética, pluralismo y relativismo”, cit., 210-211.

²⁰Cfr. González, Ana Marta, *Claves de ley natural*, cit., 17-20 y 85-88.

²¹Spaemann, Robert, *Ética, cuestiones fundamentales*, 4ª ed., trad. de José María Yanguas. Eunsa. Pamplona. 1995, 95.

que emana de las personas y no la calidad de persona la que emana de los consensos, pues aquél requiere de la existencia previa de un sujeto moral²²:

“Pero el diálogo [...] es una experiencia única y profundamente humana; por ello, únicamente es posible entre personas que se reconozcan mutuamente como tales. Este reconocimiento, que se presupone del diálogo, no es sólo empírico (reconozco que el otro, aquel individuo que se opone a mí, es como yo), sino sobre todo ontológico (reconozco que el otro, como otro y no sólo como mero individuo *empírico*, es *como yo*) y al mismo tiempo axiológico (reconozco que el otro, como otro y no sólo como mero individuo empírico, vale lo mismo que yo)”²³.

Ningún consenso, por ende, puede legítimamente desconocerle la calidad de persona a nadie –tampoco a los que no tienen voz o aún no existen–, tal como el efecto no puede ir contra su causa²⁴. Por eso “la ética no nace automáticamente del consenso, pues hay consensos que matan”²⁵.

En el fondo, “lo importante no es el consenso, sino que el consenso respete la realidad”²⁶. En caso contrario, “a lo sumo surgen diálogos o acuerdos oblicuos, instrumentales, engañosos, formas pseudorrelacionales que la parte que niega el reconocimiento (aun afirmándolo de palabra) rechazará en cuanto lo crea conveniente”, con lo que se arriba a la postre a “un acuerdo *hipócrita*”²⁷.

Esto, sin perjuicio de que si todo se reduce al consenso, sería imposible distinguir derechos verdaderos de derechos falsos²⁸.

En realidad, sólo los auténticos derechos humanos permiten darle el verdadero valor a cualquier acuerdo, sea en bioética o en otra área del saber:

²²Cfr. Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2003, 26-27; Cfr. Id., *Ética. Cuestiones fundamentales*, cit., 30.

²³D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 19. Cfr. *ibid*, 19-22.

²⁴Cfr. Silva Abbott, Max, “Las bases y límites del consenso”, en *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, vol. 14 (2005-1), 167-169.

²⁵Ayllón, José Ramón, “Bioética, pluralismo y relativismo”, cit., 214. Cfr. *ibid*, 214-216.

²⁶*Ibid*, 216. Cfr. Trujillo, Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, en *Persona y Derecho*, vol. 52 (2005), 223-224; Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989, 24-25.

²⁷D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 19 y 20 respectivamente.

²⁸Cfr. Trujillo, Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, cit., 219-222.

“no un mero convenio de intereses, cuantificables mediante el cómputo de los votos (para acallar la voz de la minoría), sino una atenta percepción de todas las exigencias que se manifiestan en el interior de un universo discursivo (o, en general, de un sistema) para hacerlas todas compatibles. Este recurso implica que tal atención se extiende no sólo a las reivindicaciones factuales, sino a cualquier reivindicación posible; no sólo a los sujetos dotados de voz, sino a todos los sujetos, independientemente de su posibilidad de hacer oír su voz. Implica, por tanto, una gran atención, pues el debate entre las diversas opiniones bioéticas no se reduce a un mero debate ideológico (destinado, en definitiva, a un continuo retroceso en la justificación, a la búsqueda de argumentos cada vez más generales y abstractos a los que referir las opciones por justificar), sino que crece en la definición de los valores que hay que defender como presentes e implícitos en cada caso concreto”²⁹.

Además, no ha dejado de observarse, y con razón, que tampoco basta con la mera procedimentalidad, o si se prefiere, con unas simples ‘reglas del juego’, no sólo porque ello resulta tautológico (al tener cualquier procedimiento sus propias reglas³⁰), sino, además, porque desde presupuestos relativistas sólo pueden obtenerse resultados de igual naturaleza, puesto que la fuerza de las premisas se traslada a las conclusiones³¹.

Lo anterior, sin perjuicio de que también se produce una auténtica ‘falacia procedimentalista’: la falacia existe porque se pretende arribar a conclusiones de tipo material (pautas de contenido o principios ético-jurídicos) a través de premisas meramente procedimentales o formales; de este modo, las conclusiones tendrían elementos no incluidos en las premisas, dándose así un salto lógico, una ‘falacia’. En efecto, puesto que de acuerdo a la lógica más elemental la conclusión no puede contener nada que no esté al menos implícitamente en las premisas –ser ‘más fuerte’ que ellas–, lo anterior resulta imposible³².

Lo importante es destacar, por tanto, que tal como hoy se pretende argumentar en esta materia, no caben exigencias absolutas o sin excepción, porque pueden ser dejadas de lado en caso de desagrado o cuando

²⁹D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 21-22.

³⁰Si bien refiriéndose y criticando el pensamiento de Bobbio a este respecto, cfr. Bellamy, Richard, “Norberto Bobbio: Estado de Derecho y democracia”, trad. de L. Juanatey, en *Doxa*, vol. XXVII (2005), 74-79.

³¹Kalinowski, Georges, “Sobre las relaciones entre el hecho y el Derecho”, en Massini, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, cit., 147-150; Spaemann, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, cit., 350-352; Viola, Francesco, “Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto”, en AA. VV., *Ontología e fenomenología del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, a cargo de Francesco D’Agostino. Giappichelli. Turín. 1995, 334-347; D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 18-19; Trujillo, Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, cit., 222-223.

³²Cfr. Massini, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., 24-25, 42-43 y 117-118.

resulten inconvenientes³³. Tener esto en cuenta resulta fundamental, pues los verdaderos derechos humanos

“hacen referencia a bienes que se consideran esenciales para el desarrollo de la vida humana, por lo que su reconocimiento y garantía no pueden quedar al albur de una mayoría política. Son conquistas de las minorías frente a cualquier mayoría; es el ámbito que hemos reconocido que debe quedar a salvo de la voluntad cambiante de los gobernantes”³⁴.

Por eso, 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 existen ni pueden existir seres 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 más grave aún, en dueños de otros³⁵.

Es por eso que la noción de dignidad humana se presenta como irrenunciable a este respecto³⁶:

“Llamamos ‘dignidad’, por el contrario, a aquella propiedad merced a la cual un ser es excluido de cualquier cálculo, por ser él mismo medida del cálculo. La dignidad del hombre depende [...] de que es una totalidad de sentido, de que es, incluso, lo universal. Su dignidad radica en que no es una parte, junto a otras, de la realidad, sino que en su conciencia percibe que debe hacer justicia a la realidad como a un todo: como ser potencialmente moral, la persona merece un respeto incondicional”³⁷.

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

³³Cfr. *ibid*, 213-214.

³⁴Bellver, Vicente, “¿Existe una ética universal? Bioética y derechos”, en *Cuadernos de Bioética*, N° 55, vol. XV, 3ª (2004), 443.

³⁵Cfr. Ballesteros, Jesús, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, en Ballesteros, Jesús; Aparisi, Ángela (Eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*. Eunsa. Pamplona. 2004, 44-57.

³⁶Cfr. D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 20.

³⁷Spaemann, Robert, *Ética. Cuestiones fundamentales*, cit., 104-105.

2. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

Ahora bien, 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. Por el contrario, para aquellos que consideran que la vida comienza con la anidación, habría que llegar a la conclusión opuesta.

Sin embargo, y de acuerdo a la más estricta lógica, la anidación no puede ser el comienzo de la vida. Esto es evidente, 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 aún para quienes sostengan que se trata de un asunto dudoso, de ser coherentes con los auténticos 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 omnicomprendido, sin el cual no existirían ni tendrían razón de ser. La clave está así en el comienzo de la existencia³⁸.

En realidad, lo anterior no tiene nada de extraño, e incluso es posible observar sin mucha dificultad que en todo ser vivo existe un desarrollo análogo:

“la vida como tal no se puede capturar en una foto fija: es un acto teleológicamente orientado por el cual el viviente se autoconstituye, ordenándose a su pleno desarrollo, es decir, al desarrollo completo y pleno de las potencialidades que ya estaban presentes en el ser vivo desde su primer momento”³⁹.

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 pueda cambiarse cuantas veces se quiera (incluso después del nacimiento), puesto que todo dependerá de los intereses y, eventualmente, de los consensos del momento.

³⁸Cfr. Possenti, Vittorio, “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en Massini, Carlos; Serna, Pedro, (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., 135-139.

³⁹González, Ana Marta, *Claves de ley natural*, cit., 78. Para una consideración filosófica de la vida en general, vid Yepes, Ricardo, Aranguren, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la existencia humana*, 4ª ed. Eunsa. Pamplona. 1999, 21-35 y Arregui, J. Vicente; Choza, Jacinto, *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, 4ª ed. Rialp. Madrid. 1995, 55-75 y 421-450.

Este mismo hecho aflora de la manera más natural si se presta atención a lo que ocurre con una fecundación *in vitro*, pues al margen de sus reparos éticos, ella sirve para demostrar sin lugar a dudas lo que venimos señalando. En efecto, lo que se busca aquí es obtener un hijo (de la especie humana, evidentemente), para lo cual se acude a la unión artificial de gametos fuera del cuerpo de la mujer. Pues bien, se sabe y se comprueba de manera indudable que el producto de la concepción *in vitro* es un ser humano, tanto en el caso del huevo afortunado que luego del diagnóstico preimplantatorio (DPI⁴⁰) será colocado en el cuerpo de una mujer –usualmente su madre– como de aquellos que serán destruidos o congelados. Por tanto, nuevamente vemos que el producto de la concepción es un ser humano y no otra cosa, y por otro lado, que la anidación presupone la concepción.

Incluso la misma nomenclatura apoya lo que venimos diciendo: cuando se habla de ‘diagnóstico preimplantatorio’, de ‘fecundación’ (y no ‘anidación’) *in vitro*, o incluso de ‘anticonceptivos’ (y no de ‘antianidatorios’), todos estos términos no hacen sino corroborar que la vida humana misma (y por tanto, la calidad de persona) comienza sólo con la concepción.

Por igual motivo, el debate en torno al inicio del embarazo, esto es, si comienza con la concepción o con la anidación del huevo fecundado tampoco resiste el menor análisis. En realidad, esta discusión pareciera ser más bien una cortina de humo que pretende desviar la atención de lo verdaderamente importante: desde cuándo existe un ser humano.

En efecto, la misma fecundación *in vitro* prueba que el embarazo propiamente dicho puede comenzar desde la anidación, porque en este caso la concepción se ha producido fuera del cuerpo de la madre. Sin embargo, además de constituir casos excepcionalísimos, debe tenerse en cuenta el propósito o el para qué del embarazo en cuestión. Es por eso que señalábamos que pareciera ser más bien una cortina de humo que pretende desviar la atención de lo verdaderamente importante. El embarazo no tiene más propósito que permitir que una nueva vida se desarrolle o, si se prefiere, no tiene valor o sentido en sí mismo. Por tanto, la cuestión fundamental no es desde cuándo existe o no embarazo, sino desde qué momento nos encontramos ante una nueva vida, para cuya protección y desarrollo la naturaleza ha dispuesto precisamente el embarazo.

Además, si en un arranque futurista, e inspirándonos en *Un Mundo Feliz*, de Aldous Huxley, pensáramos por un momento en la posibilidad de que no sólo la concepción, sino que el desarrollo completo de un embrión y posterior feto pudiera realizarse fuera del vientre materno, en un útero artificial o en el de un animal, tendríamos una vida humana,

⁴⁰Sobre el diagnóstico preimplantatorio, vid., entre otros, Andorno, Roberto, “El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21 N° 2 (1994), 321-328.

pero sin anidación ni embarazo. ¿Quiere decir esto que por el hecho de que no se haya ‘anidado’ en el cuerpo de la madre no es un ser humano? Evidentemente la respuesta es negativa: se trata de un ser humano, aunque, en este caso hipotético, ni siquiera ‘tocó’ el cuerpo de su madre, que aquí sería la dueña de los óvulos.

De ahí que puede concluirse que la dialéctica ‘concepción-anidación’ es artificial y pareciera sólo querer confundir donde de suyo existe una claridad meridiana: que la vida comienza con la concepción y no con la anidación, razón de ser del mismo embarazo.

Por tanto, nuevamente el quid de toda esta cuestión radica en cuándo comienza la vida. Con el proceso de unión de los pronúcleos masculino y femenino se inicia de manera irreversible una nueva vida, con una información genética única (salvo que se trate de gemelos), y todo lo que vendrá posteriormente no es más que la manifestación de lo que se encuentra implícito en él, una actualización de sus potencialidades, un desenvolvimiento de su propia naturaleza:

“La constitución del cigoto marca un antes y un después, de tal manera que a partir de entonces no es posible decir que estemos sin más ante una célula resultante de la fusión de otras dos, sino más bien ante la fase unicelular de un organismo pluricelular, que es ya un nuevo ser humano”⁴¹.

En realidad, y según se ha señalado, cualquier forma de vida tiene el mismo periplo, porque la vida no comienza ya completa o acabada (como una máquina, por ejemplo), sino que invierte buena parte de su propio existir en este despliegue espacio-temporal. Por eso para que ocurra la anidación debe existir previamente concepción; o dicho en sentido inverso, un huevo no fecundado no se anidará jamás, lo cual comprueban, usualmente cada mes, las mujeres que ovulan al eliminar un huevo no fecundado.

Se insiste en que el producto de la concepción es sin lugar a dudas un ser humano desde el inicio. En caso de no serlo desde ese mismísimo momento, no lo será jamás. Y lo mismo ocurre en toda forma de vida: el embrión y posterior feto (incluso en reptiles, aves o peces, y por tanto, no sólo en mamíferos) pertenece de lleno a la misma especie que sus progenitores, y si en el caso del hombre esto no fuera así, seríamos, curiosamente, el único ser que no podría engendrar un vástago de nuestra misma especie⁴².

Lo anterior también se prueba a propósito de la experimentación con células madre e incluso con la clonación. En ambas situaciones el producto

⁴¹González, Ana Marta, *Claves de Ley natural*, cit., 103.

⁴²Cfr. Lira, Osvaldo, *Derechos humanos, mito y realidad*. Nuevo Extremo. Santiago. 1993, 175-177.

de la concepción (en el caso de las células madre) o de la transferencia nuclear (en el evento de la clonación, de ser efectiva en seres humanos) es un individuo de la misma especie que sus progenitores.

Ahora bien, lo importante para estos efectos es que aun cuando no se desarrolle por completo, este ser pertenece al género humano: si lo que se quiere es utilizar las células totipotenciales embrionarias para intentar restablecer tejidos dañados de un paciente (pese a los decepcionantes resultados obtenidos hasta ahora con ellas, no así con las células madre adultas), resulta obvio que por razones de eficacia lo transferido debe pertenecer a la misma 'especie' del receptor. De lo contrario, el rechazo genético haría imposible su fusión. En consecuencia, y al margen del problema de su eticidad, desde el momento en que se busca obtener células madre embrionarias, ello confirma (al menos hasta lo que hoy se ha logrado) que ellas sólo pueden provenir de un ser humano, y no de otro ser distinto, con lo que se confirma que el producto de la concepción o de la transferencia nuclear, en el caso de una eventual clonación, es un miembro de la especie humana.

De este modo, podríamos resumir estas cuatro ideas de la manera siguiente:

1. Sin fecundación o concepción no hay anidación, lo cual comprueban las mujeres que ovulan todos los meses;
2. El producto de la concepción pertenece a la especie humana, lo cual se prueba con las técnicas de procreación *in vitro*;
3. A la misma conclusión se llega a propósito de las células madre embrionarias, sea que se obtengan por procreación artificial o por clonación, y
4. Lo importante no es tanto cuándo comienza el embarazo, sino la vida; el embarazo es sólo un medio para este fin fundamental, lo que se prueba hipotéticamente en caso de que pudiera desarrollarse un feto por completo fuera del vientre materno.

3. DERECHOS, PERSONAS Y COSAS

Siempre habrá motivos de todo tipo, y a veces muy poderosos (como los económicos o científicos, por ejemplo), para desconocer a otros sus derechos y su vida. Y permanentemente nos veremos tentados a borrar con el codo lo que hemos escrito con la mano. Con todo, no se trata ni con mucho de un fenómeno nuevo, puesto que ya se ha registrado antes. Mas, lo importante es destacar que nuestra capacidad para no querer ver la realidad, como en este caso, a veces puede ser tremendamente influyente, lo que nos debiera hacer bastante más cuidadosos al momento de criticar actitudes del pasado.

En efecto, lo que hoy está ocurriendo, en cuanto a pretender desconocer la calidad de persona al concebido y de manera más amplia al no nacido, es lo mismo que sucedió antes con la esclavitud o a propósito de los campos de concentración. En ambos casos, y con diversos argumentos, se procedió a desconocer arbitrariamente el carácter de persona de los afectados. Esto significa, en el fondo, que al negarse su calidad de persona, estos seres humanos fueron asimilados a cosas, o si se prefiere, dejaron de ser considerados sujetos de derechos para transformarse en objetos de derecho, con lo que de paso se les arrebataron sus prerrogativas, para satisfacer los intereses de otros.

Es esto lo que nos demuestra que una de las grandes divisiones que podemos reconocer en la realidad toda es aquella diferencia excluyente entre los seres que son persona y los que no lo son. Por eso lo que no es una persona es una cosa, al punto que es imposible que las cosas se transformen en personas, ni las personas en cosas:

“Una persona es, por lo tanto, no simplemente ‘algo’, sino ‘alguien’. Alguien nunca es algo. Ser ‘alguien’ no es una propiedad de algo, no es la propiedad de una cosa o de un ser orgánico que también podría ser adecuadamente descrito con tales y cuales características, en términos no personales. Más bien, identificamos claramente y desde el principio, ya sea a alguien o algo. O, dicho de otro modo, identificamos a un ejemplar de la especie *homo sapiens* desde el principio, y sin consideración alguna de características factualmente poseídas, es decir, como a alguien, y, por ende, como a una persona. Este es un punto de importancia decisiva”⁴³.

Además, y según se ha señalado, la persona surge desde la propia concepción y no cuando aflora alguna de sus características, como se pretende hoy, al separar artificialmente de la noción de ser humano y de persona. Por eso en la calidad de persona se da una relación de tipo toda-nada: o se adquiere desde el primer instante o no se adquirirá jamás. Por eso no hay ni puede haber seres humanos no-personas⁴⁴.

“Aquello a lo que denominamos ‘yo’ no comienza en algún instante datable de la biografía humana. Se eleva desde la naturaleza orgánica del hombre en un desarrollo continuo. También por eso es por lo que decimos: ‘yo nací tal día’, aunque cuando nacimos todavía no decíamos ‘yo’ y aunque tampoco

⁴³Spaemann, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, trad. de Ezequiel Coquet, en *Persona y Derecho*, vol. 37 (1997), 14.

⁴⁴Cfr. *ibid.*, 9-23; Massini, Carlos, *El Derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., 83-122 y 209-210; Possenti, Vittorio, “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, cit., 119-128 y 135-139; Serna Bermúdez, Pedro, “La reproducción asistida”, en *Revista Clínica Española*, vol. 203, extraordinario N° 1 (marzo 2003), 63-66; Ballesteros, Jesús, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, cit., 62-69; Andorno, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, cit., 68 y 102-104.

poseemos recuerdo alguno de ese instante. Por ello, cuando nos las habemos con un ser que procede de hombres tenemos que respetar en él, en cuanto dignidad, la capacidad de yo, de libertad. A ello se añade lo siguiente: si no formásemos parte de la sociedad humana hasta que otros nos cooptasen como miembros de ella en virtud de determinadas cualidades reales, quedaría al arbitrio de la mayoría de esos otros definir las cualidades en virtud de las que alguien posee dignidad humana y puede reclamar derechos humanos. Pero esto eliminaría la idea misma de derechos humanos. En efecto: ésta presupone que todo hombre comparece ante los demás como miembro nato de la humanidad por derecho propio, y esto significa a su vez que sólo la pertenencia biológica a la especie *homo sapiens* puede ser lo que funde aquella dignidad mínima que denominamos ‘dignidad humana’⁴⁵.

Incluso podría decirse que la historia del hombre ha sido una lucha –si bien fluctuante– por el paulatino reconocimiento de la calidad de persona a todos los miembros de la especie humana, o si se prefiere, la no asimilación de las personas a las cosas (como ocurría en la esclavitud, por ejemplo). O dicho de otra manera, en la distinción entre sujeto y objeto de derecho subyace el espíritu de los genuinos derechos humanos, que en el fondo aspiran que a todo hombre sea tratado como sujeto, nunca como objeto.

Además, debe tenerse en cuenta un dato de suma importancia: los derechos humanos se invocan, e incluso se podría decir que se poseen sobre todo cuando estamos en una situación de debilidad⁴⁶:

“El punto de partida de la ética universal está en el reconocimiento de la igual dignidad de todo ser humano y el punto de llegada es la protección del más débil, de aquél que no se puede defender por sí mismo”⁴⁷.

O si se prefiere, los verdaderos derechos humanos –universales, como su nombre lo indica– exigen considerar al hombre desnudo, desprovisto de todo, a un hombre sin atributos. En consecuencia, si hoy repugnan las discriminaciones arbitrarias, aquí debiera aplicarse el mismo principio:

“Aquellos que están totalmente debilitados, asumen el desafío y hacen emerger lo mejor de la raza humana; el auténtico fundamento de nuestro respeto hacia

⁴⁵Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, cit., 112-113. Cfr. Id., *Lo natural y lo racional*. Rialp. Madrid. 1989, 50 y 109; Id., “¿Es todo ser humano una persona?”, cit., 18-20; Álvarez Melinger, Marcelo, “¿Protegemos efectivamente el derecho a la vida?”, en Castaño, Sergio R.; Soto Kloss, Eduardo (Eds.) *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Universidad Santo Tomás. Santiago. 2005, 791-793.

⁴⁶Cfr. Bellver, Vicente, “¿Existe una ética universal? Bioética y derechos”, cit., 444-445; Spaemann, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, cit., 17-18.

⁴⁷Bellver, Vicente, “¿Existe una ética universal? Bioética y derechos”, cit., 445. Cfr. González, Ana Marta, *Claves de Ley natural*, cit., 109-110.

nosotros mismos. Aquel respeto que, de esta manera, ellos proporcionan a la humanidad, tomando más que recibiendo”⁴⁸.

Esto es fundamental, porque los que hoy niegan la calidad de persona a otros seres humanos se encuentran precisamente en las antípodas de esta situación, al punto que “en la práctica, la negación de estos derechos sólo puede hacerla quien no sufre personalmente la vulneración de su dignidad”⁴⁹:

“Las declaraciones de los derechos no afectan a aquellos que tienen la posibilidad (factual) de disfrutarlos: afectan ya sea a quienes no tienen dicha posibilidad, ya sea a aquellos que consideran que la mera posibilidad de hacer valer un derecho propio tiene un significado muy pobre si los demás hombres no *reconocen* el mismo derecho como tal. Por tanto, las declaraciones de los derechos no contienen una mera enumeración de derechos, sino una lista de los *derechos reivindicables*. He ahí el meollo de la cuestión. La propia reivindicación ya implica que aquel que reivindica considera que su reivindicación merece ser *escuchada*, ser dotada, pues, de cierta *comunicabilidad* y de una intrínseca *compatibilidad* con las reivindicaciones ajenas. La subjetividad del interés que lleva a un individuo a reivindicar un derecho propio (consciente o inconscientemente) se encarna, pues, en la objetividad de la reivindicación, y ahí es donde se torna *relevante*. No se reivindica lo que es subjetivamente útil (lo cual interesaría a nadie más que al sujeto que reivindica) ni lo que es estrictamente privado (aun cuando pueda ser de gran relevancia existencial) sino lo que se considera *objetivamente justo* por estar vinculado con la vida en sociedad”⁵⁰.

Así pues, como los derechos debieran tenerse sobre todo cuando estamos en una posición débil, la misma idea de justicia conlleva tratar con mayor cuidado a los más desposeídos. Sin embargo, y por el contrario, en el actual debate pareciera que la condición de debilidad fuera un pecado que debe ser duramente castigado y tratado sin misericordia, lo cual no puede menos que calificarse de un abuso descarado⁵¹. Es por eso que “el mayor obstáculo cuando se trata de juzgar objetivamente lo que tenemos que hacer reside en la falta de disposición para poner entre paréntesis nuestros propios intereses”⁵².

⁴⁸Spaemann, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, cit., 18. Cfr. Ballesteros, Jesús, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, cit., 62-69.

⁴⁹Andorno, Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y derecho natural”, cit., 40.

⁵⁰D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., 21.

⁵¹Cfr. *ibid.*, 133-134 y 145-146; Corral Talciani, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Universidad de los Andes. Santiago. 1994, 140-141; Serna, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en Massini, Carlos; Serna, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, cit., 29.

⁵²Spaemann, Robert, *Ética. Cuestiones fundamentales*, cit., 103.

4. CONCLUSIÓN: EL VALOR FUNDAMENTAL DE LA VIDA

Los derechos humanos se inspiran en la igualdad esencial que existe entre los hombres, razón por la cual abominan de las discriminaciones arbitrarias por diversos motivos (raza, color, religión, sexo, posición social, etc.), precisamente por considerar que son elementos accidentales que no desdichan de lo esencial del ser humano. Por eso para intentar encontrar solución a varios problemas actuales, la ley natural se presenta como fundamental, para que ellos no queden entregados a las mayorías y a los poderosos:

“Lo que está en juego es precisamente el reconocimiento de la universalidad de los derechos, y de la común naturaleza humana que les sirve de fundamento. Negar la universalidad de los derechos, anteponiendo la libertad y el bienestar de unos a la vida de otros, precisamente de los débiles, equivale a negar la igualdad y a introducir diversas categorías entre los seres humanos”⁵³.

Además, si de verdad no existieran derechos humanos objetivos, éstas y otras conductas (como la pedofilia o el terrorismo, por ejemplo) 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. Es por eso que existe un núcleo de juridicidad, un quid de valores básicos indisponible, o si se prefiere, que debemos razonablemente reconocer: una mínima racionalidad ética, única forma de encontrar y proteger eficazmente los derechos humanos, partiendo por el derecho a conservar la propia vida⁵⁴.

En caso contrario, se tratará de privilegios humanos o, como ya se ha dicho, de simples ‘edictos de tolerancia revocables’:

“unos derechos que se tienen sólo en la medida no se considere útil violarlos, no pueden ser llamados ‘derechos’ sino muy impropriamente; cuando se habla de ‘derechos’ se hace referencia a una cierta exigencia, a un poder que se tiene sobre algo o para algo, a una ‘fuerza’ que impone una restricción o una exigencia al obrar de los otros; en este caso ello no se da, ya que sólo habrán de ser respetados cuando resulte inútil violarlos o cuando se siga alguna utilidad de observarlos. Dicho en palabras más breves, nos encontraríamos frente a una mera concesión graciosa, que se respeta cuando conviene y se desprecia cuando deja de ser ventajosa. Y todo esto a pesar de los alambicados artificios que realizan los utilitaristas para obviar esta consecuencia”⁵⁵.

⁵³Serna, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, cit., 26. Cfr. Ballesteros, Jesús, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, cit., 76-77.

⁵⁴Cfr. Massini, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., 27-32, 55-65 y 91-103.

⁵⁵Massini, Carlos, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., 67-68. Cfr. *ibid*, 213-214; Serna, Pedro, “La procreación asistida”, cit., 63-79; Spaemann, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, cit., 98.

Y dentro de estos derechos, la vida se presenta como un bien superior que no debe condicionarse de manera alguna, porque, como se ha dicho, el sujeto puede sobrevivir sin otros derechos, mas no sin ella, al punto que, en estricto rigor, es su propia vida. De ahí que “El derecho a la vida concierne a la substancialidad de la persona, mientras que los otros hacen más bien al *libre desarrollo de la personalidad*”⁵⁶.

Además, si lo pensamos bien, todos hemos pasado por las mismas etapas de la existencia, o si se prefiere, nadie sin excepción ha dejado de ser embrion:

“No hemos de olvidar que ninguno de nosotros habría llegado a desarrollar su humanidad si no hubiera recibido desde el principio un voto de confianza, si no nos hubieran tratado como seres humanos desde el primer instante de nuestra existencia y luego, durante la primera infancia. Ese voto de confianza no puede verse, sin embargo, como un privilegio que dispensamos graciosamente a algunos y negamos por capricho a otros, sino como un derecho que hemos de reconocer a todo hombre por el solo hecho de ser humano”⁵⁷.

Sin el hombre, el fenómeno jurídico no tendría sentido y ni siquiera podría existir. Esto resulta fundamental, porque el Derecho tiene un ineludible papel civilizador:

“El Derecho no es un instrumento técnico de ingeniería social, a sueldo de cualquier modificación de las costumbres o de las prácticas a las que debiera plegarse ineluctablemente para satisfacer todos los intereses o deseos particulares. El Derecho es, por esencia y ante todo, una instancia de valoración de los hechos”⁵⁸.

Es por lo mismo que el Derecho debe tener una raigambre racional fruto de reconocer una objetividad ética, para no depender sólo del capricho a fin de cuentas. De ahí que tal vez “la señal más preocupante de la decadencia del derecho sea que la práctica jurídica se vaya despojando de razones para dar paso a las voluntades, del legislador o del que estipula un contrato”⁵⁹.

⁵⁶Andorno, Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y derecho natural”, 40. Cfr. Massini, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., 199-226; Álvarez Melinger, Marcelo, “¿Protegemos efectivamente el derecho a la vida?”, cit., 790.

⁵⁷González, Ana Marta, *Claves de ley natural*, cit., 139.

⁵⁸Labrusse-Riou, Catherine, “Les procréations artificielles: un défi pour le droit”, en *Éthique médicale et droits de l’homme*. Actes Sud-Inserm. Paris. 1988, 67. Citado por Andorno, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, cit., 50; Cfr. Spaemann, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, cit., 10.

⁵⁹Trujillo, Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, cit., 234.

Mas, para lo anterior son necesarios ciertos absolutos morales, cuya vulneración resulte siempre inaceptable, lo cual obliga a reconocer, como se ha dicho, un mínimo estatuto racional para la ética, como precisamente busca la teoría clásica de la ley natural⁶⁰. En caso contrario, la discusión ética y jurídica no tiene sentido, y en el fondo, equivalen a engañarnos a nosotros mismos.

⁶⁰Cfr. Andorno, Roberto, "Universalidad de los derechos humanos y derecho natural", cit., 40.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES POR LOS DAÑOS QUE PRODUZCA SU INACTIVIDAD/FALTA DE SERVICIO: PRINCIPIOS BÁSICOS (Notas para un recuento jurisprudencial)*

*Eduardo Soto Kloss***

Muy frecuentes han sido en los últimos 25 años los procesos de responsabilidad de las municipalidades por daños producidos por veredas y calles en mal estado de mantención, por plazas y parques en que hay omisión de la debida mantención de juegos infantiles o mástiles allí emplazados, por pavimentaciones defectuosas que inundan casas cuando llueve con intensidad, por semaforizaciones inadecuadas, etc.

1. La razón de ello se encuentra en la propia Constitución y en la LOC de Municipalidades (18.695), sin perjuicio de que la propia Ley del Tránsito se una a ellas.

En efecto, el art. 38 inc. 2° de la Constitución Política, como es bien sabido, dispone que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las *municipalidades*, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (cursivas nuestras).

Por su parte, el art. 142 de la LOC de Municipalidades N° 18.695, en su inc. 1°, dispone que “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”¹.

*Este es el texto de la exposición oral que el autor hizo en las *Conferencias Santo Tomás de Aquino 2006*, organizadas por el Decanato de Derecho de la Universidad Santo Tomás, el 16.11.2006, sobre “La responsabilidad del Estado, una mirada conceptual y jurisprudencial”. El texto con todo el aparato jurisprudencial y el análisis de las diversas sentencias recaídas en el tema será publicado en el volumen correspondiente, con todas las exposiciones efectuadas.

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

¹Utilizamos el texto refundido DFL (Subdere) N°1/ 26.7.2006. En *Duarte Gómez con Municipalidad de San Fernando* (Corte Suprema/3ª Sala, 4.6.2002, en *Gaceta Jurídica* 272/2003, 117-125), establece la suprema jurisdicción ordinaria que la responsabilidad municipal es “directa y de derecho público, emanada del artículo 38 de la Constitución Política y específicamente del art. 137 de la ley N° 18.695” (consid. 12, p. 124). Lo mismo desarrolla *Tirado con Municipalidad de La Reina* dos décadas antes (1981), citado en nota 3.

Y la ley del tránsito (N° 18.290), en su art. 177, prescribe que “La municipalidad respectiva o el fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente de tránsito que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización”.

En fin, la propia LOC de Municipalidades (N° 18.695) precisa que las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, tendrán las siguientes atribuciones esenciales, entre las cuales (art. 5°, letra c) se encuentra la de “Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna”, a menos que la ley disponga que corresponde ello a otros organismos de la Administración del Estado.

A través de estas *fuentes normativas* es que ha transcurrido el desarrollo jurisprudencial de la materia en este último cuarto de siglo.

Debe señalarse que esta responsabilidad de las municipalidades puede tener origen tanto en actos administrativos como en hechos u omisiones; pero han sido las “omisiones” las que han producido el más numeroso contingente de procesos judiciales, y en donde mayor desarrollo ha alcanzado el tema.

Respecto de actos municipales –en especial las resoluciones emitidas en materia de urbanismo por los Directores de Obras– ha habido también procesos de responsabilidad municipal, pero muy escasos, pero dado que ello es muy específico lo dejo de lado en esta exposición.

2. ¿Qué ha caracterizado, en síntesis, a esta específica responsabilidad estatal por los daños que produce su actividad y muy notoriamente su inactividad?

2.1. La primera característica –yo diría, después de analizar más de 20 fallos– es la de ser una responsabilidad que nace o se origina para las municipalidades en una “*omisión*” de actuar: ausencia de la debida mantención de esos bienes municipales (v.gr., parques o estadios), o nacionales de uso público (v.gr., en pavimentación) o ejecución de obras en veredas y calles.

Es precisamente lo que la ley 18.695, art. 142, inc. 1° señala al expresar que incurrirán en responsabilidad, “la que procederá, principalmente por *falta de servicio*”, esto es por *omisión*, ya que “falta” es ausencia, carencia, inactividad, tal como el DL 1.289, de 14.1.1976, disponía en su art. 62, al decir “cuando éstos (los servicios municipales) no funcionen debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”, o sea no actúen en la forma o tiempo debidos a que por ley están expresamente obligados.

Ya desde 1981 –y bajo la vigencia del referido DL N° 1.289/de 1976–, a partir del caso *Tirado con Municipalidad de La Reina*², esa omisión en la debida mantención de veredas y calles, y/o esa omisión en la fiscalización

²Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, 2.5, 35-44, comentario nuestro en Primera Parte, Sección Derecho, 39-48 (en *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996, t. 2°, 328-345).

de las obras y trabajos de pavimentación, de alcantarillado, de servicios de utilidad pública, o esa omisión de señalizar el peligro que excavaciones, escombros u otros presentan en la vía pública (bien nacional de uso público bajo su administración), es lo que se dio en llamar “falta de servicio”, por la ley 18.695, de 1989³.

Y aparece *importante recalcar* esto porque la idea de “falta de servicio”, que tiene este contenido tan claro desde el sentido natural y obvio del término “falta”, que es ausencia, privación, defecto, o sea “omisión”, ha tenido en lo que se refiere a los daños producidos por otros servicios públicos, como los Servicios de Salud, un giro conceptual desde “omisión” a “culpa” del servicio, en una perspectiva subjetivista que mal se aviene con la naturaleza y estructura jurídica de un organismo estatal, regido por el derecho público, persona jurídica carente por entero, ontológicamente, si se pudiera así decir, de todo atributo subjetivo, de dolo o culpa, torpeza, descuido o negligencia⁴.

³Valga aquí simplemente indicar que la falta/omisión de servicio municipal en la mantención debida de *veredas* ha originado la responsabilidad y la indemnización consecuencial a las víctimas y familiares en los siguientes casos pesquisados, y para cuyos datos específicos véase el Apéndice: *Tirado con Municipalidad de La Reina/1981*; *Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes/1999*; *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción/2000*; *Rivera Araneda con Municipalidad de La Unión/2001*; *Palma González con Municipalidad de Concepción/2002*; *Duarte Gómez con Municipalidad de San Fernando/2002*; *Fernández Jofré con Municipalidad de Concepción/2003*; *Vargas Reyes con Municipalidad de Concepción/2003*; *Parr Sepúlveda con Municipalidad de Chillán/2006*; *Valenzuela González con Municipalidad de Talcahuano/2006*; y *Bermeosolo Bertrán con Municipalidad de Recoleta/2006*.

Para la debida mantención de *calles*, vid. *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia/1993*; *Iñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes/1994*; *contra Arredondo González y Municipalidad de Viña del Mar/1999*; *Soto Cárcamo con Municipalidad de La Unión/2002*; *Lindup y otros con Municipalidad de Las Condes/2002*; *Cortez León con Municipalidad de Rancagua/2004*; etc.

Para la debida mantención de *plazas* (mástiles y juegos infantiles) vid. *Ajá García con Municipalidad de Talcahuano/1999*; y *Domínguez Salfate y otros con Municipalidad de Concepción/2006*; de estadios municipales, *Troncoso Urrea con Municipalidad de Coronel/2002*; para el debido manejo de fuegos de artificio dispuestos por las Municipalidades para el año nuevo, *Rojas Cortés y otros con Municipalidad de Maipú/2005*; para mantención de pasarelas o resguardos para su transitabilidad, *Camus y otros con Municipalidad de Valparaíso/2005*.

⁴Tal como ha ocurrido especialmente en *Hernández Espinoza* (Corte Suprema, 30.4.2003, Gaceta Jurídica N° 274/2003, 59-75, consids. 13 y 14), si bien con atenuaciones importantes en *Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano*, en *Ius Publicum* 12/2004, 245-252, comentario nuestro en 252-264 y 14/2005, 253-256; en *Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción*, *Ius Publicum* 14/2005, 235-251; y reciente *Parada Toloza con Servicio de Salud de Concepción* (el caso de las cinco guaguas envenenadas), en *Ius Publicum* 16/2006, 241-255, comentario nuestro en 255-267. Ciertamente es que en *Aillapán Sepúlveda con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena* (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 22.2.2005, rol 116.620-03, casación (deducida por demandada) rechazada por la Corte Suprema, 2ª Sala, 09.01.2007, rol 1277-05), el tribunal de alzada reconoce expresamente que la responsabilidad del Servicio aludido es una “*responsabilidad objetiva*”, y puesto que concurren en el caso sus presupuestos “esto es, el hecho dañoso (o sea la omisión de la prestación debida), el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos”, lo condena al pago de cien millones de pesos por daño moral, en razón de la grave negligencia médica ocurrida en el Hospital de Castro que le significó al actor la amputación de su órgano viril.

2.2. Una segunda característica de la responsabilidad municipal y ello ya desde 1981 –*Tirado con Municipalidad de La Reina*– es que ha sido reconocida como una responsabilidad “objetiva”, es decir, se atiende a la “causalidad material”, o sea, como dice el consid. 4º del fallo supremo en tal caso: “se descarta la responsabilidad por la culpabilidad fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea la causalidad material”⁵.

Como lo han reiterado numerosos fallos en el último cuarto de siglo, y no hace mucho *Palma González* (Corte Suprema, 7.5.2002), “se trata de una responsabilidad objetiva, en que se prescinde del elemento culpabilidad, puesto que basta que con una actividad o hecho se cause daño a una persona o propiedad del otro para que nazca el deber de repararlo”⁶; vale decir, “basta probar la relación de causalidad entre el daño y la falta de servicio para que la indemnización tenga lugar”⁷; lo que reitera “*Parr Sepúlveda*” en junio pasado⁸.

⁵Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, 2.5, 44 col. 1 (redactor don Luis Cousiño Mc Iver). Debe señalarse y recalcar que según los antecedentes que revela la historia fidedigna del establecimiento de la ley 18.695, conforme aparece de la IV Comisión Legislativa (*Informe*, p. 74), “También se reiteró el principio de la responsabilidad objetiva por falta de servicio (cursivas nuestras) y la posibilidad de repetir en contra del funcionario responsable (artículo 84) ya establecido en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado”, que no es sino la 18.575 (art. 44 de su texto originario, aún vigente). Esto –que parecen desconocer quienes argumentan que la falta de servicio implica culpa/subjetividad respecto del organismo público– es un mentís rotundo a tal subjetividad, ya que aquí en la ley de municipalidades reitera –se dice expresamente– que la falta de servicio es objetiva, tal como ya lo estableció la ley 18.575.

⁶Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 99/2002, 2.5, 104-113; vid. reseña y consid. 2º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (p. 107, columna 1). De igual modo *Troncoso Urrea*, idem 77-91, consid. 9º de sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (p. 83), que establece que la ley de municipalidades “hace responsable al municipio de los daños que causa a terceros por falta de servicio, tratándose, sin duda, de una responsabilidad objetiva (cursivas en el original), pues basta que el daño se haya producido por esa razón para que se genere la obligación de repararlo, sin que la víctima necesite probar culpa o dolo de su autor. Es una responsabilidad sin relación con acto culposo, bastando un hecho que haya originado daño y que provenga de la falta de servicio municipal”. Igualmente *Iñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes* (vid. nota 9), consid. 9º, refiriéndose a la responsabilidad municipal prevista en el art. 177 de la ley del tránsito (18.290); también *Crisóstomo Cáceres* cit. consids. 7º al 10º (p. 139 Revista de derecho y Jurisprudencia cit.) de fallo de 1ª instancia (jueza Rosa P. Mackay F.) y consids. 5º al 7º (pp. 135-136 cit.) de la sentencia confirmatoria en alzada. Ya *Villegas Lorca* (1989) afirmaba la responsabilidad objetiva de la responsabilidad municipal por los accidentes producidos en las vías públicas por ausencia de debida señalización (tribunal de la instancia, consid. 13º, que a la letra expresara “Que, como se aprecia de la redacción del artículo 177 de la Ley del Tránsito, la responsabilidad en que incurrir las Municipalidades, establecido el hecho de un accidente causado por las razones allí descritas, es de carácter objetivo, lo que se traduce en que se incurre en ella por el sólo hecho de verificarse los presupuestos ya analizados” (cursivas nuestras), lo que confirma la Corte de Apelaciones cit. consid. 2º); del mismo modo, *Ajá García* cit., consid. 15º de fallo de la instancia, confirmado en alzada).

⁷Corte de Apelaciones de Concepción 25.1.2002, p. 107 col.1.

⁸Vid. Gaceta Jurídica 312/junio 2006, 37-49, caso en el cual tanto el fallo de primera instancia (consid. 16, p. 42 col. 1) como el de segunda instancia (consid. 7º, p. 44 col. 2)

La *falta/omisión* de mantención de vías públicas, de juegos infantiles en plazas o parques, de graderías de estadios municipales, y la *falta/omisión* de señalización en ellos cuando hay v.gr. trabajos, escombros, orificios, excavaciones, o desniveles, en veredas o calles, ausencia de tapas de desagües de aguas lluvias, es lo que debe “probar” la víctima, lesionada por la caída o accidente sufrido a raíz de esa omisión de servicio municipal, y el daño sufrido específicamente⁹.

De allí la “objetividad” que ha reconocido la jurisprudencia en esta responsabilidad municipal.

2.3. Una tercera característica incide no tanto en la omisión de la debida mantención o de la debida fiscalización sobre trabajos que se hacen en las vías públicas, como en la “*omisión de señalización*” del peligro que existe en esas vías o lugares, ya que por no cumplir ese deber de señalar es que se origina el accidente, tal como caída de peatones y fracturas o contusiones graves, o volcamientos de vehículos incluso con resultados de muerte de sus conductores y/o acompañantes.

reiteran el carácter *objetivo* de esta responsabilidad. Dice dicho consid. 16: “Que, en el caso de lo ocurrido a la señora Parr, se trata de un hecho de los denominados *responsabilidad objetiva*, en que se prescinde del elemento culpabilidad, dado que basta que con una actividad o hecho u omisión se cause un daño a una persona, para que nazca el deber de responder de ello, lo que nos permite colegir que la Municipalidad demandada es responsable por el daño sufrido por la ofendida” (p. 42 col. 1; cursivas nuestras). De igual modo *Ramos Baeza con Municipalidad de Peñalolén* (C. Suprema/3ª Sala, 7.1.2003, rol N° 679-02, consid. 6º) caso de muerte por inmersión en piscina municipal de menor, hija del demandante (en extracto en *La Semana Jurídica* N° 116/2003, 13); también se establece expresamente que esta responsabilidad municipal por falta de servicio (omisión) es *objetiva* en el bullado caso del accidente, con varias muertes, ocurrido el 01.01.1999 en la pasarela, de tránsito peatonal, de Avenida España, sector Portales, de Valparaíso, que se desplomó por la enorme cantidad de personas que allí se instaló para observar los ya famosos fuegos artificiales en la rada del puerto, que se disparan con ocasión del año nuevo; allí se condenó a la Municipalidad al pago de una indemnización a las varias decenas de víctimas (vid. consid. 13 fallo de casación/20.07.2005; en su consid. 14º establece la ausencia/omisión del cumplimiento de la obligación municipal “de comprobar que las vías de comunicación estén en buen estado y expeditas al tránsito de peatones, debiendo mantener las señales de advertencia en caso de existir peligros en el lugar”).

⁹A la “ausencia de mantención” se une, además, la “ausencia de la debida y oportuna *fiscalización y control*” que deben realizar los correspondientes órganos o unidades municipales, como bien lo ha esclarecido *Tirado* cit., ya en 1981 (vid. consid. 4º del fallo de segunda instancia (p. 42 col. 1). Lo mismo reiterará en 1994 *Iñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes* (Corte de Apelaciones de Santiago, 14.7.1994, consid. 9º; en *Gaceta Jurídica* 169/1994, 62-64), que establece que “es un hecho de la causa que la Municipalidad de Las Condes tuvo conocimiento de la existencia de los trabajos y de las condiciones en que había quedado la pista sur de la calzada sur de la Avenida Las Condes... y que, sin embargo, dicha Municipalidad no dispuso medida alguna tendiente a eliminar el defecto que presentaba la pista de circulación ni adoptó dispositivos preventivos de seguridad y de señalización que advirtieran a los automovilistas la existencia y naturaleza del peligro que representaba la rotura del pavimento sin rellenar” (p. 64); de igual modo el caso cit. de la pasarela peatonal sobre la Av. España, en Valparaíso.

Y esa “señalización” está, obviamente, incluida entre los deberes impuestos a las municipalidades como “administrar los bienes nacionales de uso público”, como asimismo de modo expreso en la ley de tránsito (art. 177 inc. 5°), que habla de “falta [ausencia/omisión] o inadecuada señalización”.

En este aspecto la jurisprudencia ha sido esclarecedora en cuanto esa “señalización” que debe colocarse de inmediato que se detecta un defecto que ponga en peligro tanto el tránsito peatonal como vehicular, o el uso de juegos infantiles, o semáforos defectuosos, etc., debe cumplir algunas exigencias, tales como ser “adecuada”, “suficiente” y “proporcionada” a la situación de peligro que existe. Vale decir, no cualquiera señalización basta para exonerar de responsabilidad a la municipalidad, ya que incluso ante ciertas situaciones de peligro, habrá de prohibirse el tránsito por determinada sección, o parte, o vereda, o el acceso a una sección de una plaza, de un parque, de juegos infantiles, o de un estadio, v.gr. en sus graderías¹⁰.

2.4. Ha de recordarse que en esta responsabilidad municipal es que ha aparecido la indemnización del llamado vulgarmente como “daño moral” ya no como tal sino como “*alteración en las condiciones normales de vida*” que sufre la víctima, no obligada jurídicamente a soportar el daño¹¹. Concepto que es mucho más amplio que el trabajado por los civilistas, ya que comprende no sólo el dolor, o aflicción, síquico y físico que el daño le produce a la víctima, sino todo el conjunto de circunstancias que alteran y perturban la vida misma de ella, al quedar lesionada, disminuida, hasta discapacitada e incluso inválida, cuando no desfigurada en su rostro o en su caminar¹². Y no sólo ello sino también en su familia, en su entorno más cercano, incluido el hecho de tener que contar con alguien que la atienda, auxilie o sirva de modo constante, permanente o continuo, a fin de poder moverse, trasladarse o simplemente sobrevivir¹³.

Por ello, en este aspecto aquí ha sido posible un desarrollo notorio de la “integralidad” de la reparación que debe obtener la víctima en cuanto lo justo para ella es que se le indemnice “todo” el daño sufrido¹⁴.

¹⁰Véase v.gr. *Troncoso Urrea, Iñiguez, Soto Cárcamo, Valenzuela Barrera*, citados.

¹¹Vid. *Tirado con Municipalidad de La Reina* cit., consid. 6° sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (p. 42 col. 2).

¹²Iniciado en *Tirado* cit.; vid. *Pérez Llona, Ajá García*, espec. *Lindup*; también *Palma González, Soto Cárcamo, Cortez León*, etc.

¹³Vid. *Pérez Llona* entre otros.

¹⁴Sobre las características de la responsabilidad del Estado, conforme al derecho chileno vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit., t. 2°, 307-311.

2.5. Por último, otro de los rasgos notables de la jurisprudencia en este campo de la responsabilidad de las municipalidades es el hecho de precisar que la posible imprudencia en que pudiera haber incurrido la víctima al producirse el accidente derivado de esa ausencia/omisión de mantención, fiscalización, o señalización, *no exonera de manera alguna* a la municipalidad de su responsabilidad en el daño y, por tanto, debe responder debidamente indemnizando al efecto a la víctima¹⁵.

A lo más –se ha dicho recientemente¹⁶ en un caso de muerte de un motorista– esa circunstancia puede significar disminuir el monto de la indemnización a que es condenada la municipalidad pero por aplicación de normas del Código Civil, que –debe precisarse– resultan muy discutibles de que sean aplicadas a una materia de derecho público y en que se ha reconocido expresamente que es una responsabilidad objetiva.

Concluyendo, debe señalarse que este tipo de responsabilidad del Estado nos muestra un campo en donde se ha dado un real avance tanto doctrinario como práctico –fruto de una jurisprudencia lúcida y con deseos de hacer justicia– y que ha permitido verdaderamente un desarrollo notable en su contenido de principios, lamentablemente poco estudiado por los autores. Esperamos que cuanto hemos expuesto sirva para que sea más estudiado el tema y sus resultados sean también acogidos en otros sectores de la responsabilidad del Estado/Administración.

APÉNDICE – CASOS DE JURISPRUDENCIA CITADOS

- *Tirado con Municipalidad de La Reina* (1981), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 78/1981, 2.5, 35-44 (comentario nuestro en idem, Primera Parte, Sección Derecho, 39-48).
- *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia* (1993), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 90/1993, 2.5, 226-234.
- *Iñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes* (1994), en Gaceta Jurídica 169/1994, 62-64.
- *Ajá García con Municipalidad de Talcahuano* (1999), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 96/1999, 2.5, 59-67; en *Ius Publicum* 4/2000, 159-167 (comentario nuestro en 168-169).
- *Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes* (1999), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 96/1999, 2.5, 94-102.
- *Contra Arredondo González y Municipalidad de Viña del Mar* (1999), en *Ius Publicum* 6/2001, 187-205 (comentario nuestro en 205-210).
- *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción* (2000), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 97/2000, 2.5, 132-140.

¹⁵Vid. *Troncoso Urrea, Soto Cárcamo y Cortez León*, cit.

¹⁶*Cortez León* cit.

- *Rivera Araneda con Municipalidad de La Unión* (2001), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98/2001, 2.5, 87-93.
- *Soto Cárcamo con Municipalidad de La Unión* (2002), en *Gaceta Jurídica* 259/2002, 17-30.
- *Troncoso Urrea con Municipalidad de Coronel* (2002), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99/2002, 2.5, 77-91 (con nota nuestra en 78-79).
- *Palma González con Municipalidad de Concepción* (2002), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99/2002, 2.5, 104-113.
- *Duarte Gómez con Municipalidad de San Fernando* (2002), en *Gaceta Jurídica* 272/2003, 117-125.
- *Lindup y otros con Municipalidad de Las Condes* (2002), Corte Suprema/3ª Sala 18.7.2002 (rol 4701-01).
- *Ramos Baeza con Municipalidad de Peñalolén* (2003), en *La Semana Jurídica* 116/2003, 13 (reseña; fallo de la Corte Suprema, de 7.1.2003, rol 679-02).
- *Fernández Jofré con Municipalidad de Concepción* (2003), en *Fallos del Mes* 516/2003, 3034-3050.
- *Vargas Reyes y otros con Municipalidad de Concepción* (2003), en *Fallos del Mes* 516/2003, 3076-3083.
- *Cortez León y otros con Municipalidad de Rancagua* (2004), Corte Suprema/3ª Sala 13.5.2004 (rol 1433-04).
- *Valenzuela Barrera con Municipalidad de Valparaíso* (2004), Corte Suprema/4ª Sala 27.12.2004 (rol 3051-03).
- *Rojas Cortés y otros con Municipalidad de Maipú* (2005), Corte de Apelaciones de Santiago/3ª Sala 2.5.2005 (rol 8212-01).
- *Camus y otros con Municipalidad de Valparaíso* (2005), Corte Suprema/3ª Sala 20.7.2005 (rol 5369-04).
- *Domínguez Salfate y otra con Municipalidad de Concepción* (2006), en *Ius Publicum* 17/2006, 211-218 (comentario nuestro en 218-224).
- *Parr Sepúlveda con Municipalidad de Chillán* (2006), en *Gaceta Jurídica* 312/2006, 37-49.
- *Valenzuela González con Municipalidad de Talcahuano* (2006), en *Gaceta Jurídica* 312/2006, 49-60.
- *Bermeosolo Bertrán con Municipalidad de Recoleta* (2006), en *Gaceta Jurídica* 314/2006, 119-120.

*El año que se indica se refiere a la última sentencia recaída en el proceso respectivo, sea de la Corte Suprema o de Corte de Apelaciones si no hubiera sido deducida casación al respecto.

INDEPENDENCIA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Una proposición para garantizarla

*Domingo Valdés Prieto**

SUMARIO: 1. Descripción orgánica de la Fiscalía Nacional Económica. 2. Descripción funcional de la Fiscalía Nacional Económica. 3. El dilema de la autonomía de la Fiscalía Nacional Económica. 4. Alternativas para conferir autonomía a la Fiscalía Nacional Económica. 5. Conclusiones.

1. DESCRIPCIÓN ORGÁNICA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

La Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, es un ente público de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica de Derecho Público y patrimonio propio, que se halla sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Este ente público encuentra su origen y regulación en el Decreto Ley 211 de 1973, cuyo Título III opera como ley orgánica de dicho servicio público al establecer su existencia, fin, atribuciones y forma de actuación¹.

El Decreto Ley 211 clarifica que la FNE existe para un fin preciso y determinado: la preservación de la Libre Competencia en los mercados². A tal efecto, el Decreto Ley 211 confiere a dicho ente público administrativo todas y cada una de las atribuciones de que dispone, así como

*Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago. Profesor de Derecho Económico, Universidad de Chile, Profesor de Derecho de la Libre Competencia del MBL, Universidad Adolfo Ibáñez.

¹Si bien el Decreto Ley 211 de 1973 ha sufrido múltiples reformas, cabe consignar que existe un proyecto de ley en curso que amplía más aún las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, pero que no trata el dilema expuesto en este trabajo.

²Artículo Segundo: "Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados".

los recursos humanos y económicos de que éste se encuentra dotado. La FNE no tiene ni puede tener otras atribuciones que las que expresamente le concede el Decreto Ley 211 o alguna otra ley aplicable, todo ello en virtud del Principio de la Juridicidad y de la Especialidad.

Tales atribuciones están finalizadas hacia la tutela de la Libre Competencia en los mercados, bajo una modalidad muy específica y de la cual dicho ente administrativo no puede apartarse: auxiliar y promover la mejor administración de Justicia Antimonopólica, la que por mandato del mismo Decreto Ley 211 está encomendada en forma exclusiva al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que es claramente la máxima autoridad pública antimonopólica de nuestro sistema tutelar de la Libre Competencia³. Desde esa perspectiva, existe una subordinación funcional, aunque no jerárquica, de la FNE al TDLC, lo cual queda explicado por el hecho de que la FNE contempla como una de sus principales atribuciones la de comportarse como auxiliar de la Justicia Antimonopólica, en tanto que el mencionado tribunal es el que realiza y ejerce directamente esa forma de Justicia Distributiva. Así, en una hipótesis de conflicto de límites entre las potestades públicas del TDLC y de la FNE debería prevalecer aquél, supuesta una equivalencia de fundamentos normativos⁴.

De allí que la FNE no puede emitir, realizar o ejecutar política, directiva o conducta alguna que entre en conflicto con el bien jurídico tutelado Libre Competencia ni desarrollar actividad alguna que si bien tenga por fin la protección de la misma suponga exceder las potestades que le ha conferido el Decreto Ley 211 o bien invadir la esfera de atribuciones reservadas al TDLC. Si la FNE ejecutase cualesquiera de tales políticas, directivas o conductas se configuraría una verdadera desviación de poder en el empleo de sus potestades públicas, puesto que éstas se le han conferido para el fin específico y determinado de preservar la Libre Competencia en su calidad de auxiliar de la administración de la Justicia Antimonopólica.

³La afirmación formulada no significa en forma alguna olvidar que el Tribunal Antimonopólico está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con el artículo 7° del Decreto Ley 211.

⁴Para un estudio detallado de las potestades públicas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de las de la FNE, véase Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, Sección VI, 585-711, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Para una sistematización de las potestades públicas de la FNE, véase Pedro Mattar Porcile, "La Representación del Interés General en el Sistema de Libre Competencia: su Significado y Alcance", publicado por Fiscalía Nacional Económica, en Día de la Competencia del 28 de octubre de 2004.

2. DESCRIPCIÓN FUNCIONAL DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Las potestades públicas de la FNE son las siguientes:

1) Instruir las investigaciones procedentes para comprobar las infracciones al Decreto Ley 211, dando noticia del inicio de las mismas al o los afectados.

2) *“Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia...”*. Esta atribución debe ser leída como demasiado amplia en su tenor literal y rectificadora mediante una interpretación restrictiva que resulte armónica con el artículo segundo del Decreto Ley 211 antes citado. Tal como señaláramos, el Fiscal Nacional Económico no tiene más atribuciones que las orientadas a la tutela de la Libre Competencia y ciertamente el orden económico excede en contenidos la mencionada tutela⁵.

Estimamos que la atribución en comento resulta perfectamente acertada en lo que atañe a representar el interés colectivo en la tutela de la Libre Competencia no sólo ante el Tribunal Antimonopólico, sino que también en lo que se refiere a los tribunales de justicia, puesto que es ante los tribunales ordinarios de justicia donde deberá interponerse una acción de nulidad de derecho público respecto de aquellas autoridades públicas que transgredan el artículo cuarto del Decreto Ley 211 otorgando monopolios de privilegio.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá actuar ante la Corte Suprema defendiendo o impugnando los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Consideramos un error de la Ley 19.911 el que haya prohibido que el Fiscal Nacional Económico actúe ante los Tribunales del Crimen porque si bien es cierto que ha quedado derogado el delito penal de monopolio que establecía el originario artículo primero y el Título V que se ocupaba del procedimiento respectivo, ambos del antiguo Decreto Ley 211, es preciso recordar que subsisten aún delitos penales especiales conexos a la Libre Competencia. En tales procesos penales debería el Fiscal Nacional Económico estar habilitado a intervenir y aportar su experiencia y conocimiento en asuntos antimonopólicos.

3) Requerir del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la FNE se encuentre ejecutando.

⁵Véase, Enrique Navarro Beltrán, “Orden Público Económico y Libre Competencia”, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año VII N° 7, Santiago, 2003.

La FNE puede requerir del Tribunal Antimonopólico que éste ponga en ejercicio cualquiera de sus potestades públicas: i) la jurisdiccional destinada a emitir sentencias que se pronuncien acerca de si una conducta es o no constitutiva de un injusto monopólico y, en el evento de serlo, establecer la pena respectiva; ii) la consultiva destinada a determinar la eventual contradictoriedad entre la conducta consultada y el bien jurídico tutelado Libre Competencia, pudiendo imponerse medidas propiamente tales en el supuesto de existir tal contradictoriedad; iii) la informativa, destinada a emitir informes acerca de la estructura y características de un mercado concreto; iv) la reglamentaria, destinada a emitir reglamentos antimonopólicos que se aplican a pluralidad de destinatarios que se encuentren en la misma categoría, y v) la requisitoria, cuyo objeto es requerir a ciertas autoridades públicas a través del Presidente de la República la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en función de lo estimado necesario para la mejor tutela de la Libre Competencia.

Asimismo, la FNE puede solicitar al Tribunal Antimonopólico la adopción de medidas preventivas, esto es, una modalidad de medidas cautelares al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley 211.

4) Velar por el cumplimiento de los fallos (sentencias antimonopólicas resultantes de la actividad jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), resoluciones (decisiones antimonopólicas originadas en consultas), autos acordados y similares e instrucciones de carácter general (respectivamente reglamentos internos y externos del Tribunal Antimonopólico). Con bastante precisión, establece este numeral que estos fallos, resoluciones y autos acordados podrán ser también los que emitan los tribunales de justicia en las materias a que se refiere el Decreto Ley 211. A modo de ejemplo, podría hallarse en esta categoría la sentencia que dicta un tribunal ordinario decretando la nulidad de derecho público de una resolución ministerial mediante la cual se concede un monopolio de privilegio a un competidor o bien a otra autoridad pública.

5) Emitir informes solicitados a la FNE por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo cual sólo será procedente en aquellos casos en los cuales la FNE no tenga la calidad de parte. Esta exigencia de que la FNE no tenga la calidad de parte resulta esencial para evitar una confusión entre las funciones de acusador y de perito antimonopólico.

6) Solicitar colaboración a funcionarios públicos y empleados de empresas públicas del Estado y sociedades del Estado. Asimismo, requerir de las entidades antes indicadas y de organismos públicos la puesta a disposición de la FNE de antecedentes relevantes, pudiendo solicitar el examen de los mismos o efectuar tal examen directamente. Asimismo, requerir de organismos técnicos del Estado informes y peritajes y convenir con aquéllos la transferencia electrónica de información y la interconexión electrónica. Esta última también podrá realizarse con extranjeros y con nacionales privados.

7) Solicitar a privados informaciones y antecedentes que estime necesarios para las investigaciones que la FNE esté practicando.

8) Celebración de actos y convenciones en relación con el patrimonio de la FNE.

9) Citar a declarar o solicitar declaración por escrito a entidades o personas que pudiesen tener conocimiento de conductas investigadas o que hubiesen participado en éstas o en otras conductas en las cuales fueren parte aquéllas.

10) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.

11) Recibir e investigar denuncias que le formulen particulares respecto de conductas que puedan importar infracción a las normas del Decreto Ley 211, sin perjuicio de remitir a las autoridades competentes aquellas que deban ser conocidas por otros organismos en razón de su naturaleza. Esta atribución de la FNE es muy importante puesto que implica la obligatoriedad de recibir denuncias y efectuar una suerte de análisis “prima facie” en virtud del cual se determina si procede investigar más o derechamente presentar un requerimiento ante el Tribunal Antimonopólico.

12) Las demás que señalen las leyes. [Es preciso observar que, a pesar de ser la FNE claramente un ente público autónomo, aquélla carece de potestades reglamentarias, según veremos al tratar las atribuciones que en forma previa y expresa le confieren el Decreto Ley 211 y otras leyes].

Si se observan estos grupos de atribuciones de la FNE podrá concluirse que la mayoría de éstos (numerales 1), 2), 3), 4), 6), 7), 9) y 11)) corresponden a la función primordial de la FNE: investigador y acusador en el orden antimonopólico. El resto de las atribuciones se presenta como secundario o accesorio a ese rol fundamental. Estas atribuciones calificadas como secundarias han sido clasificadas funcionalmente en la de experto técnico, fiscalizador y promotor de la Libre Competencia⁶.

Debe destacarse el acierto de nuestro sistema antimonopólico que, desde sus orígenes, ha reservado a la FNE y a sus predecesores⁷ una función investigativa y acusadora que siempre ha permanecido separada y diferenciada de una función sentenciadora. En otras palabras, siempre se ha evitado que la FNE desarrolle una actividad juzgadora deviniendo en

⁶Enrique Vergara Vial, “La Fiscalía Nacional Económica: Perspectivas y Desafíos”, exposición efectuada en el Día de la Competencia, 2 de noviembre de 2006, Santiago.

⁷El origen de la FNE arranca del artículo 13 de la Ley N° 15.142, de 22 de enero de 1963, la cual creó el cargo de Fiscal Económico para actuar como acusador público y defensor del interés general en materias de libre competencia comercial e industrial. Dicha ley se promulgó casi cuatro años después de la Ley 13.305, cuyo Título V había puesto en vigor la primera legislación antimonopólica chilena. La Ley N° 15.142 creó el cargo de Fiscal Económico y no un ente público autónomo como lo es la FNE.

una suerte de primera instancia antimonopólica. La actividad sentenciadora está entregada al TDLC y a su superior jerárquico, la Excma. Corte Suprema.

El mencionado acierto adquiere relieve incluso en el derecho comparado al observarse el sistema adoptado en Estados Unidos de América, nación de antigua e influyente tradición en la tutela de la Libre Competencia. En efecto, en dicho país se encuentran radicadas en un mismo ente público las funciones investigativas, acusadoras y sentenciadoras “de primera instancia”. Esta confluencia de funciones tiene lugar en dos entes públicos de naturaleza administrativa –la Antitrust Division del Department of Justice y la Federal Trade Commission– cuyas competencias son concurrentes respecto de la mayor parte de los contenidos de tutela de la libre competencia⁸. Las decisiones de estos entes públicos son revisadas por una corte federal. A la crítica de contar con dos entes públicos para virtualmente la misma tarea, se añade otra más profunda: la concurrencia de potestades investigativas, acusadoras y sentenciadoras en una misma autoridad pública⁹. Compartimos esta crítica, puesto que la concurrencia de las atribuciones indicadas en un mismo ente público conspira contra un racional y justo procedimiento, según lo exigen los sistemas sancionatorios modernos y resulta garantizado por el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política.

De lo expuesto se sigue otra importante consecuencia: la Federal Trade Commission no constituye un paradigma a imitar en lo concerniente a su haz de potestades públicas. En efecto, resulta esencial tener presente que aquella entidad foránea opera como un ente acusador y tribunal administrativo a la vez y que nuestra FNE no reúne tales calidades, ni debe reunir las so pena de sufrir una gravísima involución nuestro sistema antimonopólico. Enfatizamos este peligro porque se observa un intento, a nuestro juicio indebido por las razones anotadas, de adoptar para la FNE las potestades de la FTC; a modo de ejemplo, “guidelines” y órdenes de cesar en conductas.

⁸La Antitrust Division y la Federal Trade Commission exhiben una superposición de competencias parcial y no total. En efecto, sólo la Antitrust Division conserva jurisdicción criminal antimonopólica, en tanto que sólo la Federal Trade Commission puede ocuparse de ciertas conductas variantes de “métodos de competencia desleal” que no pueden ser incluidas ni en la Sherman Act ni en la Clayton Act ni en la Robinson Patman Act.

⁹Handler, Blake, Pitofsky & Goldschmid, “Trade Regulation”, 104, The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, third edition, 1990, quienes afirman: “Much criticism has been directed to the fact that the commissioners both issue the complaint and later pass upon the alleged violation of law- a combination of prosecutorial and judicial functions present in many administrative agencies.” En este mismo sentido, E. Allan Farnsworth, *Introduction to the Legal System of the United States*, 137, Oceana Publications, New York, 1994.

3. EL DILEMA DE LA AUTONOMÍA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

La autonomía o independencia de la FNE puede ser analizada desde muchas perspectivas. La que nos interesa es la independencia de la FNE respecto de quienes exhiben la potencialidad de ser investigados y acusados por vulnerar el bien jurídico libre competencia. Esta independencia de la FNE debe ser estudiada en una doble vertiente: independencia de la FNE en cuanto autoridad pública e independencia de la FNE en cuanto al director o jefe superior de la misma.

3.1. INDEPENDENCIA DE LA FNE EN CUANTO AUTORIDAD PÚBLICA

Podría calificarse este ente público administrativo como autónomo a la luz de lo señalado en el inciso primero del artículo 33 del Decreto Ley 211 que dispone que la FNE es *“un servicio público descentralizado (...) independiente de todo organismo o servicio...”*¹⁰. Cabe recordar que el adjetivo autónomo, en el sentido empleado, pone en evidencia la relativa independencia, personal, patrimonial y funcional, que caracteriza el comportamiento de tales entes respecto de la Administración Central.

Sin embargo, esta clarísima consagración de la independencia de la FNE se ve contradicha por la última parte del mismo inciso primero del artículo tercero, que señala: *“...sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*. De allí que la FNE en cuanto autoridad pública es y debe ser fiscalizada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el cual actúa en su calidad de colaborador directo e inmediato del Presidente de la República.

3.2. INDEPENDENCIA DE LA FNE EN CUANTO A SU DIRECTOR O JEFE SUPERIOR

Los servicios públicos están a cargo de un jefe superior denominado Director, quien es el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. Sin embargo, excepcionalmente, la ley podrá otorgar a los jefes superiores una denominación distinta¹¹. El Decreto Ley 211 denomina al Director de la Fiscalía Nacional Económica bajo el título de Fiscal Nacional Económico¹².

¹⁰La consagración de esta independencia corresponde literalmente a la parte pertinente del antiguo artículo 21 del texto originario del Decreto Ley 211, que fue publicado en el Diario Oficial N° 28.733 de 22 de diciembre de 1973.

¹¹Artículo 31, inciso 1º, Ley 18.575.

¹²Artículo 33, inciso 2º, Decreto Ley 211.

El director de la FNE parece ser independiente, según lo dispuesto en el artículo 39, inciso primero, del Decreto Ley 211: *“El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le estén encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”*.¹³

Sin embargo, esa independencia del director máximo de la FNE se ve socavada por lo preceptuado en el inciso segundo del mismo artículo 33 antes citado: *“La Fiscalía Nacional Económica estará a cargo de un funcionario, denominado Fiscal Nacional Económico, de la exclusiva confianza del Presidente de la República”*. El precepto transcrito tiene la máxima importancia desde la perspectiva de una gestión independiente de la FNE, puesto que corresponde al Fiscal Nacional Económico la representación judicial y extrajudicial de la FNE, así como la jefatura superior de esta última. De esta forma, la dirección superior de la FNE corresponde a un funcionario cuyo cargo es de la exclusiva confianza del Presidente de la República y, por tanto, será designado y removido según los avatares que experimente tal confianza.

El proceso de designación ha de sufrir un cierto cambio como consecuencia de la promulgación de la Ley 19.882, mediante la cual se *“Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica”*. Esta normativa define que el Sistema de Alta Dirección Pública comprenderá los servicios públicos regidos por el Título II de la Ley 18.575, con excepción de los indicados por el artículo 36°. La FNE no se halla excluida del sistema de alta dirección pública por el artículo 36° antes indicado y tampoco se encuentra exceptuada de la aplicación del mencionado Título II de la Ley 18.575. El cargo de Fiscal Nacional Económico corresponde a un jefe superior de servicio, lo que hace plenamente aplicable la Ley 19.882. Sin embargo, dicha ley contempla el artículo 14° transitorio que permite la incorporación progresiva de servicios públicos al Sistema de Alta Dirección; no habiéndose incorporado hasta la fecha la FNE. Esta ley modifica el proceso de designación de ciertos altos ejecutivos de reparticiones públicas, puesto que entrega al Consejo de Alta Dirección Pública la contratación de empresas especializadas en selección de personal para asesorar o realizar todo o parte de las labores involucradas en los procesos de selección y luego proponer al Presidente de la República una nómina de entre tres y cinco de los candidatos seleccionados a través del proceso antes descrito. Si bien este procedimiento viene a morigerar la dependencia del Fiscal Nacional Económico respecto del Presidente de la República, subsiste lo más crítico y substantivo del tal dependencia: la remoción del

¹³La consagración de esta independencia corresponde literalmente a la parte pertinente del antiguo artículo 24, inciso primero, del texto originario del Decreto Ley 211, que fue publicado en el Diario Oficial N° 28.733 de 22 de diciembre de 1973.

Fiscal Nacional Económico está entregada a la confianza del Presidente de la República, bajo el mismo procedimiento que prescribe el Decreto Ley 211. Ello es consecuencia de que el proceso establecido por la Ley 19.882 sólo alcanza el nombramiento de altos directivos públicos, pero no su remoción¹⁴. En otras palabras, quien sea designado Fiscal Nacional Económico ha de tener clara conciencia de que su permanencia en tal cargo está irremisiblemente vinculada a la evolución de la confianza que el Presidente de la República tenga respecto de su persona y su actuar. Así, si bien la Ley 19.882 constituye un valioso esfuerzo por profesionalizar la alta dirección de la administración pública, aquélla no es, en razón de lo expuesto, ni una herramienta adecuada ni eficaz para preservar la independencia del Fiscal Nacional Económico.

3.3. *EVENTUALES CONFLICTOS PARA LA FNE COMO CONSECUENCIA DEL DISEÑO INSTITUCIONAL EXPUESTO*

La doble dependencia que actualmente experimenta la FNE respecto del Presidente de la República, tanto en la supervisión de su actuar como en la designación y remoción de su jefe superior, no es irrelevante. Esa dependencia podría acarrear significativos conflictos en el funcionamiento de este ente administrativo antimonopólico cuando se trate de perseguir la responsabilidad monopólica de ciertas autoridades públicas que ejerciten potestades infralegales, de empresas públicas del Estado o bien de sociedades estatales¹⁵. Una autoridad pública en ejercicio de potestades públicas infralegales puede verse acusada por el otorgamiento de un monopolio de privilegio en violación del artículo cuarto del Decreto Ley 211, en tanto que una empresa pública del Estado o sociedad estatal puede ser acusada por haber perpetrado un injusto monopólico proscrito por el artículo tercero de dicho cuerpo normativo.

Entre tales autoridades públicas que ejercen potestades públicas infralegales se hallan el propio Presidente de la República, los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y las reparticiones o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Todos estos organismos y entes administrativos dependen del Presidente de la República. Así, tenemos que la FNE es supervigilada por el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Fiscal Nacional Económico es removido de su cargo por el Presidente de la República y luego este Fiscal ha de conducir la FNE a investigar y

¹⁴El artículo 58° de la Ley 19.882 dispone que los altos directivos públicos tendrán en materia de remoción la calidad de empleados de la exclusiva confianza de la autoridad facultada para disponer su nombramiento.

¹⁵El distingo entre empresas públicas del Estado y sociedades estatales brota de los artículos 55 y 60 N° 9 de la Constitución Política de la República y lo confirma el artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas.

acusar los atentados contra la Libre Competencia que el Presidente de la República, el Ministro de Economía y otros entes públicos de su dependencia puedan perpetrar. ¿Puede una autoridad pública acusar a quien le supervigila y mantiene en el cargo?¹⁶

Muchas de las empresas públicas del Estado y sociedades estatales exhiben directores que revisten la calidad de Ministros de Estado o de altos directivos de la Administración del Estado, los cuales son directa e indirectamente nominados por el mismo Presidente de la República. Luego, si la FNE persigue la responsabilidad monopólica de tales empresas y sociedades se encontrará desafiando directivas o instrucciones del propio Presidente de la República y de sus Ministros, entre los cuales se halla el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción.

El conflicto que puede experimentar el Fiscal Nacional Económico y, en consecuencia, la propia FNE, radica en que en un escenario de constitución de monopolios de privilegio o de perpetración de injustos monopólicos como los descritos, se planteará la disyuntiva al Fiscal Nacional Económico de si iniciar un requerimiento contra esas conductas desarrolladas por tales autoridades públicas o competidores “públicos” con el riesgo consiguiente de perder la confianza del Presidente de la República o bien buscar una salida “más política”.

Podría objetarse que tal disyuntiva carece de mayor significación en atención a que si tiene lugar el otorgamiento de un monopolio de privilegio por autoridades públicas o bien la perpetración de un injusto monopólico por empresas públicas del Estado o sociedades estatales, siempre podrán los competidores afectados demandar a tales autoridades públicas o competidores “públicos” ante el TDLC de conformidad con el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley 211. Si bien es cierto que un competidor afectado puede demandar y para ello no es necesario que medie un requerimiento de la FNE, la eficacia de tal demanda resultará disminuida en comparación con un escenario en el cual actúe también la FNE, todo lo demás constante. Ello encuentra explicación en el hecho de que un demandante privado carecerá de las atribuciones investigativas de que se halla revestida la FNE. La FNE ostenta en exclusiva las atribuciones antes descritas bajo los N° 6, 7 y 9 para investigar, las cuales le permiten emplear una notable gama de medios de indagación de los que carece un competidor que interponga una demanda antimonopólica. Además, la FNE se halla dotada de un equipo de profesionales con dedicación exclusiva cuya especialidad, tanto jurídica como económica en la tutela de la Libre Competencia, les hace en principio más eficaces en cualquier proceso jurisdiccional o

¹⁶Ya el *Decreto* de Graciano (1151) contemplaba tres delitos en los cuales podía incurrir un acusador público: calumnia, prevaricación y tergiversación, los cuales son analizados por Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Tomo VIII, 2-2 q. 68 a.3, 538, Madrid. BAC. 1956.

administrativo que se ventile ante el TDLC. La dotación de la FNE alcanza a esta fecha a sesenta personas. Por otra parte, es preciso recordar que el TDLC carece de atribuciones investigativas, hallándose en consecuencia inhabilitado para hacerlo. En síntesis, el único investigador y acusador antimonopólico, especializado, dotado de singulares atribuciones en la materia y dedicado en exclusiva a esas funciones, es la FNE. Por lo anterior, no resulta menor la importancia de los conflictos que pueda sufrir la FNE en su labor de investigar y acusar con miras a que el TDLC juzgue y sancione los atentados contra la Libre Competencia.

En lo que se refiere a denuncias antimonopólicas, la FNE ostenta una potestad pública según la cual debe recibir denuncias e investigarlas, la que hemos descrito bajo el N° 11 precedente. Las denuncias revisten enorme importancia práctica, puesto que en muchas ocasiones algún competidor prefiere evitar los costos o las represalias mercantiles asociadas a un litigio. Luego, si la FNE no resuelve adecuadamente el conflicto que le genera la doble dependencia anotada, en una situación concreta podría llegar a realizar una investigación meramente formal y carente de destino, para luego archivar los antecedentes.

Corresponde también a la FNE velar por el cumplimiento de las decisiones del TDLC y emitir los informes que éste le solicite en los casos en los cuales la FNE no exhiba la calidad de parte. Ambas funciones no son susceptibles de ser ejecutadas por los competidores. Si bien es cierto que algún competidor podría denunciar que no se está cumpliendo una decisión del TDLC, tal denuncia debería ser formalizada ante la FNE y, por tanto, podría experimentar los riesgos antes descritos.

De allí que una falta de independencia podría comprometer las funciones de la FNE no sólo en cuanto a si se ejercita o no una determinada potestad pública, sino que también la calidad del ejercicio de una específica atribución, todo ello ciertamente en atención a los efectos adversos que esas conductas pudieren provocar a ciertas autoridades públicas, a empresas del Estado o sociedades estatales.

Finalmente, existe un importantísimo grupo de atribuciones de la FNE, que describimos bajo el N° 3 precedente. La FNE puede requerir del Tribunal Antimonopólico que éste ponga en ejercicio cualquiera de las siguientes potestades públicas: i) la informativa, destinada a emitir informes acerca de la estructura y características de un mercado concreto; ii) la reglamentaria, tanto en su modalidad interna como externa, destinada a emitir reglamentos antimonopólicos que se aplican a pluralidad de destinatarios que se encuentren en la misma categoría, y iii) la requisitoria, cuyo objeto es requerir a ciertas autoridades públicas a través del Presidente de la República la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en función de lo estimado necesario para la mejor tutela de la Libre Competencia. Debe advertirse que el requerimiento formulado al efecto por la FNE no es vinculante para el TDLC. A nuestro juicio, la

potestad i) podría ser activada por una autoridad sectorial expresamente autorizada para ello por ley especial, en tanto que las atribuciones ii) y iii) también pueden activarse por propia iniciativa del TDLC o por un demandante antimonopólico, lo que morigeraría la gravedad de que la FNE no requiera el ejercicio de esas dos atribuciones.

Atendido lo expuesto observamos la urgencia de que la FNE contemple un estatuto de independencia frente a las autoridades públicas en ejercicio de potestades infralegales, particularmente ante la Administración del Estado y ante las empresas públicas del Estado y sociedades con participación estatal.

Este problema pone en jaque la operatoria misma de la Libre Competencia y puede dar base a la eventual violación de tan relevantes garantías constitucionales como la del Principio de No Discriminación Arbitraria en el trato que el Estado y sus organismos deben brindar en materia económica. En efecto, de conformidad con los contenidos de la Libre Competencia y la mentada garantía constitucional, la FNE debe tratar con igual rigor a los competidores que vulneren el Decreto Ley 211, sea que éstos revistan la forma de empresas públicas del Estado, sociedades estatales o simples particulares. Asimismo, la FNE debe tratar por igual a las autoridades públicas que mediante sus potestades infralegales transgredan el artículo cuarto del Decreto Ley 211, no pudiendo discriminar arbitrariamente entre ellas en función de sus nexos con el Presidente de la República, para según ello determinar la persecución de su responsabilidad monopólica y accionar la declaración de la nulidad de derecho público del otorgamiento de un monopolio de privilegio.

4. ALTERNATIVAS PARA CONFERIR AUTONOMÍA A LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

En nuestro concepto la autonomía de la FNE sólo puede ser restablecida mediante la eliminación de la doble dependencia que la propia FNE y el Fiscal Nacional Económico actualmente tienen respecto del Presidente de la República.

Suprimir la dependencia de la propia FNE supone que ésta deje de ser un servicio público regido por el Título II de la Ley 18.575 Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, puesto que tales servicios se encuentran necesariamente sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo¹⁷. Lo anterior implica relocalizar la FNE dentro de la Administración del Estado, utilizando la definición amplia de que se vale el artículo 1° de

¹⁷Artículos 28 y 29 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

la Ley 18.575, pero dejándole fuera de la tipología administrativa que rige el Título II de ese cuerpo normativo. La diferencia entre la definición de Administración del Estado y el sentido estricto del Título II radica en que aquélla comprende autoridades públicas que se rigen por normas constitucionales, leyes orgánico constitucionales o de quórum calificado propias, tales como el Banco Central de Chile, Contraloría General de la República, y empresas públicas del Estado, tales como Codelco, Correos de Chile, etc. En síntesis, consideramos que la FNE debe ser mencionada en el artículo 21, inciso segundo, de la Ley 18.575 a fin de que dicho ente público resulte excepcionado de la aplicación del Título II de la mencionada ley. Así, se le conferiría un estatus adecuado a la FNE, de modo tal que sus altas funciones puedan ser ejercitadas sin interferencias ni presiones procedentes de autoridades públicas que ejerciten potestades de jerarquía infralegal.

Asimismo, la autonomía de la FNE debe resguardarse a través de la independencia de director o jefe superior de la misma, esto es, del Fiscal Nacional Económico. Esta independencia debe ser cautelada mediante un adecuado diseño del procedimiento de nominación de quién ocupará ese cargo, así como del procedimiento de remoción de quien haya tomado posesión del cargo de Fiscal Nacional Económico. No es suficiente asegurar la independencia en el proceso de nominación si no está adecuadamente tutelado el proceso de remoción.

La independencia propuesta para la FNE consiste en que ésta no pueda ser supervisada ni el Fiscal Nacional Económico elegido y removido por personas que exhiban una alta potencialidad para ser transgresoras del Derecho de la Libre Competencia. En tanto estos potenciales infractores del Derecho Antimonopólico no intervengan en la supervisión de la FNE ni en el procedimiento de nominación y remoción del Fiscal Nacional Económico, éste podrá guiar, exento de presiones directas sobre su persona y sobre la gestión de la FNE, a este ente público hacia un adecuado cumplimiento de sus fines.

Existen otros aspectos de la independencia en el ejercicio de un cargo, v.gr., incompatibilidades con otros cargos públicos o privados; que la designación del Fiscal Nacional Económico dure un determinado número de años, período que no debe coincidir con los cambios presidenciales sino que ha de traslaparse con éstos, salvo que opere la remoción y que, una vez terminado el período del Fiscal Nacional Económico, éste deberá quedar afecto por algún tiempo a ciertas inhabilidades, asunto que se está debatiendo con motivo del proyecto de ley modificatorio del Decreto Ley 211 que se encuentra en trámite. Nuestro análisis se ocupará sólo de la independencia que se obtendría a través de una relocalización de la FNE en la estructura de la Administración del Estado y de la implementación de un adecuado mecanismo de nominación y de remoción del Fiscal Nacional Económico.

4.1. POTENCIALES INFRACTORES DEL DECRETO LEY 211

Es necesario establecer qué personas pueden ser investigadas y acusadas por la FNE, puesto que ello determinará que tales personas no podrán supervisar a la FNE y tampoco participar en el procedimiento de designación y remoción del Fiscal Nacional Económico. Lo anterior exige determinar quiénes pueden ser transgresores del bien jurídico Libre Competencia, tanto en la formulación del injusto universal antimonopólico contemplado en el artículo tercero como de la prohibición de otorgar monopolios de privilegio contemplada en el artículo cuarto del Decreto Ley 211¹⁸. Hemos clasificado los potenciales transgresores de los preceptos citados en cuatro categorías: i) competidores “públicos”: corresponden a empresas públicas del Estado y a sociedades estatales; ii) competidores “privados”: el resto de los competidores, en cuya creación o propiedad no interviene el Estado; iii) autoridades privadas, v.gr., asociaciones gremiales, colegios profesionales, etc. y iv) autoridades públicas dotadas de potestades infralegales.

Cabe observar que el distingo entre competidores “públicos” y “privados” no es preciso, puesto que las sociedades estatales¹⁹ son denominadas así porque en su propiedad participa el Estado, pero no porque hayan sido creadas por ley de quórum calificado con la finalidad de satisfacer una necesidad pública en cumplimiento del principio de subsidiariedad, como sí debería ocurrir con las empresas públicas del Estado²⁰. Debe evitarse que estos competidores “públicos” y “privados”, así como las autoridades privadas, intervengan en la supervisión de la FNE, así como en el proceso de nominación y remoción del Fiscal Nacional Económico, puesto que se trata de los potenciales investigados y fiscalizados por excelencia de la FNE al constituir los principales destinatarios del injusto universal de monopolio contemplado por el artículo tercero del Decreto Ley 211.

Respecto de las autoridades públicas resulta fundamental distinguir entre aquellas que ejercitan potestades infralegales de las que ostentan potestades de rango legal o suprallegal. En efecto, estas últimas han de cuidar que sus potestades públicas se ajusten a la Constitución Política de la República, pero no quedan sometidas al Decreto Ley 211 en virtud del principio de jerarquía normativa. *A contrario sensu*, las autoridades públicas

¹⁸Para un estudio del injusto universal antimonopólico, véase Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, Sección III, 241-386, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

¹⁹Un ejemplo de sociedad estatal lo constituye la Empresa Nacional del Carbón S.A. (ENACAR), que fue investigada por favorecer con el transporte marítimo de toda su producción a Empremar, según lo acredita la Resolución N° 41 emitida por la antigua Comisión Resolutiva.

²⁰Ejemplos de empresas públicas del Estado sancionadas por infracción al Decreto Ley 211 lo constituyen la Empresa de Ferrocarriles del Estado (Resolución N° 465) y Empresa Nacional de Minería (Resolución N° 144).

que ejercitan potestades infralegales quedan sometidas a la prohibición del artículo cuarto del Decreto Ley 211, cuya infracción también deberá ser investigada y fiscalizada por la FNE de conformidad con las potestades públicas descritas precedentemente bajo los numerales 1) y 2).

Corresponde identificar las autoridades públicas dotadas de potestades infralegales a fin de privarlas de la facultad de supervisar la FNE y de excluirlas del proceso de nominación y remoción que será propuesto. Estas son: el Poder Ejecutivo en sus vastas y variadas formas de administración centralizada y descentralizada; el Poder Judicial en todas sus instancias, tribunales y materias²¹, entre los cuales destaca el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; el Banco Central de Chile²²; la Contraloría General de la República²³; el Ministerio Público; el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, todas las cuales podrían, en principio, infringir el artículo cuarto del Decreto Ley 211 según lo confirma la jurisprudencia antimonopólica²⁴. De las autoridades públicas indicadas deben excluirse el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones porque si bien se hallan dotados de potestades públicas infralegales, no procede a nuestro juicio sostener que sus potestades les permitan vulnerar la libertad de competencia mercantil²⁵. En efecto, si bien consideramos

²¹Si bien no conocemos aún algún pronunciamiento del Tribunal Antimonopólico respecto de resoluciones judiciales vulneratorias de la Libre Competencia, podemos referirnos a un caso de público conocimiento. Se trata de un supuesto monopolio que las Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel habrían constituido mediante la anómala práctica de favorecer en forma exclusiva y por un largo tiempo a un determinado martillero con la totalidad de las subastas correspondientes a juicios ejecutivos. Véase editoriales “Anomalías Judiciales” y “Remates Judiciales” contenidos en El Mercurio de Santiago de 27 de diciembre de 2001 y de 5 de enero de 2004, respectivamente.

²²Si bien es cierto que la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado menciona en su artículo 1º, inciso segundo, al Banco Central como parte de la Administración del Estado, resulta evidente su autonomía frente al Presidente de la República de conformidad con lo dispuesto por el artículo 97 de la Constitución de la República. Es por ello que el Título II de la Ley 18.575 no aplica al Banco Central de Chile por así disponerlo expresamente el artículo 21, inciso 2º, de dicha ley. En consecuencia, no consideramos que el Banco Central sea parte de la Administración del Estado para efectos de nuestro análisis. El Banco Central de Chile podría transgredir el Decreto Ley 211 y es precisamente por esa razón que el artículo 74 de la Ley 18.840, Orgánica del Banco Central de Chile, da cuenta de que es posible reclamar de las decisiones de esta autoridad pública ante el TDLC y así lo ha consignado la jurisprudencia antimonopólica en la Resolución N° 239, emitida por la antigua Comisión Resolutiva.

²³Se le aplican las mismas disposiciones a la Contraloría General de la República que las indicadas para el Banco Central de Chile en la nota anterior, razón por la cual seguimos el mismo criterio adoptado en la nota precedente relativa al Banco Central.

²⁴Sobre el particular, puede consultarse Domingo Valdés Prieto, “La Paradoja del Monopolio de Privilegio contemplado en el Decreto Ley 211 de 1973”, *Ius Publicum* N° 8, Santiago de Chile, 2002, 125-159.

²⁵Véase Eugenio Evans Espiñeira, *La Constitución Explicada*, Caps. VIII y IX, 179-199, Editorial LexisNexis. Santiago de Chile. 2006.

que el Tribunal Calificador de Elecciones desempeña un fundamental rol en la competencia política, ésta constituye una materia diversa de la libre competencia mercantil que tutela el Decreto Ley 211.

La administración pública centralizada y descentralizada, que desde una óptica jurídica adopta la forma de una pluralidad de personas jurídicas de derecho público, constituyen las autoridades públicas con mayor potencial de infracción del Decreto Ley 211²⁶. Este potencial se ve acrecentado por la circunstancia de que el Presidente de la República y sus Ministros de Estado, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, ejercen sobre los competidores “públicos” antes indicados –que según ya se explicó no son autoridades públicas– una importante influencia. De allí que resulte deseable excluir de la supervisión de la FNE, así como del proceso de designación y remoción del Fiscal Nacional Económico a la administración pública y, ciertamente, al Presidente de la República y sus ministros.

4.2. *AUTORIDADES PÚBLICAS INTERVINIENTES EN LA SUPERVISIÓN DE LA FNE Y EN LA DESIGNACIÓN Y REMOCIÓN DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO*

Lo expuesto conduce a que el Congreso parece ser una de las autoridades públicas más idóneas para supervisar la FNE y designar y remover al Fiscal Nacional Económico.

Otra alternativa es combinar varias autoridades públicas en el proceso de designación y remoción descrito. En nuestra opinión, es fundamental que las autoridades públicas intervinientes en este proceso sean independientes entre sí, puesto que de otra forma se perderían los beneficios de la combinación y la fórmula se aproximaría a la hipótesis de una autoridad pública con potencial transgresor actuando individualmente.

El segundo elemento a ponderar en la selección de la o las autoridades públicas intervinientes en la supervisión de la FNE y en el proceso de nominación y remoción del Fiscal Nacional Económico es la especialidad de la o las autoridades públicas intervinientes en la materia, lo que les otorgaría un conocimiento adecuado para elegir una persona idónea y

²⁶Este potencial infractor que caracteriza a todas las formas de la Administración Pública Central y Descentralizada queda demostrado porque en los dos primeros años de funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aproximadamente un 28% de las potestades públicas de ese ente antimonopólico ha tenido por objeto monopolios de privilegio o actos de autoridad pública. De entre tales actos de autoridad pública no encontramos ninguno que corresponda a las restantes autoridades públicas, sino que todos pertenecen a la Administración Pública en el sentido estricto que venimos empleando. Lo anterior no significa que en nuestra jurisprudencia antimonopólica anterior a la reforma introducida al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911 no hallemos monopolios de privilegio correspondientes a otras autoridades públicas en ejercicio de potestades infralegales.

también para supervisar su desempeño y en atención a éste iniciar un proceso de remoción, según corresponda. En tal sentido, estimamos que el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones si bien son importantísimas autoridades públicas que desarrollan altas funciones para la República, sus atribuciones se hallan más bien alejadas de una supervisión de la FNE, así como de un proceso de designación y remoción como el que hemos descrito. Así, *a contrario sensu*, creemos que el principio de la especialidad debería llevar a considerar el Banco Central de Chile, el Poder Judicial representado en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Contraloría General de la República, destacando en el caso de esta última su cercanía y conocimiento de la actividad administrativa.

Este mismo criterio de la especialidad nos lleva a proponer una reformulación en la supervisión de la FNE y en la designación y remoción del Fiscal Nacional Económico. En cuanto a la designación esta proposición consiste en que aquélla se sustraiga al procedimiento previsto por la Ley 19.882, puesto que éste sólo aplica a entes administrativos regidos por el Título II de la Ley 18.575 y que se hallen subordinados al Presidente de la República. El nuevo procedimiento debería contemplar la elaboración de una quina confeccionada por la autoridad pública proponente mediante concurso público de antecedentes, quina que luego es sometida a la autoridad pública designadora. Luego, de entre los candidatos contemplados en dicha quina debería ser elegido el Fiscal Nacional Económico.

4.3. ALTERNATIVAS CONCRETAS EN APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS

Considerando el principio de bajas probabilidades de infracción monopólica conjugado con el principio de la especialidad y la conveniencia de que intervenga en este proceso más de una autoridad pública, sugerimos las siguientes combinaciones:

A. *Designación de Fiscal Nacional Económico*

Proponente de Nominación: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; Designador: Senado.

Proponente de Nominación: Banco Central de Chile; Designador: Senado.

Tanto el TDLC como el Banco Central exhiben la ventaja de no hallarse sometidos al Presidente de la República ni a otras autoridades públicas administrativas y cumplen ampliamente con una trayectoria de especialidad en la materia. Por otra parte, el potencial infractor del Decreto Ley 211 es muy bajo en ambos casos. No obstante lo cual, es preciso consignar que el potencial infractor es más bajo en el caso del TDLC que en el del

Banco Central de Chile. En efecto, en el caso del TDLC ello constituiría un notable y gravísimo abandono de los deberes de los ministros integrantes de ese tribunal, situación de la cual no tenemos noticia que haya ocurrido alguna vez. Por contraste, en el caso del Banco Central de Chile la infracción del Decreto Ley 211 no entraña la gravedad descrita para el caso del TDLC; sin embargo, ya ha ocurrido que dicho ente constitucional autónomo ha quedado incurso en responsabilidad monopólica por transgredir aquel cuerpo normativo.

Resta preguntarse si existe alguna ventaja en que intervenga alguna de las ramas del Congreso en este proceso o es indistinta la participación de una u otra. Desde la perspectiva de la nominación del Fiscal Nacional Económico habría que destacar la experiencia del Senado en designar fiscales judiciales de la Corte Suprema y en nominar al Fiscal Nacional²⁷. En cuanto al quórum a exigir en el Senado para la designación del Fiscal Nacional Económico, consideramos razonable el que se utiliza para el Contralor General de la República, esto es, tres quintos de los miembros en ejercicio.

B. *Remoción de Fiscal Nacional Económico*

Proponente de Remoción: TDLC; Removedor: Senado.

Proponente de Remoción: Contraloría General de la República; Removedor: Senado.

Desde la óptica de la remoción del Fiscal Nacional Económico observamos que la Cámara de Diputados tiene entre sus cometidos el de fiscalizar actos del Gobierno, en tanto que el Senado tiene por misión conocer y resolver las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con motivo de la mencionada fiscalización²⁸. Estimamos que la labor de fiscalizar el desempeño del Fiscal Nacional Económico corresponde eminentemente al proponente de la remoción, esto es, al TDLC o a la Contraloría General de la República. De allí que parece más propio del Senado conocer y juzgar esa solicitud de remoción, al modo como conoce y resuelve las acusaciones entabladas por la Cámara de Diputados. Por lo anterior, estimamos que el Senado parece ser la rama del Congreso más idónea para pronunciarse sobre la remoción del Fiscal Nacional Económico. Por otra parte, corresponde al Senado conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales superiores de justicia. Esto resulta del mayor interés en el evento de que la FNE resuelva acusar de constitución de monopolio de privilegio a un tribunal superior de justicia, puesto que tal asunto podría acabar radicado ante el Senado, rama del Congreso que evaluaría los antecedentes

²⁷Artículo 49 N° 9, Constitución Política de la República.

²⁸Artículos 48 N° 1 y 49 N° 1, Constitución Política de la República.

del caso y que también participaría como eventual removedor del Fiscal Nacional Económico. En cuanto al quórum a exigir en el Senado para la remoción del Fiscal Nacional Económico, consideramos razonable el antes mencionado, esto es, tres quintos de los miembros en ejercicio.

Es preciso preguntarse si es conveniente que el TDLC participe en la remoción del Fiscal Nacional Económico, puesto que ello podría considerarse como parte de la supervisión de la FNE. Atendido que una de las directivas de la reforma de la Ley 19.911 fue separar las tareas de investigador y acusador de la de sentenciador, podría verse en esta proposición una cierta involución en la materia. En efecto, podría interpretarse que supervisar al acusador antimonopólico por parte del sentenciador es erosionar la independencia entre tales funciones. Una solución para evitar esta posible crítica, estimamos puede ser la de que el proponente de la remoción del Fiscal Nacional Económico sea Contraloría General de la República, debiendo ésta ser decidida por el removedor: el Senado.

De esta forma, la supervisión de la FNE queda entregada a Contraloría General de la República, la cual previo sumario y por causales objetivas preestablecidas en el Decreto Ley 211 podrá iniciar el proceso de remoción. La gran experiencia administrativa de Contraloría General de la República la convierte en una autoridad pública idónea para supervisar la FNE.

5. CONCLUSIONES

Creemos que nuestra legislación antimonopólica ha realizado un largo periplo de prueba y error legislativo para, finalmente, retornar al punto de partida del Decreto Ley 211 primigenio, aquel que fue promulgado el 22 de diciembre de 1973. Cabe recordar qué señalaba el artículo 21, inciso segundo, de este antiguo cuerpo normativo: “El Fiscal será nombrado por la Comisión Resolutiva, se regirá por las normas del Estatuto Administrativo y sólo podrá ser removido y sancionado por aquélla, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.”

Consideramos que la solución que proponemos es superior a la del Decreto Ley 211 originario, que a su vez es mucho mejor que lo que existe hoy. Estimamos superior nuestra propuesta en lo que respecta a la designación, puesto que ésta procede de un concurso público de antecedentes realizado por el TDLC, tribunal este último que exhibe una mayor independencia que su predecesor, la Comisión Resolutiva, en lo concerniente a su generación. La otra diferencia es que el TDLC no designa, sino que propone una quina al Senado, lo que evita ciertamente otras interferencias, de las cuales no estaba exenta la antigua Comisión Resolutiva.

Asimismo, creemos superior nuestra proposición en lo que se refiere a la remoción del Fiscal Nacional Económico, puesto que ésta es propuesta por Contraloría General de la República, previo sumario instruido

por ésta y basado en causales objetivas predeterminadas por el propio Decreto Ley 211. La remoción compete al Senado, con lo cual se respeta cabalmente la separación de las funciones investigativas y acusadoras, por una parte, y las funciones sentenciadoras y resolutivas, por otra. Esto se traduce en que si bien el proponente de designación es Contraloría General de la República, quien tiene la decisión final es el Senado, autoridad pública esta última que carece de toda potencialidad infractora del Decreto Ley 211, según ha quedado explicado.

Nuestro sistema tutelar de la Libre Competencia constituye todavía un modelo de buen funcionamiento y profesionalismo a nivel latinoamericano. Un aspecto clave en su operación es la independencia de la Fiscalía Nacional Económica, la cual resulta fundamental preservar desde el punto de vista del diseño institucional, esto es, en el proceso de designación y remoción de quien ocupe el cargo de jefe superior de este ente administrativo y de cómo se supervisa su desempeño. Para ello es urgente una reforma legislativa que garantice a la FNE y al Fiscal Nacional Económico cumplir sus altas funciones con real independencia respecto de ciertas autoridades públicas que hoy les supervisan y a las cuales la FNE y el Fiscal Nacional Económico podrían tener que investigar y eventualmente acusar por infracciones monopólicas.

EL RECURSO DE NULIDAD Y LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO CUANDO EL IMPUTADO HA ADMITIDO RESPONSABILIDAD EN LOS HECHOS CONTENIDOS EN EL REQUERIMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

*Eduardo Meins Olivares**

El procedimiento simplificado, como se sabe, es aplicable al conocimiento y fallo de las faltas, como asimismo respecto de los hechos constitutivos de simples delitos, respecto de los cuales el ministerio público requiere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (Art. 388 CPP).

Comienza este procedimiento con el requerimiento del fiscal al juez de garantía para que cite a una audiencia inmediata, al inicio de la cual el tribunal indicado efectúa una breve relación del requerimiento y de la querrela, en el caso que ésta se haya presentado.

Si en dicha audiencia se encuentra presente la víctima, el juez debe instruir a ella y al imputado acerca de la posibilidad de poner término al procedimiento de conformidad a lo previsto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, esto es, mediante la celebración de un acuerdo reparatorio, si fuere procedente conforme a la naturaleza del hecho punible contenido en el respectivo requerimiento.

En la misma audiencia, el fiscal del ministerio público puede proponer la suspensión condicional del procedimiento, de cumplirse los requisitos contemplados en el artículo 237 del cuerpo jurídico citado (Arts. 390 y 394 CPP).

De no operar ninguna de las dos salidas alternativas precedentemente indicadas, el juez de garantía procede a preguntar al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicita la realización de la audiencia de juicio. Para el evento de que el imputado admitiere su responsabilidad, el fiscal puede modificar la pena requerida.

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

Ahora bien, si el imputado admite su responsabilidad en el hecho punible que se le atribuye, el juez de garantía dictará sentencia de inmediato, prohibiéndosele aplicar una pena superior a la solicitada en el requerimiento; y permitiéndosele incorporar antecedentes que sirvan para la determinación de la pena.

Pero si el imputado no admite responsabilidad, el juez de garantía procede, en la misma audiencia, a la preparación del juicio simplificado, el que se realiza inmediatamente, si fuere posible, o a más tardar dentro de quinto día.

El desarrollo del juicio comprende la lectura del requerimiento del fiscal y de la querrela, si la hay. Luego, se oye a los comparecientes y se recibe la prueba. A continuación, el juez de garantía pregunta al imputado si tiene algo que agregar. Con esta nueva declaración suya, o sin ella, el juez dictará el veredicto de decisión o condena, debiendo fijar una nueva audiencia, para dentro de los próximos cinco días, en que dará a conocer el texto escrito de la sentencia.

Pues bien, en contra de la sentencia definitiva sólo puede interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero, señalándose que el fiscal requirente y el querellante, en su caso, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio (Art. 399 CPP).

El recurso de nulidad procede si concurre una o más de las causales previstas por el legislador, contempladas en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal.

El artículo 373 contiene dos causales, las que se comprenden en sus literales a) y b), y que conducen a la nulidad del juicio oral y la sentencia.

La prevista en la letra a) procede cuando, en cualquier estado del procedimiento 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.

Por su parte, la establecida en la letra b) opera cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El artículo 374 señala los denominados motivos absolutos de nulidad, que también conducen a la nulidad del juicio y la sentencia.

Dicha nulidad procederá en los casos siguientes:

- a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente, y cuando hubiere sido acordada por un menor

número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio.

- b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286, esto es, la ausencia de los jueces, del fiscal y del defensor del imputado.
- c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.
- d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.
- e) Cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), esto es, cuando ella no contenga la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, el que preceptúa que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo el tribunal hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que haya desestimado, indicando en tal caso las razones que tuvo para hacerlo. En la valoración de la prueba el tribunal debe señalar el o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados, fundamentación que debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arribe la sentencia. O bien, cuando no contenga las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo; o no contenga la resolución que condene o absuelva a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido, la que se pronuncie sobre la responsabilidad civil de los mismos y fije el monto de las indemnizaciones a que haya lugar.
- f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, esto es, cuando se vulnere el principio de congruencia que debe existir entre ella y la acusación.
- g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

En cuanto a los efectos que produce la sentencia que acoge un recurso de nulidad, el artículo 385 del Código Procesal Penal previene que la Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia

pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicare una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

A su turno, el artículo 386 dispone que, salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, sin que sea obstáculo para que se ordene efectuar éste la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia.

Del estudio sistemático de ambas normas, además de lo prevenido en el encabezado de los citados artículos 373 y 374, fluye que la regla general en materia de efectos de la sentencia que acoge un recurso de nulidad, es la nulidad del juicio y la sentencia.

Sólo excepcionalmente, cuando el recurso haya sido deducido por el acusado y se funde en que la sentencia incurrió en una errónea aplicación del derecho, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en razón de haber calificado como delito un hecho que la ley no considera tal, o aplicado una pena cuando no procedía aplicar penal alguna, o bien cuando se le hubiere impuesto una superior que la legalmente correspondiente, podrá la Corte invalidar sólo la sentencia, debiendo dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conforme a la ley.

Dicho lo anterior, procede ahora analizar la procedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en el procedimiento simplificado cuando el imputado ha admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del fiscal del ministerio público.

En tal evento, el artículo 395 inciso final del Código Procesal Penal dispone que el tribunal dictará sentencia inmediatamente, no pudiendo el juez de garantía imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento.

A su turno, el artículo 399 establece que contra la sentencia definitiva sólo podrá interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero, precisándose que el fiscal requirente y el querellante, en su caso, esto es, cuando lo haya, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio.

Como vimos, la regla general en materia de recurso de nulidad es que a través suyo se pretenda la invalidación del juicio oral y la sentencia, ello en razón de la centralidad que en el nuevo sistema procesal penal reviste el juicio oral, al que es funcional el recurso de nulidad.

Entonces, en primer lugar, tenemos que el citado artículo 399 contempla el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en el procedimiento simplificado, dentro de la cual habría que considerar a la pronunciada en el caso de que el imputado haya admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del fiscal. A tal interpretación conduce lo señalado en el inciso final del artículo 395 al disponer que, en tal caso, el tribunal dictará sentencia inmediatamente; como asimismo, cuando previene que en dicha hipótesis, el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento.

Sin embargo, el Código Procesal Penal no contiene un concepto de sentencia definitiva, por lo cual debemos, en virtud de remisión del artículo 52 del mismo Código, acudir al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, ubicado entre las disposiciones comunes a todo procedimiento, que sostiene que es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Nos corresponde, por lo tanto, indagar si la sentencia que se dicta en el procedimiento simplificado, luego que el imputado ha admitido su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del fiscal del ministerio público, responde o no al concepto descrito de sentencia definitiva. La respuesta no se hace esperar, y ella es un rotundo no, porque no ha habido juicio, el que sólo hay cuando el imputado no admite responsabilidad en tales hechos, caso en el cual conforme lo dispone el artículo 395 bis del Código Procesal Penal, el juez procederá, en la misma audiencia, a la preparación del juicio simplificado, el que tendrá lugar inmediatamente, si fuere posible, o a más tardar dentro de quinto día, cuyo desarrollo regula su artículo 396.

En la especie, entonces, el imputado renuncia a su derecho a tener un juicio oral y público, reconocido en el artículo 1° de dicho cuerpo legal, derecho que no obsta a que, mediando su consentimiento, puedan utilizarse formas abreviadas, entendiéndose que tal derecho es renunciabile¹.

La sentencia que se dicta en la hipótesis legal en referencia lo es en un procedimiento que no cumple con los momentos jurisdiccionales comunes a uno que se corresponda con un debido proceso legal, cuales son los de conocimiento, con sus fases o etapas de discusión y de prueba; de decisión y de ejecución.

Si bien tal sentencia, en principio, pareciera que siempre debiera ser condenatoria en razón de contar con la aceptación por parte del imputado de su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento del fiscal, estimamos que ella podría ser absolutoria, si por ejemplo, tales hechos no fueran constitutivos de delito, o se encontrare extinguida su responsabilidad penal, pues admitir que dicha sentencia debiera ser, ne-

¹Emilio Pfeffer Urquiaga, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, Ed. Jurídica de Chile. 2001, 16-17.

cesariamente, condenatoria, importaría considerar en interdicción la labor jurisdiccional del juez de garantía, transformándose en un mero buzón de las pretensiones de los intervinientes del proceso penal.

De ser condenatoria tal sentencia, nos encontraremos, irremediablemente, frente a un caso en que el imputado es condenado con el solo mérito de su declaración, sin prueba alguna en la que el sentenciador forme su convicción, contrariando así las normas prohibitivas contenidas en los incisos segundo y final del artículo 340 del Código Procesal Penal, aplicables por remisión de su artículo 389, pues consideramos que no obstan a dicha aplicación supletoria las características de brevedad y simpleza que informan el procedimiento simplificado.

Su admisión de responsabilidad importa la renuncia a otro derecho, cual es el de guardar silencio, previsto en el artículo 93, literal g).

Así las cosas, y habiendo concluido que la sentencia que se dicta en el procedimiento simplificado, cuando el imputado admite su responsabilidad en los hechos comprendidos en el requerimiento del fiscal, sea ella condenatoria o absolutoria, no reviste el carácter de sentencia definitiva, por cuanto no se dicta en el contexto de un juicio, el que sólo tiene lugar si el imputado no admite tal responsabilidad. En consecuencia, malamente puede resolver la cuestión que ha sido objeto de un juicio que no ha existido.

Entonces, no se puede pretender impugnar de nulidad una sentencia definitiva y un juicio inexistentes.

Por lo tanto, no cabe sino concluir que resulta improcedente el recurso de nulidad que se interponga en contra de la sentencia recaída en el procedimiento simplificado cuando el imputado ha admitido su responsabilidad, porque, como se ha dicho, tal medio de impugnación persigue la nulidad del juicio y la sentencia definitiva, o sólo la invalidación de ésta y el pronunciamiento de otra de reemplazo con arreglo a la ley, en la hipótesis señalada.

La conclusión a que se ha arribado no puede entenderse como una crítica al nuevo sistema procesal penal el cual, *per se*, atendido su carácter acusatorio, es indubitablemente mejor al de naturaleza inquisitiva que nos regía con anterioridad a la entrada en vigencia gradual del actual, en que se centralizaban en un solo sujeto procesal las funciones de investigar, acusar y juzgar, en un procedimiento escrito en que regía el secreto de la investigación sumarial, que vino a ser reemplazado por un sistema en que se hallan divididas y entregadas a sujetos diversos las referidas funciones, cuyo eje lo constituye el juicio oral, con sus principios de intermediación, oralidad, publicidad y concentración, permitiendo, así, la prestación de un servicio a los justiciables en que impere la transparencia y una respuesta rápida y eficaz a sus demandas por justicia en sede penal.

En suma, la proclamación del artículo 399 del Código Procesal Penal acerca de la procedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia

definitiva dictada en el procedimiento simplificado, en cuanto en ella queda comprendida la sentencia pronunciada en el caso que el imputado haya admitido responsabilidad en los hechos descritos en el requerimiento del ministerio público, desde el punto de vista de la doctrina procesal, nos parece equivocada y, consecuentemente, improcedente.

Y con el propósito de buscar una solución que permita el ejercicio por parte de los intervinientes agraviados del derecho a impugnar tal resolución, como elemento integrante del debido proceso legal, postulamos que ésta pueda ser recurrida de apelación, pues se encuentra en la primera hipótesis del literal a) del artículo 370 del citado Código, al poner término al respectivo procedimiento.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Patricio Muñoz Díaz*

SUMARIO: Introducción. I. Antecedentes históricos de los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas. II. Necesidad y proporcionalidad de las penas en el derecho comparado. III. ¿Reconoce el derecho constitucional chileno los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas? IV. Conclusión.

“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave”.

CESARE BECCARIA¹

INTRODUCCIÓN

A más de algún abogado litigante, incluyendo por cierto al autor de esta exposición, ha correspondido, durante su vida profesional, la dura tarea de explicar a sus clientes, imputados o querellantes, por qué un condenado por homicidio simple, concurriendo un par de circunstancias atenuantes y ninguna agravante, puede recibir el beneficio de la remisión condicional de la pena y no pasar ni un solo día privado de libertad, en circunstancias que el legislador sanciona otros delitos, que conforme al sentido común serían bastante menos graves, con mucho mayor severidad, como por ejemplo ciertos robos². Parece difícil explicar por qué el legislador confiere mayor protección penal al derecho de propiedad que el derecho a la vida.

*Abogado, D.E.A. en Derecho Público (Univ. d'Aix-en-Provence/Francia). Profesor de Derecho Político de la Universidad Santo Tomás, sede Talca.

¹Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Capítulo 27.

²El artículo 391 N° 2 del Código Penal castiga el homicidio simple con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, pena que resulta baja si se la compara con la del robo con violencia o intimidación del artículo 436, que parece ser un delito bastante menos grave y que inexplicablemente va de presidio mayor en su grado mínimo a máximo. Incluso si se compara la pena del homicidio con la del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación del art. 440, sancionado con presidio mayor en su grado mínimo, aparece de

Igualmente complejo se hace dar razón de la gravedad de las sanciones de los delitos tributarios³, del incendio⁴ y otros tantos cuyas penas aparecen a todas luces desproporcionadas.

Por otra parte, impresiona también al practicante la proliferación de delitos que ha tenido lugar en las últimas décadas, al punto de que cualquier nueva ley, que se precie de tal, incluye en su articulado uno o dos nuevos tipos penales, lo que no sólo ha permitido la sanción de delitos de bagatela, sino que además ha contribuido a acentuar la falta de sistematicidad de nuestro derecho penal, con la consiguiente falta de proporción de las sanciones⁵.

Se ha impuesto además, en los últimos tiempos, la tendencia en el legislador de reaccionar frente a estímulos mediáticos de diversa índole, aumentando drásticamente ciertas sanciones o creando tipos especiales, según el impacto periodístico que ciertas conductas generan, lo que suele dar lugar a una legislación de dudosa calidad técnica y a agravar el consabido problema de la desproporción de las sanciones⁶.

A esta altura de la exposición y teniendo en mente la nada despreciable consideración de que las penas consisten, esencialmente, en la

inmediato la desproporción. Considérese además que los arts. 450, 450 bis y 453 permiten aumentar las penas antes mencionadas e impiden invocar, para el caso del robo con violencia, la atenuante del art. 11 N° 7, lo que endurece aún más el castigo de estos ilícitos.

³Así el artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código Tributario castiga a quien, simulando una operación tributaria o mediante cualquier otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuestos mayores que las correspondientes, con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado medio y multa que va del 100 al 400% de lo defraudado, pena que excede con largueza a la del homicidio simple y también supera con creces a la sanción de las estafas que, conforme lo dispone el art. 467, se penan con presidio menor en su grado medio a máximo y multa, en el peor de los casos, llegando a presidio menor en su grado mínimo y multa.

⁴Los diversos tipos de incendio, sancionados en los arts. 474 a 483 b del Código Penal, se caracterizan precisamente por la severidad de las sanciones que traen aparejadas, las que pretenden justificarse invocando el carácter pluriofensivo del delito y los graves peligros que genera. Sin embargo, de todos modos, resulta injustificado que los incendios del art. 476, que sólo atentan contra la propiedad, especialmente tratándose de bosques, plantaciones o pastos, se castiguen con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, excediendo con mucho la pena del homicidio, lo que resulta inaceptable si se considera que la justificación de la alta penalidad del incendio es justamente el peligro que genera para la vida de las personas, que en este tipo no se vería involucrado. ¡No puede castigarse más severamente la producción del riesgo o peligro que la causación del resultado que se pretende evitar!

⁵Véase, en relación con las tensiones entre el derecho penal liberal que asigna a la pena un lugar de *ultima ratio* y las actuales tendencias legislativas del derecho penal de riesgo, el artículo "Derecho Penal: ¿Una tensión permanente?", de Tatiana Vargas Pinto, *In Ius Publicum* N° 16/2006, 69 ss.

⁶Ejemplo de esta tendencia es el artículo 161-A del Código Penal, que sanciona ciertas conductas que atentan contra el derecho a la intimidad de las personas, introducido por la ley N° 19.423, a consecuencia del llamado "Piñeragate" o interceptación y grabación que se realizó de una conversación telefónica del entonces senador Sebastián Piñera, la que posteriormente fue difundida por televisión.

restricción, cuando no suspensión o privación, del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, especialmente la libertad personal y la propiedad (artículos 19 N° 7 y 24 de la Constitución, respectivamente), cabe preguntarse si el derecho constitucional puede poner coto a la proliferación indiscriminada de tipos penales y a la desproporción en las sanciones que se aplican a ciertos ilícitos.

En Chile, hasta el momento, al menos en nuestro modesto conocimiento, jamás la jurisdicción constitucional (actualmente sólo el Tribunal Constitucional, desde que se privó a la Corte Suprema de sus competencias en materia de inaplicabilidad, por la reforma constitucional de 2005) ha declarado inaplicable por inconstitucional o inconstitucional un tipo penal por imponer una sanción desproporcionada o por castigar una conducta inocua que no merece sanción. Tampoco se ha reconocido explícitamente la existencia de un límite constitucional al derecho penal sustantivo en esta materia, que justifique un control semejante.

En la doctrina de nuestros constitucionalistas tampoco el tema ha sido objeto de atención preferente⁷, cosa que nos parece curiosa, si se atiende a la importancia del asunto y a la circunstancia de que en el derecho comparado se encuentran plenamente reconocidos, desde antiguo y a nivel constitucional, los principios de necesidad y de proporcionalidad de las penas.

En consecuencia, trataremos en la presente exposición acerca de los antedichos principios, advirtiendo que lo haremos desde la perspectiva del derecho constitucional, por lo que no entraremos, en profundidad, en la discusión, de teoría general del derecho penal, relativa a la justificación de las penas o su falta de justificación, pues ello excede con mucho los límites de este trabajo⁸.

Nos abocaremos, en una primera instancia, a explicar brevemente los orígenes de los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas, para pasar luego revista al derecho comparado en la materia, especialmente en lo que dice relación con el derecho norteamericano y el francés, poniendo énfasis en los criterios que el juez constitucional ha empleado en esos ordenamientos para hacer operativos los principios.

⁷Hay que notar, eso sí, que entre los penalistas el tema ya ha sido discutido, pero sin proyectar sus conclusiones al ámbito constitucional que es el propio del control de constitucionalidad del legislador penal. Véase Künsenmüller, Carlos. "Los principios cardinales del *Ius Puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el anteproyecto de Código Penal redactado por el foro penal", *In* Política Criminal N° 1, 2006, 1-14.

⁸Tampoco nos concentraremos en la temática del principio de proporcionalidad en teoría general de los derechos fundamentales, por exceder largamente las posibilidades de esta exposición. Para quien quiera profundizar en la materia, desde una perspectiva propia de la filosofía del derecho, además del derecho constitucional, véase la obra del alemán Robert Alexy, *Los Derechos Fundamentales*, editado por Civitas, Madrid, que contiene latas disquisiciones sobre el principio de proporcionalidad.

A continuación analizaremos la situación de los mentados principios en el derecho chileno, a fin de determinar si nuestro ordenamiento los reconoce explícita o implícitamente, para concluir formulando algunas observaciones en relación con su posible operatividad.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Los principios que nos ocupan son de añeja estirpe tanto en el derecho europeo continental como en los países de *Common Law*. A continuación nos referiremos a sus antecedentes históricos.

1. PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA CARTA MAGNA DE JUAN SIN TIERRA DE 1215 Y EL BILL OF RIGHTS DE 1689

Ya en 1215, el artículo 20 de la Carta Magna inglesa reconoció el principio de la proporcionalidad de las penas, estableciendo que: "Por simple falta un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones más graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia (*livelihood*). Del mismo modo, no se le confiscará al mercader su mercancía ni al labrador los aperos de labranza, en caso de que queden a merced de un tribunal real. Ninguna de estas multas podrá ser impuesta sin la estimación de hombres buenos de la vecindad".

A continuación, el art. 21 hace aplicable el principio de proporcionalidad de las multas a barones y duques, en relación a la gravedad del delito, haciendo el art. 22 extensiva idéntica regla a las multas sobre los bienes temporales de los clérigos.

El principio de proporcionalidad sentado en la Carta Magna dará lugar a una rica tradición en el derecho del *Common Law*. Así, el *Bill of Rights* inglés de 1689, en su exposición de motivos señalará precisamente como uno de los abusos cometidos por Jacobo II y sus colaboradores la imposición de fianzas excesivas a personas sujetas a procesos penales para impedirles gozar de las libertades que las leyes del Reino les conferirían. Continúa, en su art. I, expresando que bajo el régimen precedente se impusieron multas excesivas y castigos ilegales y crueles, lo cual es contrario a las leyes, ordenanzas y libertades del Reino.

Más adelante, en el art. X del *Bill of Rights*, se proclama el principio de que no se deben exigir fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados. Esta redacción pasará, prácticamente inalterada a la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, formando parte del *Bill of Rights* norteamericano, al que nos referiremos más adelante.

2. EL APORTE DE BECCARIA EN EL DERECHO CONTINENTAL

En el derecho penal continental europeo, que a la sazón se caracterizaba por su aspereza, Cesare Beccaria marca una fuerte reacción contra su crueldad y arbitrariedad. Así, en los dos primeros capítulos de su célebre “De los Delitos y las Penas”, de 1764, bajo la notoria influencia de John Locke y sus ideas sobre el contrato social, conforme a las cuales cada individuo cede sólo una parte de sus derechos a favor del Estado, estrictamente los necesarios para crear orden y armonía social, reservándose para sí el ejercicio de los derechos de libertad, sostiene que cada acto de autoridad de un hombre sobre otro, para el cual no exista una absoluta necesidad, es tiránico. A partir de esta proposición justifica el derecho del Estado a castigar sólo en la medida que sea necesario para defender las libertades públicas de la usurpación de ciertos individuos, lo que exige sancionar en una justa proporción, preservando la libertad como valor sagrado. Concluye señalando que el objetivo del Estado, a este respecto, debe ser mantener el interés de los individuos de permanecer en sociedad, sin el cual cada hombre retorna a su anterior estado de barbarie. Todo castigo que exceda la necesidad de preservar tal objetivo es injusto. Queda así planteado, en el derecho continental, el principio de necesidad de las penas.

Siguiendo con su razonamiento, Beccaria, en el capítulo VI de su obra en comento, relativo a la proporcionalidad de los delitos y las penas, afirma la necesidad de construir una escala de delitos que contenga en su primer grado aquellas conductas que tiendan directamente a la disolución de la sociedad, hasta llegar al grado inferior, en que se sancionen las menores injusticias cometidas contra el interés privado de cualquier miembro de la comunidad. A esta escala debe, en su concepto, aplicarse una escala de penas matemáticamente proporcionales.

Concluye Beccaria que, de no observarse la proporcionalidad entre la gravedad de los delitos y las penas, se estaría en la práctica estimulando la comisión de delitos graves, dado que, conforme a la concepción utilitarista y hedonista de la naturaleza humana que postula, un individuo, enfrentado a la disyuntiva de cometer un delito menos grave y otro de mayor gravedad, si ambos están penados con igual sanción, preferirá aquel que le reporte un mayor provecho, que será normalmente el más grave o nocivo para la sociedad. Un ejemplo de esto es el caso hipotético de que se sancione con igual pena robar una gallina que robar un banco; enfrentado a la disyuntiva el delincuente obviamente va a preferir robar el banco, que le reporta un mayor provecho que la gallina. Este ejemplo demuestra que las sanciones desproporcionadas a la gravedad del injusto incentivan la comisión de delitos graves⁹.

⁹Beccaria insiste además, con gran visión, que no es la gravedad de la pena lo que más desincentiva el delito, sino la previsibilidad de que se aplicará la sanción, cosa que nuestros legisladores parecen hoy olvidar, cuando elevan indiscriminadamente las penas, sin caer en

En este orden de ideas, Beccaria sostiene que, de seguirse el criterio de proporcionalidad, se produce en la mente de quien pretende cometer un delito una asociación inmediata con la pena que se le asigna, de modo tal que la pena simboliza el delito.

De todo lo anterior puede concluirse que los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas no sólo sirven como estándares de justicia o legitimidad de la sanción, sino además colaboran decisivamente a la eficacia misma de la pena.

3. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789

Según el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*"¹⁰.

En esta proclamación de la Francia revolucionaria, aparece claramente reflejado el pensamiento de Beccaria, como una enérgica reacción contra el derecho penal del Antiguo Régimen. A partir de dicho reconocimiento, el juez constitucional francés, *le Conseil Constitutionnel*, ha extraído durante las tres últimas décadas una interesante jurisprudencia, que comentaremos más adelante¹¹.

II. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DERECHO COMPARADO

1. EN ESTADOS UNIDOS

El principio de necesidad de las penas aparece reconocido en la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica¹², que establece: "*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*"¹³.

cuenta que el problema estriba, en gran medida, en la baja proporción de condenados que cumplen efectivamente la pena asignada al delito producto, entre otras cosas, de los beneficios que se les otorgan.

¹⁰La ley sólo puede establecer las penas que sean estricta y evidentemente necesarias.

¹¹Favoreu, Louis *et al. Droit Constitutionnel*. Dalloz. Paris. 1998, 874.

¹²Para una visión histórica más detallada acerca del *Bill of Rights* norteamericano, consúltese la interesante obra *The Bill of Rights* de Akhil Reed Amar, editada por Yale University Press, 1998. También puede consultarse, aunque tiene un alcance más general, la gran obra *We the People, Foundations*, de Bruce Ackermann, editada por The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

¹³No se exigirán fianzas excesivas, ni multas exageradas serán impuestas, ni penas crueles o inusuales infligidas.

En los tiempos de los fundadores de la república, a pesar de existir una larga tradición del *Common Law* en la materia –a la que nos referimos precedentemente–, el alcance que se asignaba a los principios en comento era bastante controvertido, siéndolo aún más su aplicación práctica¹⁴. Así, mientras Madison abogaba por la imposición de penas sumamente severas, Benjamín Franklin sostuvo, explícitamente, la necesidad de que en un sistema legal fundado en los eternos principios de justicia y equidad las penas deben ser proporcionadas a las ofensas¹⁵.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha tenido ocasión, en diversas oportunidades desde fines del siglo XIX, de pronunciarse sobre el alcance del principio de proporcionalidad de las penas¹⁶.

En un principio, la Corte se inclinó por una interpretación histórica destinada a determinar si una pena era o no cruel e inusual, conforme a los criterios imperantes en 1789, es decir, si a la época existían o no sanciones similares¹⁷. Este criterio fue posteriormente abandonado en *Weems v. United States*¹⁸, oportunidad en que se aceptó una interpretación evolutiva de la Constitución, al revocar la Corte una sentencia librada en Filipinas, que condenaba a una persona a quince años de trabajos forzados, encadenada a los tobillos, pérdida de todos sus derechos civiles y sometimiento a la vigilancia de la autoridad de por vida, por el delito de falsificación de documentos públicos. Se estimó que semejante sanción era cruel e inusual, por alejarse de la idea de un poder limitado y sometido a las exigencias de justicia que impone el espíritu de la Constitución.

En *Robinson v. California*¹⁹, la Corte estimó contraria a la Constitución una ley que sancionaba el hecho de ser adicto a las drogas, por castigar a una persona que no había cometido ningún acto criminal, pues la ley no sancionaba el consumo de drogas, sino un “status” o estado patológico como es la adicción, criterio que posteriormente ha servido de base a la interpretación de que sancionar a una persona por conductas que no puede controlar es cruel e inusual²⁰.

¹⁴Ejemplo de aquello es la sanción que en Virginia se asignaba al robo de frutas, que no era otra que la muerte. Para referencias en relación con el debate que suscitó este principio véanse las notas que aparecen en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment08/09.html>

¹⁵Friendly, Allison. “Pragmatic and Conceptual Concerns Regarding Proportional Punishment”. Publicado en <http://www.morris.umn.edu/academic/philosophy/friedlydefense.html>

¹⁶No trataremos acerca de la discusión jurisprudencial relativa a si la pena de muerte es cruel e inusual, en los términos de la Octava Enmienda, pues existe una nutrida literatura al respecto y su análisis nos alejaría de nuestro tema. Para mayores referencias véase el texto de Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation Federal Courts and the Law*. Editado por Princeton University Press, 1997.

¹⁷*Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878) y *Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890).

¹⁸217 U.S. 349 (1910).

¹⁹370 U.S. 660 (1962).

²⁰Un criterio distinto aparece en *Thompson v. Louisville*, 362 U.S. 199 (1960).

En *Rummel v. Estelle*²¹, la Corte echó pie atrás en su aplicación del principio de proporcionalidad, al confirmar una sentencia que condenaba a cadena perpetua a un hombre que cometió tres delitos no violentos por un total de 230 dólares, sobre la base de una ley que castiga duramente la reincidencia elevando notoriamente las penas aplicables a la tercera condena. Se estimó que sólo la forma de ejecución de la pena y no su duración era materia de examen sobre la base de la Octava Enmienda. En la práctica se renunció a enjuiciar la proporcionalidad de la pena, reconociéndole tal función a la Legislatura Estatal²².

En *Solem v. Helm*²³, la Corte se apartó del criterio sostenido en *Rummel*, afirmando que la cláusula que prohíbe las penas crueles e inusuales no sólo es aplicable a los castigos bárbaros, sino también a las penas desproporcionadas en relación al crimen cometido, con lo cual quedó sin sustento la idea de que el principio de proporcionalidad no se aplicaría a las penas de prisión. Adicionalmente, la Corte estableció, en este caso, un criterio “objetivo” para apreciar la proporcionalidad de la pena, considerando tres elementos: (I) la gravedad de la ofensa y la dureza de la pena; (II) las sentencias impuestas a otros criminales en la misma jurisdicción (territorio); y (III) las sentencias impuestas por el mismo crimen en otras jurisdicciones.

En *Harmelin v. Michigan*²⁴, se plantea el mismo problema de una persona sancionada como reincidente a cadena perpetua, con incomunicación, por la tenencia de 650 gramos de cocaína, ante lo cual la Corte se dividió fuertemente, primando el criterio de que la pena no es cruel e inusual. Aunque los jueces de mayoría –Kennedy, O’Connor y Souter– reconocen una versión débil del principio de proporcionalidad, estiman grave el delito y la pena no excesivamente desproporcionada.

Finalmente en *Ewing v. California*²⁵, la Corte volvió a dividirse frente a la ley californiana *three-strikes*, que sanciona fuertemente la reincidencia, en cuya virtud se condenó a 25 años de cárcel a un reincidente por hurtar tres especies que no superaban los 399 dólares cada una. Tres jueces –O’Connor, Kennedy y Rehnquist– fueron de opinión de que la sanción correspondía al legítimo interés público de incapacitar a los reincidentes y contribuir a la prevención general, sin que se trate de un caso de rara o excesiva desproporción. Otros dos jueces, formando parte de la mayoría, estimaron que el principio de proporcionalidad no puede aplicarse cuando el objetivo criminológico es la inhabilitación del delin-

²¹392 U.S. 514 (1968).

²²Véase detalle en <http://supreme.justia.com/constitution/amendment-08/index.html>

²³463 U.S. 277 (1983). Los hechos de *Helm* son bastante parecidos a los de *Rummel*, con la diferencia de que el primero, además de ser condenado a presidio perpetuo, quedó sujeto a un régimen de incomunicación perpetuo.

²⁴501 U.S. 957 (1991).

²⁵538 U.S. 11 (2003).

cuenta, más que la retribución. Otro juez –Thomas– niega derechamente que la octava enmienda se refiera a la proporcionalidad. *Justice* Scalia argumenta que una pena severa puede ser cruel pero no inusual, en el sentido constitucional del término, en tanto ella haya sido aplicada en el pasado, criterio que, como puede observarse, torna casi imposible el control de la proporcionalidad de la pena.

Lo cierto es que del examen de esta jurisprudencia sólo se puede concluir, como señala la jueza O'Connor, que no ha sido un modelo de claridad²⁶.

2. EN FRANCIA

El *Conseil Constitutionnel*, desde la sentencia *Liberté d'association*²⁷, de 1971, reconoce pleno valor normativo al preámbulo de Constitución de 1958, que se refiere explícitamente a la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946²⁸, que vienen a completar el catálogo de los derechos fundamentales, formando lo que en su momento se denominó *Bloc de constitutionnalité* o bloque de constitucionalidad²⁹, que no quiere decir otra cosa sino que los mentados textos forman parte integrante de la Constitución vigente de 1958, poniendo fin así a la larga controversia acerca del valor jurídico del preámbulo de la Constitución, que se prolongaba desde la época de la Constitución de 1946³⁰.

En virtud de la incorporación, al seno de la Constitución francesa, de los referidos documentos, el Consejo Constitucional ha visto considerablemente ampliado el horizonte de las normas de referencia que debe emplear para efectuar los controles de constitucionalidad de las leyes que le encomienda la Constitución.

²⁶United States Constitution annotated, publicado en: <http://supreme.justia.com/constitution/amendment-08/13-proportionality.html>

²⁷(44 DC), 16 de julio de 1971.

²⁸“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946”.

²⁹Expresión que hoy en día ha declinado en su uso, ya que se reconoce ampliamente que los textos del Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de 1789 forman parte de la Constitución de 1958.

Curiosamente, algunos autores en nuestro medio han pretendido “injertar” la expresión “bloque de constitucionalidad”, con un alcance muy diferente al de su origen, para incluir a los tratados internacionales como parte de la Constitución de 1980, cuestión que resulta bastante discutible.

³⁰Favoreu, Louis et Loïc, Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 9^è ed. Dalloz. Paris. 1997, 249.

Así, y volviendo a nuestro tema, el Consejo Constitucional pudo en 1981, en la decisión *Sécurité et liberté*³¹, declarar la inconstitucionalidad de una ley que disponía no aplicar a los delitos cometidos bajo el imperio de la ley antigua la legislación nueva más favorable al imputado, permitiéndole al juez, de esa forma, aplicar las penas, más drásticas, previstas en la ley antigua que el legislador ya consideró innecesarias, al dictar la nueva ley más favorable. El fundamento de la declaración de inconstitucionalidad fue precisamente el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, como ya sabemos, consagra el principio de necesidad de las penas.

Sin embargo, debe notarse que en esa misma sentencia el Consejo Constitucional limitó el alcance de su control de la necesidad de las penas, que sólo tendrá lugar en caso de error manifiesto de apreciación³², con lo queda reservado para desproporciones graves, conjugándose así la necesidad con la proporcionalidad, como explica Thierry Renoux³³.

Sécurité et liberté dio lugar a una serie de decisiones interesantes, que incluso han excedido el ámbito del derecho penal, al extenderse no sólo a las sanciones impuestas por las jurisdicciones represivas, sino también a toda sanción con carácter de castigo, incluso si el legislador encargó la tarea de imponerlas a una autoridad de naturaleza no judicial, tal como sucede en Francia con la jurisdicción administrativa y la propia autoridad administrativa, haciendo aplicable el principio a todo el derecho sancionatorio³⁴.

El principio de necesidad de las penas ha determinado, del mismo modo, la prohibición de las llamadas penas "automáticas", que tienen lugar como consecuencia de la aplicación de una medida administrativa, como, por ejemplo, la de expulsión de un extranjero, que conlleva la imposibilidad de reingreso al territorio francés por el lapso de un año.

El control de proporcionalidad de la pena, propiamente tal, aparece en 1986³⁵, oportunidad en que se examinó el *période de sûreté*, que es aquel lapso de tiempo, durante la ejecución de la pena privativa de libertad, durante el cual el condenado no puede obtener los beneficios relativos a la suspensión o fraccionamiento de la pena, permisos de salida, etc..., por influir directamente en la duración efectiva de la condena, constatándose la ausencia de desproporción manifiesta³⁶.

³¹(127 DC), 19 y 20 de enero de 1981.

³²Haciendo eco, ahora en materia de control de constitucionalidad de las leyes, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa al control del error manifiesto de apreciación, tratándose de los actos administrativos.

³³Favoreu, Louis *et al.*, *Droit Constitutionnel*. Dalloz. Paris. 1998, 875.

³⁴(237 DC) de 30 de diciembre de 1987.

³⁵(215 DC) de 3 de septiembre de 1986 y (334 DC) de 20 de enero de 1994.

³⁶"Droit Pénal et Droit Constitutionnel" (*Exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires*). Publicado en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/penal.htm>

El mismo control de proporcionalidad permitió al Consejo Constitucional pronunciar la inconstitucionalidad de una disposición de la Ley de Finanzas de 1988, que establecía una multa tributaria en caso de divulgación de la renta de una persona, con infracción al art. L 111 del Libro de Procedimiento Fiscal, cuyo monto en todo caso era igual al total de las rentas divulgadas, lo que en muchos casos podía dar lugar a la imposición de multas desproporcionadas a la gravedad de la infracción³⁷.

En otra decisión, de 1996, el Consejo estimó como una desproporción manifiesta la inclusión en una lista de conductas susceptibles de constituir actos terroristas la vulneración del art. 21 de la ley (ordenanza) de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y residencia de extranjeros en Francia³⁸.

Nos encontramos así con una jurisprudencia ya asentada de control de la necesidad y proporcionalidad de las penas, que ha traído consigo, a diferencia del caso norteamericano donde se han producido más vacilaciones, un reconocimiento pleno y efectivo de dichos principios como derechos fundamentales³⁹.

3. EN ESPAÑA

El caso español es distinto del norteamericano y del francés, ya que el derecho constitucional peninsular no contempla ninguna disposición que reconozca abiertamente los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas, razón por la cual Canosa Usera señala que no existe realmente un derecho fundamental a dicha proporcionalidad⁴⁰. Esto a pesar de que el N° 2 del artículo 25 de la Constitución española regula los fines que debe cumplir la pena, señalando que: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, aplicando su jurisprudencia general sobre la necesaria proporcionalidad en las restricciones y

³⁷(237 DC) de 2 de diciembre de 1987.

³⁸(377 DC) de 16 de julio de 1996.

³⁹Existen más sentencias que se refieren a la necesidad y proporcionalidad de las penas, que no citaremos por falta de tiempo, habiendo ya pasado revista a las más relevantes, pero que pueden consultarse en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁴⁰Canosa U., Raúl. “Constitución Española, Sinopsis Artículo 25”. Publicado en <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

limitaciones de los derechos fundamentales, se ha pronunciado sobre la proporcionalidad de las penas, partiendo, eso sí, de la base de que corresponde al legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, así como la cantidad y calidad de la pena y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las sanciones con que pretende conseguirlo, materias todas respecto de las cuales goza de un amplio margen de apreciación⁴¹.

En consecuencia, el control del juez constitucional en materia de proporcionalidad de las penas, en protección de los derechos fundamentales, es de carácter restringido, dirigiéndose a evitar que la ley penal produzca: *“un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”*⁴², o una *“actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona”*⁴³.

El Tribunal sanciona, sobre esa base la falta de necesidad y proporcionalidad de la pena, cuando aquellas desproporciones revisten el carácter de manifiestas: *“A la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”*⁴⁴.

III. ¿RECONOCE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS?

1. AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO EXPRESO

La respuesta a la pregunta no puede ser más clara: No existe un reconocimiento normativo explícito, a nivel constitucional, de los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas, los que, aún más, ni siquiera han sido objeto de tratamiento detenido por parte de la dogmática del

⁴¹STC 233/2004, FJ 7.

⁴²STC 55/1996, FJ 8.

⁴³STC 55/1996, FJ 9.

⁴⁴STC 55/1996, FF JJ 8 y 9; 136/1999, FJ 23.

derecho constitucional chileno⁴⁵. Aparecen así estos principios, en Chile, como dos notables desconocidos.

2. UN RECONOCIMIENTO INDIRECTO

Sin embargo, en un segundo momento de nuestro análisis, fuerza es necesario admitir, nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente, al menos, una consecuencia directa del principio de necesidad de las penas, como es la retroactividad de la ley penal más favorable al afectado (imputado), del art. 19 N° 3 inciso 7°.

Decimos que dicha retroactividad favorable es una consecuencia del principio de necesidad de las penas, dado que su fundamento último no es otro que evitar la sanción, o el castigo más severo, de conductas que al momento del juicio, e incluso después de ejecutoriada la sentencia⁴⁶, el legislador ha estimado innecesario reprimir penalmente, o considera menos graves que la ley antigua (vigente al cometerse el delito).

3. POSIBILIDAD DE UN RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Yendo un poco más allá, en el ánimo de proteger los derechos fundamentales, pero sin aventurar demasiado, es posible plantear en nuestro derecho constitucional no sólo la posibilidad, sino más bien la necesidad del reconocimiento, por vía jurisprudencial, de los principios objeto de la presente exposición, con el carácter de derechos fundamentales⁴⁷. Basta para ello que el Tribunal Constitucional, enfrentado a un requerimiento sobre la materia o a un caso de inaplicabilidad, realice una sencilla operación de interpretación armónica y finalista de distintos preceptos de nuestra Constitución⁴⁸.

⁴⁵Ya se dijo, en otro momento, que la situación es diversa tratándose de los estudiosos del derecho penal, que sí han abordado la cuestión.

⁴⁶El artículo 18 del Código Penal, modificado por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, establece la obligación del juez que pronunció la sentencia condenatoria de modificarla de oficio o a petición de parte, cuando la nueva ley exima de pena al delito o le aplique una menos rigurosa.

⁴⁷Es sabido en nuestro derecho constitucional, al menos desde la época en que se encontraba vigente la Constitución de 1925, que el catálogo de derechos fundamentales (o constitucionales si se quiere emplear una terminología menos germánica) contenido en la Constitución no es taxativo, admitiendo el reconocimiento de derechos implícitos por la jurisdicción (tendencia que, por lo demás, aparece mucho tiempo antes en el derecho constitucional norteamericano.) Sobre el particular puede véase Cea E., José Luis. *Derecho Constitucional chileno, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2004, 49 ss.

⁴⁸Lo que no es nada extraño, pues estos son los elementos más significativos en la interpretación constitucional, que permiten resolver los “casos difíciles” que la “textura abierta” del lenguaje empleado por el constituyente dificulta resolver. A estos elementos de interpretación ha recurrido el Tribunal Constitucional chileno desde mediados de los ochenta, en sentencias

3.1. Considerando las bases de la institucionalidad

En el artículo 1° de la Constitución nos encontramos con el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas (inc. 1°), la primacía de la persona humana, el principio de servicialidad del Estado y el Bien Común como su finalidad (inc. 4). De la interpretación sistemática de todos estos principios, puede extraerse inequívocamente que las penas, para conformarse al “núcleo duro” de la Constitución y resultar ética y jurídicamente aceptables: 1) deben respetar la dignidad de la persona; 2) no pueden emplear a una persona como un simple medio para lograr un fin, desconociendo que ella constituye un fin en sí misma; 3) no pueden tener por efecto excluir, al menos definitivamente, a una persona de los bienes que la sociedad permite adquirir, pues de otro modo se la estaría excluyendo del Bien Común, que por definición constitucional incluye a todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional, lo que hace completamente inconstitucional cualquier tesis propia del llamado “derecho penal del enemigo”; 4) en cuanto importan restringir o privar a una persona de algunos de sus derechos fundamentales, afectando de una u otra forma, y en alguna medida, la libertad y dignidad de la persona, sólo pueden aceptarse como un mal necesario que, por consiguiente, debe reservarse sólo para los casos más graves de atentados a los bienes jurídicos sobre los que se funda la convivencia pacífica (carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal), justificándose su aplicación sólo en dichos casos (principio de necesidad de la pena).

3.2. Considerando los artículos 4°, 5°, 6° y 7° de la Constitución

El artículo 4° de la Constitución afirma que Chile es una república democrática, el artículo 5° se refiere a la titularidad de la soberanía, a su ejercicio y su limitación por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por último, los artículos 6° y 7° establecen las bases del estado de derecho. De una interpretación armónica de estos preceptos, aparece inmediatamente el carácter esencialmente limitado del *ius puniendi* del Estado en nuestro ordenamiento constitucional.

En efecto, la acepción contemporánea de la república, en que existe un jefe de estado elegido, de duración temporal y responsable de sus

que tuvieron una enorme importancia para el proceso de retorno a la democracia como, por ejemplo, las relativas a las diversas leyes orgánicas constitucionales en materia electoral. Sobre interpretación constitucional véase Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I Principios, Estado y Gobierno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997. 151 y ss. Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2002, 168 ss.

actos⁴⁹, denota el carácter esencialmente limitado del poder en esta forma de gobierno, limitación que por cierto también es predicable respecto de las potestades punitivas del Estado, que no pueden ejercerse indiscriminadamente⁵⁰.

En el mismo sentido apunta la idea de soberanía limitada por el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que supone una limitación y racionalización del *ius puniendi* del Estado. A esto se refería el Tribunal Constitucional español, al justificar su control restringido de la necesidad y proporcionalidad de las penas, invocando para ello la protección de la dignidad de la persona y el control de posibles actividades públicas arbitrarias en los fallos que comentamos más atrás.

La limitación y el control de la necesidad y proporcionalidad de las penas deriva, asimismo, de la esencia de la idea del estado de derecho. Así, Norberto Bobbio explica que: “El estado de derecho, entendido el derecho kelsenianamente como el conjunto de las normas que reglan el uso de la fuerza, puede ser definido como el estado en el que el poder coactivo no es ejercido por el soberano a su arbitrio sino que existen unas normas generales y abstractas, y por tanto no válidas caso por caso, que establecen *quién* está autorizado a ejercer la fuerza, *cuándo*, o sea, en qué circunstancias, *cómo*, esto es, a través de qué procedimientos (lo cual significa que, excepto en caso de fuerza mayor, el poder ejecutivo puede usar la fuerza de que dispone sólo después de un proceso regular), y *en qué medida*, lo que tiene como consecuencia que deba haber una determinada proporción, establecida de una vez por todas, entre culpa y castigo”⁵¹.

3.3. Considerando la prohibición de todo apremio ilegítimo

Si a lo anterior agregamos que el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental prohíbe la aplicación de todo *apremio ilegítimo*, entendiéndose en este precepto el vocablo “legítimo” no sólo como sujeción y cumplimiento de la norma jurídica que impone el apremio, sino más propiamente como conformidad de dicha norma con: a) el valor de la dignidad de la persona, lo que de por sí excluye ciertos castigos como torturas, mutilaciones u otros tratos crueles o degradantes; y b) la justicia que, como señala Cea, requiere del apremio impuesto que sea: “... *proporcionado* a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente

⁴⁹Silva B., Alejandro. *Derecho Constitucional*. Tomo I Principios, Estado y Gobierno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997, 359.

⁵⁰Precisamente en esto se funda la Corte Suprema norteamericana en *Weems v. United States*, que ya comentamos, para declarar inconstitucional la imposición de una pena cruel e inusual.

⁵¹Bobbio, Norberto. *La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos*, en Bobbio, N., Pontara, G. y Veca, S. *Crisis de la Democracia*. Ed. Ariel. Barcelona. 1985 (pp. 5 a 25).

en un proceso justo⁵². Aparece así, con claridad que, conforme a nuestra Constitución, para que un castigo o apremio sea justo debe ser proporcionado (principio de proporcionalidad).

3.4. Considerando el derecho a la igualdad ante (en) la ley

El artículo 19 N° 2 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad ante la ley (más bien en la ley, como correctamente observa la doctrina), prohibiéndole al legislador incurrir en diferencias arbitrarias. No se aprecia la existencia de motivos que permitan excluir al derecho penal de la observancia de este derecho fundamental a una igualdad justa en el tratamiento que brinda la ley, por lo que adquiere mayor fuerza nuestro argumento de que en Chile deben reconocerse los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena.

La prohibición de efectuar diferencias arbitrarias, adscrita al legislador, le impone, según la vieja fórmula de Aristóteles, la necesidad de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, a lo que se agrega, para que la fórmula no devenga en irracionalidad pura⁵³, que: I) la diferencia de trato entre los desiguales se funde en un motivo o finalidad legítima; y II) que la diferencia de tratamiento sea proporcionada a la consecución de dicha finalidad.

De lo dicho, que constituye el núcleo más puro del principio de igualdad, que envuelve en sí el criterio de proporcionalidad como uno de los elementos esenciales sin los cuales no puede hablarse de igualdad justa, mana con prístina claridad la necesidad de que las penas se establezcan en proporción a la lesividad de los delitos.

Aplicando estos conceptos, y partiendo de la base, como ya hemos dicho, de que las penas consisten, cuando menos, en restricciones de ciertos derechos fundamentales, debemos concluir que se hace necesario tratar de un modo igualitario a las personas en relación con ellas. Así, se requiere distinguir, primeramente, la situación de las personas que han incurrido en una determinada conducta de aquellas que no la han verificado, lo que *prima facie* habilita un tratamiento penal diverso, sancionando a unos y dejando impunes a otros (lo que equivale a la decisión legislativa de incriminar o no una conducta, recuérdese que estamos en el ámbito de

⁵²Cea E., José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II *Derechos, Deberes y Garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2004, 113.

⁵³De otra forma se podría justificar como conforme a la Constitución una ley que establezca que a las personas de menos de 50 kg de peso se les eximirá de impuestos, quedando gravadas con todos ellos quienes excedan ese peso corporal. En un caso semejante se respeta la máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, mas el establecimiento mismo de la distinción entre personas de más y de menos de 50 kg para efectos tributarios no obedece a ninguna finalidad legítima, no existiendo relación de ningún tipo entre el peso corporal de una persona y sus obligaciones tributarias.

la igualdad de trato que brinda el legislador, no el juez)⁵⁴. La distinción entre estos dos grupos, castigando a quienes se incluyen en el primero, debe obedecer a una motivación legítima, como, por ejemplo, que sólo los miembros del primer grupo han incurrido en ciertas conductas contra la vida de otros que, representando atentados graves contra los valores en que se funda la convivencia pacífica, el Estado debe, en lo posible, evitar. Si, por el contrario, el motivo de la incriminación de la conducta (o finalidad de su tipificación) es, por ejemplo, el ánimo de revancha contra un grupo de costumbres determinadas, una forma de impedir el control de los actos del gobierno u otra similar, obviamente su ilegitimidad e injusticia determinarán la inconstitucionalidad de la pena.

Enseguida, para satisfacer el estándar de la igualdad justa se requiere adicionalmente que la diferencia de tratamiento entre las personas a las que se impone sanción penal y aquellas a las que no se aplica sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (por ejemplo, evitar la comisión de esas conductas altamente disvaliosas, etc.), lo que significa que la pena debe ser efectiva para lograr dichos objetivos, no justificándose su aplicación a aquellas situaciones en que carece de efectividad. *Ergo*, si para evitar la proliferación de una conducta que se estima nociva es más eficiente una medida alternativa diversa de la pena, el legislador deberá abstenerse de incriminarla.

Así puede justificarse el principio de necesidad de las penas desde la perspectiva de la igualdad justa.

Sin embargo, no se agota allí la virtualidad del principio de igualdad, en relación con la materia que nos ocupa, pues partiendo de él también es dable dar razón del principio de proporcionalidad de las penas.

En efecto, no puede la ley tratar de la misma forma situaciones consistentes en atentados gravísimos contra los bienes jurídicos penalmente cautelados y aquellas conductas que, siendo punibles, representan atentados menores, pues de otro modo se traiciona la primera regla que impone tratar desigualmente a los desiguales. En consecuencia, deben existir penas diferenciadas para los delitos de diversa gravedad. Esta distinción debe obedecer a un motivo justo, como es la necesidad de reprimir efectivamente el delito, etc... Debe además la diferencia entre las penas que se aplican a delitos de diversa gravedad satisfacer el criterio de proporcionalidad, respecto de la finalidad de la distinción, lo que importa que las penas deben ser efectivas en relación con la gravedad de los delitos (un día de presidio puede ser insuficiente para desincentivar la comisión de un homicidio pero puede resultar una pena sumamente significativa y eficaz para prevenir un delito menor), lo que nos sitúa de lleno en el terreno de la proporcionalidad de la pena.

⁵⁴El ejercicio también puede realizarse considerando no a las personas sino que al tratamiento de las conductas, debiendo llegarse en ambos casos a resultados similares.

4. EL PROBLEMA DE LA FINALIDAD DE LA PENA

De los razonamientos precedentemente expuestos, aparece con evidencia que, en nuestro concepto, la necesidad y proporcionalidad de las penas debe juzgarse, desde un punto de vista constitucional, no en relación con la culpabilidad del agente, como antaño se sostenía, sino teniendo en vistas su finalidad (en el sentido tanto del objetivo perseguido al tipificar una conducta en particular o *finalidad del tipo* –cuestión de la que ya tratamos refiriéndonos a la igualdad ante la ley– como del objetivo que persigue la aplicación de la pena o finalidad de la pena). Este cambio de perspectiva obedece no sólo a nuestra formación iuspublicista, sino además a la inconveniencia de trabajar con un concepto como la culpabilidad cuyo contenido y alcances resultan tan controvertidos y complejos en la actualidad^{55, 56}.

En cuanto al primer problema planteado, que es el relativo a la finalidad de los tipos o, más bien, los motivos que llevan al legislador a tipificar una conducta en particular, por ejemplo la protección de bienes como la vida o la libertad de las personas, etc..., cuestión que resulta esencial para poder realizar el juicio de necesidad de la pena, ya adelantamos, al referirnos a la justificación de dicho principio, conforme al derecho fundamental a la igualdad en la ley, que nuestro punto de vista no admite un ejercicio arbitrario o indiscriminado de las potestades del legislador para crear delitos (que le permita, por ejemplo, la criminalización de las conductas de los opositores al régimen político), lo que por cierto no implica negarle un cierto margen de apreciación.

Despejado ese primer problema, surge entonces la cuestión de si el Estado puede o no atribuir cualquier finalidad a las penas⁵⁷, pregunta que nos parece esencial, pues de su respuesta depende la posibilidad de

⁵⁵Véase Hormazábal M., Hernán. "Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad", en Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XVIII, N° 2. Diciembre de 2005. 167 a 185. Allí se explican las tesis de Roxin, Bustos, Zaffaroni, etc..., arribando el autor a sus propias conclusiones que, por cierto, no compartimos.

⁵⁶Hacemos esta advertencia porque en el pasado, antes de imponerse las teorías finalistas y la idea de la prevención general como principal inspiradora de la pena, conforme al llamado derecho penal de la retribución de la culpabilidad, se entendía que la función de la pena era retribuir la culpabilidad que el autor cargaba sobre sí, restituyendo la justicia. Según dichas concepciones, la pena tenía que reflejar la medida de la culpabilidad, estableciéndose entre esos dos términos el juicio de proporcionalidad.

⁵⁷Sólo para recordar algunos conceptos, podemos decir que: en las teorías retributivas, no se atribuye a la pena otra finalidad posterior como no sea el propio castigo del delito. Se castiga porque se pecó. La teoría de la prevención especial se caracteriza por usar la pena como un medio para que no se vuelvan a cometer delitos, ya sea resocializando al delincuente o, si ello no es posible, neutralizándolo. La prevención general, por su parte, atribuye a la pena una finalidad disuasiva, para evitar que se cometan nuevos delitos.

que el juez constitucional efectúe un control efectivo de su necesidad y proporcionalidad⁵⁸.

Sobre el particular, somos de opinión que existen ciertos parámetros mínimos que el juez constitucional debe hacer observar, pues de otro modo su control se tornaría completamente estéril, dado que no podría juzgar la legitimidad de la sanción más o menos grave de los diversos delitos.

Sin pretender realizar una exposición exhaustiva acerca de las finalidades de la pena, tarea de largo aliento que excede con mucho las posibilidades y sentido de este artículo, se hace necesario reconocer que el Tribunal Constitucional no puede admitir una pena inspirada sólo en la prevención general, pues ella tornaría al condenado en un simple medio, lo que pugna con el principio constitucional de la primacía de la persona. Tampoco puede tolerar una pena inspirada en la pura prevención general negativa o neutralización del delincuente pues, como ya advertimos, ello no sólo atenta contra su dignidad sino que además contradice frontalmente el sentido del Bien Común, al dejar al sujeto de la pena al margen de los bienes que brinda la sociedad. Una concepción exclusivamente retributiva tampoco permite fundamentar adecuadamente la imposición de la pena, por cuanto la justicia en el sentido de castigo exacto de las culpas, al menos en nuestro concepto, no es alcanzable por tribunales humanos, expuestos a diversas posibilidades de error. Por lo demás, no se aprecia cuál sería el título, y menos las facultades cognoscitivas, con que contaría el Estado para castigar, en un sentido estricto, las culpas de las personas, lo que exige conocer absolutamente su fuero interno, pretensión incompatible con la libertad –inviolabilidad– de conciencia que asegura nuestra Constitución. En un ordenamiento que propugna la primacía de la persona y la servicialidad del Estado no puede sostenerse semejante forma de paternalismo estatista. De las culpas, en estricto sentido, sólo se responde ante Dios y, para quienes no creen, ante la propia conciencia, pero no frente al Estado⁵⁹.

Así las cosas, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional, para desarrollar un efectivo control de la necesidad y proporcionalidad de las penas,

⁵⁸Es precisamente la falta de claridad sobre el particular lo que ha hecho naufragar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en relación con la proporcionalidad de la pena. Recuérdese que en *Ewing v. California* los jueces –O'Connor, Kennedy y Rehnquist– justificaron la fuerte sanción de la reincidencia invocando el legítimo interés público de incapacitar a los reincidentes (inocuidación del delincuente) y contribuir a la prevención general. Otros dos jueces, formando parte de la mayoría, estimaron que el principio de proporcionalidad no puede aplicarse cuando el objetivo criminológico es la inhabilitación del delincuente, más que la retribución. El conjunto de estas argumentaciones revela que la Corte Suprema de Estados Unidos, al no controlar las finalidades que el legislador atribuye a la pena, hace estéril cualquier posibilidad de control.

⁵⁹Nos parece además que las teorías de la retribución jurídica, o restablecimiento del ordenamiento penal infringido a través de la pena, no sirven, por sí solas, para fundamentar la imposición de las penas, debido, sobre todo, a su carácter eminentemente ficticio.

debería tener en cuenta alguna de las llamadas *teorías unificadoras o unitarias de la pena* sostenidas, entre otros, por Roxin y en nuestro medio por Cury⁶⁰ y Etcheberry⁶¹, en las que se combinan las diversas teorías sobre la finalidad de la pena. En general, en estas teorías unitarias prima como fundamento de la pena la prevención general, pero admitiendo criterios retributivos como limitadores de su cuantía y reconociendo además la importancia de la rehabilitación del condenado, sin la cual la pena no puede justificarse éticamente. Nos parece que sólo la atribución de semejantes finalidades a la pena resulta compatible con los valores y principios consagrados por nuestra Carta Fundamental, especialmente sus Bases de la Institucionalidad.

IV. CONCLUSIÓN

Al concluir esta exposición, más de alguien podrá preguntarse cuáles serían los efectos de una eventual aceptación, por el Tribunal Constitucional chileno, de los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas como principios fundamentales (constitucionales).

A pesar de que aún no contamos con facultades adivinatorias, podemos presumir que dichos efectos, en relación con el control preventivo de constitucionalidad que desarrolla el Tribunal, serían principalmente pedagógicos, pues a través de un juego de ensayo y error el legislador terminaría adaptándose a los nuevos estándares de constitucionalidad, que le serían exigibles en materia penal.

Las situaciones más complejas, y por lo tanto también más interesantes, se presentarían, a nuestro juicio, con ocasión de los controles represivos (sobre leyes vigentes) de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, que desarrolla el juez constitucional chileno (artículo 93 N^{os}. 6 y 7 de la Constitución).

De aceptarse los principios en comento, el control de inaplicabilidad brindaría una oportunidad sumamente interesante para cuestionar la necesidad y proporcionalidad de la pena que la ley asigna al delito, en relación con las circunstancias del caso concreto, a la manera que lo ha hecho la Corte Suprema de Estados Unidos, lo que podría llegar a dar lugar a la formulación de criterios útiles para los jueces ordinarios (con competencia penal). Esto obviamente conlleva el riesgo correlativo, en caso de que no se cuente con una clara doctrina sobre el particular, de naufragar en un mar de opiniones contradictorias, como sucedió con la Corte Suprema norteamericana.

⁶⁰Cury U., Enrique. *Derecho Penal*, Parte General. T. 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1992, 44.

⁶¹Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*, Parte General. T. 1 (3ª ed.), Santiago. 1998, 34.

El problema que sin duda generarían las inaplicabilidades acogidas y las inconstitucionalidades declaradas, en razón de haberse contravenido los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad de las penas, sería la consiguiente impunidad de los delitos castigados con penas innecesarias⁶² o desproporcionadas, pues el Tribunal Constitucional no podría reemplazar las penas inconstitucionales por otras más conformes a la Carta Fundamental, lo que sin duda generaría descontento y fuertes críticas de quienes siempre abogan por la incriminación de nuevas conductas, cada vez más severamente, grupo que no es menor en el seno de nuestra sociedad.

En razón de lo anterior, es que afirmamos la urgente necesidad de, junto con reconocer jurisprudencialmente los principios objeto del presente estudio: 1) aprobar un nuevo Código Penal, que se caracterice, principalmente, por respetar el carácter fragmentario y de extrema ratio del derecho penal (eliminación de delitos de bagatela, etc...) y por una racional distribución de la cuantía de las penas (dado que el Código Penal vigente no resistiría el embate de los nuevos principios constitucionales, por muy conservador y deferente que se muestre el Tribunal Constitucional)⁶³; 2) entender que el derecho penal, por razones de coherencia interna, debe ser un derecho esencialmente codificado, lo que exige recoger en el nuevo Código numerosos delitos que se encuentran tipificados en leyes especiales; y 3) Generar opinión pública en el sentido de que la proporcionalidad de las penas es un requisito ineludible para su efectividad, pues de otro modo el Congreso puede sucumbir frente a la tentación de elevar arbitrariamente ciertas penas, desfigurando el nuevo Código y esterilizando todo el esfuerzo realizado para hacerlo coherente.

Post scriptum: Encontrándose el presente artículo en prensas, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca dictó, con fecha 31 de octubre de 2006, una interesante sentencia en los autos RUC N° 0500131308-k., RIT N° 36-2006, en que se sostienen planteamientos bastante similares a los nuestros, sobre el carácter de derecho fundamental del principio de proporcionalidad de las penas. El fallo quedó ejecutoriado al declarar la Corte de Apelaciones de Talca inadmisibles los recursos de nulidad intentados en su contra, por resolución de 11 de diciembre de 2006.

Específicamente, la sentencia *no aplica* la norma del inciso 1° del art. 450 del Código Penal, que castiga como consumados los delitos del párrafo 2° del título IX del mismo código (robo con violencia o intimidación), así como los de su art. 440 (robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación),

⁶²En realidad la impunidad de los delitos castigados con penas innecesarias no presentaría ninguna dificultad en tanto dichas conductas no sean dignas de ningún castigo.

⁶³Entendemos que el anteproyecto, elaborado por el denominado "Foro penal", que serviría de base a la nueva codificación, contemplaría estos aspectos.

desde que se encuentren en grado de tentativa. Se argumenta en la sentencia que el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal habría sido derogado tácitamente por una norma posterior de orden constitucional, que consagra los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Diferimos con el fallo acerca de la posibilidad de que en nuestro ordenamiento constitucional exista derogación tácita por la entrada en vigencia de nuevas normas constitucionales, pues entendemos que, en caso de presentarse tales antinomias, ellas deben resolverse aplicando el criterio jerárquico y no el temporal, en sede de inaplicabilidad o inconstitucionalidad, dado que sostener lo contrario nos llevaría a un sistema de control de constitucionalidad difuso, completamente alejado del espíritu de nuestro constituyente.

Sin embargo, el razonamiento del sentenciador respecto de la raigambre constitucional del principio de proporcionalidad de las penas nos parece de un enorme valor, por lo que reproduciremos, en su parte pertinente, el considerando decimoctavo de dicho fallo:

En relación al imputado adulto, Meza Garrido, igualmente entendemos derogada tácitamente la norma del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, en este caso por una norma posterior de orden constitucional, que consagra los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Para demostrar que nuestra Carta Fundamental consagra como principios penales implícitos la culpabilidad y la proporcionalidad, debemos partir señalando que la presunción de inocencia constituye en nuestro ordenamiento jurídico un derecho fundamental de todo imputado y un principio del sistema de justicia penal, cuyo contenido obliga al Estado a probar su culpabilidad conforme a la ley. Así lo disponen expresamente los artículos 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que resultan vinculantes por disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

En todo caso a idéntica conclusión se puede llegar a través de una interpretación teleológica y sistemática de nuestro actual modelo de justicia penal, a partir de lo establecido en los artículos 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental y 4° del Código Procesal Penal.

En consecuencia, el principio de culpabilidad, entendido en sentido amplio, impone al Estado, en sus roles de persecución y adjudicación, la obligación de acreditar todas y cada una de las categorías de imputación penal y sólo una vez que ello ocurra asignar al comportamiento punible reprochado una consecuencia jurídica proporcionada.

En el ámbito de la tipicidad y antijuridicidad, especialmente relevante resulta el análisis de la intensidad del ataque al bien jurídico que se protege, tanto desde la perspectiva del disvalor de acción como del disvalor de resultado. Luego, al realizar la valoración subjetiva de ese acto, para determinar si es atribuible al agente, se determinará el grado de culpabilidad con que actuó y la necesidad de sancionarlo proporcionalmente.

De este modo, los principios de lesividad o dañosidad y de proporcionalidad o prohibición del exceso, ampliamente aceptados por nuestra doctrina y jurisprudencia, se erigen también como importantes límites materiales a la potestad punitiva del Estado, tanto al momento de la incriminación como en el de la adjudicación.

Consideramos que ambos principios, junto a los demás límites materiales al *ius puniendi* estatal, se encuentran recogidos en nuestra Constitución y consti-

tuyen normas de aplicación directa por el operador jurídico. En efecto, ya en su artículo 1°, ubicado dentro del capítulo denominado Bases de la Intitucionalidad, al disponer que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, se reconoce la dignidad humana como una base de la institucionalidad, esto es, como un principio básico del ordenamiento jurídico y fuente de legitimidad de la actuación de los poderes públicos. Enseguida, en el artículo 5° inciso 2° manifiesta que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, añadiendo que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Toda persona es titular de derechos fundamentales por su naturaleza intrínseca de ser esencialmente libre, racional, dotado de voluntad y responsable de sus comportamientos, acreedor, por ende, de un trato respetuoso.

Por lo anterior y en cuanto a la criminalización primaria, la intervención penal debe ser proporcionada a la afectación real del valor social a defender. Por su parte, en la criminalización secundaria, y especialmente al momento de la adjudicación, el principio de lesividad exige que el comportamiento punible que se juzga afecte seriamente el bien jurídico protegido y el principio de proporcionalidad obliga a mantener una racional equivalencia entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de esta última.

En consecuencia, el imperativo de respeto por la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad que pesa sobre el Estado obliga a éste a no ir más allá de lo que en estricta justicia aparezca como equivalente a la gravedad de la ofensa. Además, también debemos tener en cuenta la necesidad de no instrumentalizar a la persona para la obtención de fines político-criminales, peligro que sólo se evita en la medida en que haya correspondencia entre la infracción y el castigo.

La distinción que el sistema penal efectúa entre tentativa y consumación, entre autor de delito tentado y autor de delito acabado, obedece a criterios de racionalidad supraleales que se imponen al legislador como una consideración de índole material y no meramente formal, pues implica una valoración de proporcionalidad de peso absoluto que emana de la consideración de la dignidad humana como límite último de la potestad punitiva del Estado. No parece admisible, entonces, que una norma legal haga equivalentes dos situaciones tan dispares por razones meramente utilitarias, de prevención general negativa, sin que ello implique una vulneración sustancial de los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad y, consecuentemente, de los derechos del acusado a ser presumido inocente y juzgado de un modo racional y justo.

Pensamos que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal colisiona con contenidos normativos de rango constitucional y de aplicación directa, al establecer una pena excesiva en relación con la magnitud de la culpa por el hecho. En efecto, al ordenar sancionar como consumado un hecho punible que sólo quedó en estado de tentativa se afecta, al nivel del merecimiento de pena según su grado de ejecución, los principios de lesividad y de prohibición de exceso, existiendo una contradicción normativa que se soluciona mediante la determinación de derogación de la norma anterior y de grado inferior.

Contribuye a esta convicción la consideración de los principios de interpretación conforme y de supremacía constitucional contemplados en el artículo 6°

inciso 2° de la Carta Fundamental y la garantía de seguridad jurídica contemplada en el artículo 19 N° 26 del mismo texto normativo, en cuanto asegura a todas las personas que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Finalmente, parece oportuno hacer presente que ya han existido pronunciamientos jurisprudenciales que han sostenido la tesis precedente; así ocurrió en sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de diciembre de 2005, que incide en el recurso de nulidad rol N° 317-2005, otro tanto ocurre con el pronunciamiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 5 de mayo de 2005, que incide en la causa rol N° 653-2005.

ORIGINALIDAD RAPANUI

*Camilo I. Cobo de la Maza**

SUMARIO: I. Pistas para la singularidad: 1. Mirada europea. 2. Mente y símbolo. II. Roles generadores y poderes: 1. Feminidad y 'poder de vida'. 2. Masculinidad y 'poder para'. III. Símbolos alados: 1. El pájaro como símbolo. 2. Hombres con disfraz de pájaro. IV. Singularidad de las expresiones culturales *rapanui*: 1. Singularidades. 2. Similitudes. V. Epílogo: Pertenencia polinésica. Bibliografía.

La preocupación que refleja el título de este artículo proviene de que en la actualidad todavía se escuchan voces cultas que repiten, sin nuevos aportes, opiniones históricas respecto de que el mundo *rapanui* es una derivación cultural inca e, incluso, con raíces en la primitiva civilización andina de Tiwanaku a orillas del lago Titicaca en el altiplano boliviano y, aún, en continentes más allá del Atlántico.

Consciente, por el contrario, de que la cultura *rapanui* posee una profunda raigambre oceánica y polinésica con peculiaridades que emanan sólo del rudo aislamiento de su cuna, Isla de Pascua, este trabajo, sin pretender ser exhaustivo, va a los orígenes de conceptos y símbolos universales del pensamiento humano y observa su desarrollo a fin de reconocer la originalidad de la expresión cultural *rapanui*.

I. PISTAS PARA LA SINGULARIDAD

Las pistas básicas que sigue esta reflexión para encontrarse con la singularidad *rapanui* son, por una parte, las opiniones sobre los *moai* que vierten los primeros europeos que visitan Isla de Pascua en el siglo dieciocho y, por otra, la capacidad humana de formación de símbolos a partir de la función analógica.

*Profesor de Filosofía y Antropología Cultural. Profesor de Cultura Rapanui en la Academia Diplomática Andrés Bello, y en la Universidad Santo Tomás.

1. LA MIRADA EUROPEA

Durante el siglo dieciocho *Te Pito o Te Henua*, Isla de Pascua, recibe las primeras visitas de europeos. Holandeses, españoles, ingleses y franceses son los primeros en desembarcar en las rocosas costas de la Isla en medio de las monumentales imágenes divisadas desde el mar y, aunque no siempre tienen contacto con ellas, sus opiniones concuerdan en la sorpresa y el asombro.

Para los holandeses que, en abril de 1722, comanda Jacob Roggeveen, descubridor de la Isla, la impresión que les causan los *moai* es grande: *‘...Estas estatuas nos dejaron atónitos pues eran de al menos 10 mts. de alto y gruesas, de forma humana. El cuerpo es abultado y redondo con hombros marcados. Los codos están doblados en ángulos rectos de modo que las manos descansan en el estómago...’*.

Los españoles, al mando de don Felipe González de Haedo llegan a la Isla en noviembre de 1770, se sorprenden al divisar los *moai* que, a la distancia, les parecen *‘elevados y corpulentos árboles que parecen pirámides’*. Luego, González de Haedo completa su primera observación: *‘...En la configuración del rostro sólo se manifiesta una excavación para los ojos; las narices están medianamente sacadas, carece de brazos y piernas, procediendo desde el cuello para abajo en forma de un canto mal desbastado...’*.

James Cook, que visita la Isla a mediados de marzo de 1774, expresa su sorpresa del siguiente tenor: *‘...un gran número de columnas negras, alineadas a lo largo de la costa, golpeaba nuestros ojos desde todas partes...La columna monolítica representaba una figura humana... a la que apenas se puede encontrar el parecido con el humano, la cabeza y lo que sigue debajo hacen sólo la mitad de una figura humana... Apenas se percibían los ojos, la nariz y la boca, con orejas excesivamente largas... Apenas se distinguían los hombros y sus brazos. En la parte superior de la cabeza llevan un enorme cilindro de una piedra diferente a la del resto de la columna y de color rojizo...’* (Ruiz-Tagle, E., ‘Easter Island, the first three Expeditions’, *op. cit.*).

Jean François de Galaup Conde de la Pérouse, que visita la Isla sólo pocas horas en marzo de 1786, se asombra de las dimensiones de los *moai*: *‘...El mayor de los toscos bustos que están sobre las plataformas no tienen menos de 14 pies y 6 pulgadas de alto y siete pies y 6 pulgadas de ancho a la altura de los hombros; 5 pies de grosor en el vientre y como 3 pies en la base...’*.

Claramente, todos se encuentran ante expresiones culturales extrañas, nunca antes vistas.

2. MENTE Y SÍMBOLO

Entre las cualidades que manifiesta el espíritu humano llama la atención el poder para establecer relaciones de semejanza entre realidades distintas, ya sea entre objetos, entre objetos y conceptos o sólo entre conceptos. Esta facilidad de vincular completa su trabajo al originar símbolos, imágenes representativas. Es la función analógica de la mente.

Un caso evidente es el de las analogías morfológicas que se producen entre las imágenes geográficas de diferentes regiones del globo terráqueo que ofrecen los atlas con objetos de la vida cotidiana. Así aparecen la 'bota' italiana y la 'mano' griega; la 'cimitarra turca' de la península malaya y el 'puñal gurka' de la de Kamchatka; el 'óvalo' del Golfo de México que se cierra con las penínsulas de Florida y Yucatán. Sorprende, también, la 'sicótica estrella de mar' de Sulawesi, en el Mar de China, y mueven a curiosidad la similitud de los 'triángulos invertidos' de Sicilia e Isla de Pascua.

Esta función analógica se manifiesta, a través del tiempo, en las expresiones culturales de todos los pueblos de la Tierra. Por esta razón, y con el propósito de proclamar la originalidad *rapanui*, estas líneas siguen el proceso analógico que da origen a los conceptos 'poder' y 'espíritu' y sus símbolos.

II. ROLES GENERADORES Y PODERES

En esta función analógica de la mente, el hombre clásico asocia los conceptos 'grande' con 'poderoso' y manifiesta el poder del faraón Ramsés II con estatuas gigantescas a fin de llamar la atención de sus súbditos y de la posteridad sobre su magnificencia. Así, también, desde tiempos inmemoriales, feminidad y masculinidad tienen símbolos que, de una u otra forma, los asocian a sus respectivos poderes de vida.

1. FEMINIDAD Y 'PODER DE VIDA'

Para la feminidad se encuentran en tumbas de Europa, Oriente Medio y Asia pequeñas estatuillas femeninas que, de diversos modos, exaltan los símbolos de la maternidad ya sea con pechos y caderas voluminosos, vientres en proceso de dar a luz o simplemente mujeres con niños lactando.

Con la misma idea, y casi todas entre los 15 y 25 cm, las estatuillas se diferencian entre sí por algunas características materiales como se aprecia en los siguientes casos:

- Estatuilla femenina, de pechos, cintura y piernas abultados, con una cabeza redonda sin rostro, con una decoración que la hace aparecer

como si estuviera cubierta con una malla de lana. Brazos delgados cuyas manos descansan sobre los voluminosos pechos. Se encuentra en Willendorf, Alemania, y corresponde al Paleolítico.

- Estatuilla femenina en altorrelieve en roca, con abultados pechos caídos, amplias caderas y piernas gordas; la mano izquierda se apoya sobre el vientre y la derecha, separada del cuerpo, se mantiene en alto con un cuerno en la mano a la altura del hombro; el rostro se halla desfigurado. Se encuentra en Laussel, Francia, y corresponde al Paleolítico.
- Estatuilla femenina, en madera policromada, con vestido de amplia falda que llega a los pies y que en la parte superior se abre para dejar al descubierto dos redondos pechos pletóricos de vida. Los brazos de la figura se extienden en alto sosteniendo cada uno una serpiente viva. Un pájaro se posa en su cabeza. Se encuentra en las excavaciones del palacio Cnosos en Creta, Grecia, y corresponde hacia el 1600-1500 a.C.
- Pequeña estatuilla femenina en arcilla, de inmensa gordura, sentada en un trono cuyos brazos se apoyan en sendos leopardos. Se encuentra en Chatal Huyuk, Turquía, y corresponde al período hitita.
- Estatuilla femenina, en terracota, que presenta los pechos con ambas manos: amplias caderas y piernas que se apoyan en grandes pies. Se encuentra en Mesopotamia, Irak, y corresponde al s. IV a.C.
- Estilizada figura femenina de terracota gris, con cabeza de serpiente sin detallar pero con moño negro; de amplios hombros y da el pecho a un infante; con la región pubial subrayada por la superposición de ocho triángulos; se encuentra en Ur, Babilonia, hoy Irak, y corresponde hacia el 4000-3500 a.C.
- Conjunto esculpido en madera de tres figuras femeninas de pechos descubiertos, en el que la mayor, de pie y piernas abiertas, comienza a dar a luz con el apoyo de sus dos asistentes que presionan sobre el vientre para ayudar la puja. Abajo, sentada entre las piernas de la parturienta, una niña comienza a recibir al neonato. Se encuentra en el sur de la India y corresponde al s. XVIII.
- Petroglifo que muestra las siluetas del conjunto madre-hijo, todavía unidos por el cordón umbilical, en posiciones opuestas, ambos con el mismo gesto de pies y de manos. Se encuentra en una caverna al sur de Yemen en la Península Arábiga (Getty, 'Goddess', *op. cit.*, págs. 8-43).

Sin embargo, el símbolo de feminidad más universal en la antigüedad es el del cauríe, un caracol marino cuya concha tiene una abertura parecida a la de la vulva. Éste se encuentra profusamente en collares y brazaletes tanto en los pueblos costeros como en los del interior con los que hay intercambio comercial y donde son muy preciados. La vulva,

como la puerta de la vida, otorga a su símbolo, el caurie, el carácter de talismán de vida.

De estos símbolos de poder, las estatuillas tienen principal difusión en el hemisferio norte, en cambio el caurie, más universal, permanece inalterable en el tiempo, aunque además también se utiliza un dibujo esquemático de la vulva que se talla sobre maderas y piedras.

2. MASCULINIDAD Y 'PODER PARA'

Semejante a lo que acontece con los símbolos de la feminidad ocurre también con los de la masculinidad. Erecta, la masculinidad es fuerte y capaz de vida. Por esta razón sus símbolos más universales corresponden a menhires (piedra levantadas) y a cornamentas (especialmente de bóvidos y caprinos), ampliamente difundidos desde los inicios del Neolítico.

Con el paso del tiempo, estos símbolos de masculinidad evolucionan, tanto en su concepto original de 'poder' como en sus formas materiales. Así, pasan desde el sustantivo 'poder' al adjetivo 'poderoso' y los 'menhires' evolucionan a 'estelas' y 'obeliscos' y las 'cornamentas' hacia 'cuernos cubrepene' y hacia la 'ornamentación de tocados' o 'coronas' de los poderosos. Entonces, el abstracto concepto 'poder' se concreta, en un caso, como estela 'conmemorativa de poderosas hazañas' y, en otros, como 'poderoso para generar vida', 'poderoso para gobernar un reino' y 'poderoso para dominar cielos, mares y tierras'.

Las 'estelas' y 'obeliscos' narran y celebran las hazañas de personajes poderosos ya sea con textos escritos como la Piedra de Rosetta o la del Código de Hammurabi o con imágenes en alto o bajo relieve como las estelas europeas y aztecas. El obelisco, alto y magnífico, con sus cuatro lados que culminan en una pequeña y brillante pirámide cuadrangular, evoluciona, todavía, hacia la columna tubular que disminuye su diámetro hacia la cima cubierta por una plataforma donde se ubica la estatua del poderoso personaje al que se quiere exaltar y, en cuyo perímetro, se esculpen en alto relieve ascendente las imágenes que narran sus gestas más gloriosas, como la columna de Trajano en Roma.

Las cornamentas, por su parte, que pasan a ser símbolo de 'poderoso para...', como 'cubrepene' ceremoniales, de oro, plata y otros materiales importantes, resaltan al 'poderoso para engendrar vida'. Hay tribus, sin embargo, como en las tierras altas de Irian Jaya, Indonesia, isla de Nueva Guinea, en las que los hombres emplean como cubrepene largos calabacines cuyos extremos más anchos insertan en sus miembros y los más angostos los atan a la parte superior de sus tórax como señal de 'poderoso para engendrar' y 'poderoso para guerrear' pues desnudos, y protegidos sólo con tales atuendos, concurren a sus batallas (Andersen, *op. cit.*)

En cambio, como 'ornamento de tocados' o 'coronas' de autoridades aparecen, según el rango como 'poderoso para gobernar' con uno o dos

pares de cuernos en sus tocados, y con tres, cuatro y hasta cinco pares, los dioses que así manifiestan sus jerarquías con ‘poderes para dominar cielos, tierras y mares’.

Es interesante comprobar el desarrollo de toda esta gama de los símbolos del masculino ‘poder de vida’ pero, más que los menhires y estelas europeas de Inglaterra, Francia, Portugal y Córcega (Mohen, JP ‘Standing Stones, *op. cit.*), y los ‘portapenes’ melanesios (Mathiesen) y americanos (Museo del Oro, Bogotá, Colombia), impresiona la originalidad de casos en el empleo de las cornamentas en la antigüedad clásica del Oriente Medio. En las líneas siguientes se presentan algunos:

- Estatuilla sumeria en piedra de 12 cm, con la imagen de un elegante toro con cabeza humana, de ensortijadas cabellera y barba, que ostenta un tocado ornado con cinco pares de cuernos y que, sentado y sereno, observa al espectador. Corresponde a tiempos del rey Gudea hacia el 2100 a.C. (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 88).
- Altorrelieve en piedra caliza de 52 cm que muestra a un dios que sostiene una estaca para afianzar los cimientos de un templo. El dios, de hermosa barba, luce un tocado con cuatro pares de cuernos. Procede de Susa, hacia el 2200 a.C. (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 72).
- Fragmento de estela real que muestra al rey haciendo una libación ante el dios de la Luna, Nanna. El dios, sentado en su trono, lleva un tocado con cinco pares de cuernos. Procede de Ur, Mesopotamia, del período 2112-2095 a.C. (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 73).
- Poderosa figura humana alada, ricamente vestida, de cabellos y barbas rizadas, con tocado que luce dos pares de cuernos. Procede del palacio de Asurbanipal II, en Kalhu, Mesopotamia, período 883-859 a.C. (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 74).
- Sello cilíndrico de nefrita de 4 cm del período acadio (2200 a.C.) que muestra al dios Ea frente a Shamash, dios sol alado, ambos con tocados de cinco pares de cuernos (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 75).
- Placa de arcilla cocida procedente de Tell Khafajeh, Tigris, Mesopotamia, período paleobabilónico, 2000-1600 a.C., muestra a un dios guerrero que apuñala a una deidad solar de un ojo. El tocado del dios guerrero posee tres pares de cuernos (Roaf, ‘Mesopotamia’ *op. cit.*, pág. 75).
- En Chatal Hujuk, Anatolia (hoy Turquía), tierra de los hititas, aparecen vestigios del culto al toro y se encuentran salas en cuyas paredes se hallan adosadas numerosas bucranias taurinas (cornamentas con cabezas de bóvidos). (Roaf, ‘Mesopotamia’, *op. cit.*, págs. 42-43 y 134). (Forte M., *Arqueología, op. cit.*, págs. 70-73).
- En los relatos hititas de sus relaciones con los egipcios, se trata al faraón Ramsés II como el gran toro. ‘Para implorar la paz de Ramsés, ese toro entre los príncipes, que fija las fronteras de su país donde quiere...’ (Ceram, ‘Hititas’, *op. cit.*, pág. 182).

Toda esta exaltación artificial de las sexualidades femenina y masculina no es tal pues se inicia en tiempos neolíticos cuando los humanos toman conciencia de compartir los poderes de vida de los dioses. Primero el feminismo porque ve surgir la vida desde las entrañas de lo femenino y no sabe todavía de la injerencia de lo masculino en ella. Luego surge el machismo, cuando con el descubrimiento de la agricultura se observa la función del calor solar sobre la tierra y éste se asocia al rol masculino. La Diosa Madre pasa a ser Madre Tierra y el sol, Padre Sol.

Es entonces cuando las sociedades humanas inician un tránsito, no siempre fácil, desde el matriarcado hacia el patriarcado con todos los lentos procesos intermedios, tal como se aprecia en la situación social de la Isla de Guam (más adelante).

Los roles sexuales, femenino-masculino, y sus símbolos, venus y cauríes, menhires y cornamentas, se transforman durante la antigüedad primitiva y clásica en los símbolos universales de 'poder' y 'poderoso para' que explican, en gran medida, el megalitismo neolítico y la monumentalidad clásica y abren una vía para comprender el sentido de la originalidad cultural *rapanui*.

III. SÍMBOLOS ALADOS

El segundo canal previsto para la aproximación a las raíces culturales *rapanui* es la consideración del concepto 'espíritu' y la evolución de sus símbolos en los mundos culturales primitivos y clásicos de la Antigüedad.

Conforme al diccionario, la etimología de 'espíritu' hace provenir la palabra del griego 'psüjé', palabra onomatopéyica que imita el ruido de la exhalación del último aliento o suspiro de quien muere. Este suspiro o aliento es asociado en la Antigüedad con el alma humana que hace abandono del cuerpo y, también entonces, como un ser invisible que emerge del cuerpo dejándolo inactivo, rígido y frío para habitar un ultramundo, ubicable según las culturas en las alturas o en las profundidades, en un más allá inalcanzable, salvo durante el sueño. Es un mundo habitado por ancestros, divinidades y otros espíritus.

1. EL PÁJARO COMO SÍMBOLO

Al concepto culto y académico de 'espíritu', sigue el sentir y pensar popular que se gesta a partir de la simple 'experiencia' del 'espíritu', asociada a la experiencia del viento que, en su invisibilidad, mueve las ramas de los árboles. Se trata, entonces, de una presencia invisible y poderosa, que tiene dominio del espacio superior.

El proceso mental analógico continúa, y la mente asocia a este 'espíritu' con los pájaros que vuelan libremente en el espacio del que se lo considera

amo y señor. El pájaro pasa a ser, en definitiva, el símbolo universal del 'espíritu' pues en todas las culturas se lo considera como tal.

La presencia de aves en las expresiones culturales de todos pueblos primitivos no es sólo producto de la riqueza biológica de sus medio-ambientes, sino del pensamiento simbólico que las hace mensajeras de espíritus y dioses.

De hecho, en tribus primitivas contemporáneas de Nueva Guinea y Oceanía, pájaros de diferentes especies aparecen sobre las cabezas de chamanes y reyes en sus expresiones artísticas (*Arte oceánico, op. cit.*) al igual que en la imagen policromada de la sacerdotisa cretense del palacio de Cnosos (Getty, Adele 'Goddess', *op. cit.*, pág. 13).

Más tarde, todos los personajes ilustres de la antigüedad clásica se rodean con símbolos de espíritus y dioses alados. Una muestra de ello se presenta a continuación:

- Amenofis III decora el cielo del dormitorio en su palacio de Karnak con las imágenes de cinco rojinegros buitres sobre fondo amarillo que tienen sus alas extendidas que representan a la diosa Nejbet (Fletcher, 'El Rey Sol', *op. cit.*, p. 135).
- Pectoral de Tutankhamón engastado en oro con forma de escarabajo alado con el cuerpo de lapislázuli, con un gran sol de coralina roja sobre la cabeza y cuyas alas de plumas multicolores lucen malaquitas, turquesas, jade, lapislázuli y coralina (Fletcher, 'El Rey Sol', *op. cit.*, p. 159).
- Pectoral de Tutankhamón engastado en oro con forma de halcón con un sol de coralina roja sobre la cabeza y alas extendidas; el colorido de cuyas plumas lo logran pequeñas incrustaciones de lapislázuli, turquesas, jade y coralina (Fletcher, 'El Rey Sol', *op. cit.*, p. 81).
- Águila con cabeza de león de alas abiertas, pendiente pectoral hecho de lapislázuli con cabeza y cola de oro, encontrada en Mari en el llamado Tesoro de Ur (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, págs. 42-43).
- NinHursag, diosa del parto, con forma de águila de alas abiertas con cabeza de leona, es escoltada por dos bóvidos orientados hacia los extremos y que miran hacia el frente con cabezas coronadas de amplia y ramificada cornamenta de ciervos. Relieve del Templo en Tell Ubaid cerca de Ur, 2500 a.C. (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 84).
- Pectoral de oro en forma de águila con las alas extendidas, de origen egipcio, encontrado en tumbas de Biblos, en la costa este del Mediterráneo (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 116).
- Dos caballos alados con cabezas de toros, labrados en un jarrón de oro procedente de la necrópolis de Marlik, S.O del Mar Caspio, data del 1200 a.C. (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 124).

- Figura humana con cabeza de águila y dos pares de alas, altorrelieve en pared, Kalhu (Nimrud) en las proximidades de Nínive, orilla este del Tigris (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 162).
- León alado de oro, inserto en redondel también de oro, del tesoro del río Oxus en Takht-i Kuwad, Afganistán (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 220).
- En culto al dios Marduk que se rinde en Babilonia bajo el gobierno de Nabucodonosor II, donde el león era el animal símbolo del dios Marduk y el toro del dios Adad:
 - los muros de la Calle Procesional, desde el templo de Marduk hasta la Puerta de Ishtar, fueron decorados con figuras vidriadas en relieve de leones en marcha
 - la Puerta de Ishtar estaba decorada con toros y dragones, los cuales presentaban rasgos de serpientes, leones y águilas
 - los cimientos de la Puerta de Ishtar eran de ladrillo cocido y estaban decorados con figuras no vidriadas en relieve de toros y dragones (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, págs. 192-193)
- El panteón egipcio considera a varios dioses con cabezas de pájaros:
 - Horus, dios del cielo, con cuerpo humano y la cabeza de halcón
 - Thoth, diosa de la escritura y de los números, cuerpo humano con cabeza de ibis
 - Montu, dios de la guerra, cuerpo humano, a menudo con cabeza de halcón (Baines, John, 'Egipto II', Ed. Folio, *op. cit.*, p. 212-214). El toro ya es en sí mismo símbolo de 'poderoso' y, al ser alado, es porque además se lo considera un 'espíritu'. Se trata de un simbolismo doble ('poderoso' y 'espíritu'), pero también los hay triple, aquellos de los toros alados con rostro humano que lucen en sus tocados dos y tres pares de cuernos (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, págs. 88 y 163)
 - figurilla de bronce macizo, de 20 cm de alto por 16 cm de ancho, de toro-centauro alado, originalmente forrada en oro a la que le falta la cara, encontrada en Urartu, frontera este de la actual Turquía (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 170)
 - dios de figura humana, con cuatro alas, de rica barba y cabellera con un tocado de tres pares de cuernos; relieve labrado en piedra encontrado en Dur-Sharrukin (Khorsabad), al norte de Nínive, orilla este del Tigris (Roaf, 'Mesopotamia', *op. cit.*, pág. 184).

2. HOMBRES CON DISFRAZ DE PÁJARO

En definitiva, parece evidente por sus expresiones culturales que los humanos de la antigüedad neolítica y los tiempos clásicos se encuentran

protegidos no sólo por gobernantes poderosos sino, también, por espíritus que lo son más.

Sin embargo, no deja de sorprender que todavía él quiera aproximarse aún más a estos espíritus tutelares y, de ser posible, asociarse con ellos.

Para lograr esto inventa una serie de ritos a través de los cuales es investido como hombre-pájaro, en el que asume el disfraz correspondiente al pájaro-símbolo de la divinidad con quien se asocia. Nacen, así, hermandades que rinden culto a un determinado 'pájaro' o 'espíritu', con quien se piensan protegidos. Así se encuentra en América a los 'guerreros-águila' aztecas, los hombres-pájaro de Paracas y a los hombres-cóndor de Tiwanaku, a orillas del lago Titicaca.

Los hombres-cóndor (pakajes), cuyo primer ancestro nace de un huevo de cóndor en el altiplano andino de Tiwanaku, dan origen a castas o familias de guerreros que perviven hasta los tiempos incas. Éstos aparecen tallados en puerta del sol en Tiwanaku como chasquis en plena carrera con cabeza y alas de cóndor (Waisbard, 'Tiahuanaco', *op. cit.*, págs. 53-68).

Esta actitud de proximidad con los espíritus a través de sus símbolos llega a su expresión máxima en el uso de pectorales con animales alados (Tutankhamón); en los estandartes de las legiones romanas llevan el águila, símbolo de Júpiter, el dios sol.

De hecho, los estandartes romanos portan un águila de plata con las alas extendidas sobre la punta de una pértiga. En los campamentos éstos se guardan en pequeñas capillas, donde son venerados religiosamente por los soldados (Seyffert, O., 'Diccionario Clásico', *op. cit.*, págs. 32-33).

Los casos de las expresiones culturales relacionadas con los 'espíritus' y sus símbolos los 'pájaros' se pueden multiplicar indefinidamente pues son el producto natural de la mente humana frente a la experiencia física del viento cuando todavía no hay experiencia científica.

Lo interesante para la reflexión que se propone este artículo es que este concepto y su símbolo permiten un significativo progreso hacia la comprensión de la originalidad *rapanui* con su culto del hombre-pájaro.

IV. SINGULARIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES *RAPANUI*

1. SINGULARIDADES

Las bases en que se funda nuestra investigación sobre la originalidad *rapanui* y que se exponen en los párrafos precedentes son las relativas al 'poder' y al 'espíritu'. Resta, por ahora, apreciar la singularidad de las expresiones culturales típicas del mundo *rapanui* y distinguirlas de aquellas con las que presentan alguna similitud.

1.1. *Espíritus*

Los seres espirituales que aparecen en leyendas y tradiciones *rapanui* definitivamente carecen de alas; aunque pueden adoptar formas humanas, animales u otras, preferentemente adoptan las del cuerpo humano, la de calaveras y tratándose de animales ocupan cuerpos de tortugas y lobos marinos. Los *rapanui* los representan, en sus esculturas menores, con cabezas y cráneos humanos y figuras de animales, todos sin alas, salvo cuando se trata de pájaros y gallinas.

1.2. *El moai*

A diferencia de los diferentes símbolos de poder que representan en la antigüedad los menhires, estelas, obeliscos y columnas, el *moai*, que los *rapanui* ubican sobre plataformas de monumentos funerarios, es símbolo de una asociación entre los espíritus ancestrales y el dios de la vida, Atúa, con el propósito de mejorar la vida en Pascua que manifiesta las consecuencias de la endogamia. En él, el rostro representa a los ancestros; el moño de piedra rojiza, en lo alto, y el resto del *moai* de toba volcánica grisácea representan los poderes generadores de vida de la divinidad.

1.3. *El hombre-pájaro*

En el culto *rapanui* del hombre-pájaro al dios Makemake, quien resulta nominado como tal por el dios, no se disfraza ni se empluma, por el contrario, se rapa completamente de pies a cabeza y se pinta de rojo todo el cuerpo. Tal como lo muestran los petroglifos de Orongo donde se desarrolla la ceremonia de investidura, los *rapanui* lo representan como ser humano desnudo con brazos y piernas humanas y en curvada posición fetal; la cabeza sí corresponde a la del pájaro fragata, que desova en los islotes sagrados.

Otros elementos que manifiestan la singularidad de la cultura *rapanui* son la escritura *rongoongo*, aún no descifrada; las viviendas en forma de bote invertido, *hare-paenga*, y las casas ovoidales de piedra laja de Orongo, junto al cráter del volcán Rao Kau, en el vértice suroeste de la Isla. Todos estos elementos *rapanui* son únicos en Polinesia y Oceanía.

2. SIMILITUDES

Es preciso reconocer, sin embargo, que a pesar de la singularidad de las expresiones culturales de Isla de Pascua, aquí mencionadas, existen algunas similitudes con elementos culturales de otros archipiélagos de Polinesia e, incluso, de Micronesia.

2.1. Con Polinesia

En los archipiélagos polinesios de las Marquesas (Nuku Hiva) y de las Islas Sociedad (Tahiti), las expresiones escultóricas de Tiki, el dios principal, tienen dos rasgos comunes con el *moai rapanui*: primero, un embarazo terminal de enorme barriga, y, segundo, que ambos brazos se encuentran sujetando la panza por los costados hacia el ombligo. La posición de Tiki es la de dar a luz en cuclillas. El embarazo, en cambio, del *moai* es muy discreto y sus brazos que caen por los costados del tronco se dirigen hacia una incipiente barriga con las manos por debajo del ombligo. El simbolismo, en ambos casos, es el mismo y señala el 'poder de vida' de las divinidades Tiki y Atúa.

2.2. Con Micronesia

Al abrir la colección Atlas Culturales del Mundo, en el tomo correspondiente a Australia, Nueva Zelanda y Pacífico Sur, vol. I, bajo el título 'Las pequeñas islas del Oeste', en la página 66 dedicada a la Isla de Guam del archipiélago de las Marianas el lector se encuentra sorpresivamente con un *moai*. Se trata de un monumento megalítico de dos piezas, de cinco metros de alto, en el que una de ellas, más delgada y alta, se inserta en otra, más corta y ancha, para hacerle de soporte. Este monumento, de coral y piedra caliza, es lo que se llama 'latte' en el idioma de los *chamorro*, primitivos habitantes de la isla. Esta gruesa columna compuesta, que tiene la apariencia de un cáliz medieval, es parte de un conjunto de otras nueve que, en doble fila, constituyen la base de sustento para una gran casa en altura.

En su contexto funcional, *moai* y *latte* no tienen relación alguna entre sí y mantienen su respectiva originalidad, pero, en cambio, ambas estructuras líticas coinciden en su idea matriz: contar con el apoyo del *poder de vida* de la divinidad, simbolizado en la unión de los dos megalitos, tanto en la construcción de los monumentos *latte* como *moai*.

V. EPÍLOGO: PERTENENCIA POLINÉSICA

La eventualidad de una colonización de Isla de Pascua proveniente del continente sudamericano a partir de vestigios incas presentes en la Isla no pasa de ser una hipótesis poco sustentable ya sea por las razones expuestas en los párrafos precedentes que demuestran precisamente lo contrario, ya porque cuando los polinésicos llegan a la Isla nada encuentran en ella que revele presencia humana anterior. Los vestigios incas, en cambio (camote, totora, construcción con técnicas incas y la similitud de dos esculturas a las de Tiwanaku, en el altiplano boliviano), sólo revelan

una breve estadía inca en la Isla, por lo demás anticipada en la historia del Perú (ver Del Busto).

Las pruebas, en cambio, de su pertenencia a Polinesia las brinda, en primer término, el idioma *rapanui*, un dialecto polinésico; la proveniencia *rapanui* desde el Pacífico Occidental señalada en varias de sus leyendas; el panteón *rapanui* que comparte las divinidades Tangaroa, Tiki, Raa y otros seres sobrenaturales con los demás archipiélagos de Polinesia. A todo lo anterior se suman las habilidades náuticas, el tatuaje, sus alimentos, bailes y otros.

La cultura *rapanui* es polinésica y original.

BIBLIOGRAFÍA**

- Bains & Málek, *Egipto: Dioses, Templos y Faraones*. Ed. Folio. Barcelona. 1993.
- Campbell, Joseph, *The Hero With a Thousand Faces*. Ed. Fontana. London. 1993.
- Campbell, Joseph, *The Masks of God; Primitive Mythology*. Ed. Arkana. NY. 1991.
- Campbell, Ramón, *Mito y Realidad de Rapanui*. Ed. Andrés Bello. 1999.
- Chauvet, Stephen, *La Isla de Pascua y sus Misterios*. Ed. Zig-Zag. Santiago. 1946.
- Cook, Jacques, *Voyage dans l'Hemisphere Austral et autour du monde*, Ed. Hotel de Thou. Paris. 1778.
- Englert, Sebastián, *Leyendas de Isla de Pascua*. Ed. Universitaria. Santiago. Chile. 1980.
- Englert, Sebastián, *Tierra de Hotu Matu'a*. Ed. Universitaria. Santiago. 1993.
- Flenley, Yohn, *The Enigmas of Easter Island*. Ed. Oxford University Press. N.Y. 1992.
- Fletcher, Joann, *El Rey Sol de Egipto*. Ed. Contrapunto. Barcelona. 2001.
- Forte, Maurizio, *Arqueología*. Ed. Grijalbo. Toledo, España. 1996.
- Galindo, Jesús, *Anqueoastronomía en la América Antigua*. Ed. Equipo Sirius. Madrid. 1994.
- Gutbrod, Karl, *Historia de las Antiguas Culturas del Mundo*. Ed. Serbal. 1987.
- Johnson, Gordon, *India*, Ed. Folio, Barcelona. 1995.
- Klein, Otto, *Iconografía de la Isla de Pascua*. Ed. Univ. Fed. Sta. María, Valparaíso. 1988.
- Leroi-Gour, A., *Arte y Grafismo en la Europa Prehistórica*. Ed. Istmo. Gijón. 1984.
- Pikaza, Xabier, *Hombre y Mujer en las Religiones*. Ed. V.D. Pamplona. 1996.
- Roaf, Michael, *Mesopotamia y el antiguo Oriente Medio*, Ed. Folio, Barcelona. 1993.
- Roggeveen, J., *The Journal of Jacob Roggeveen*. Ed. Andrew Sharp, Oxford. 1970.

** (N.R.). Se ha extractado la bibliografía que el trabajo del Prof. Cobo contiene en su texto original, ya que ella ocupa varias páginas, con 98 obras.

- Routledge, Kath, *The Mystery of Easter Island*. Ed. S.F., London. 1920.
- Schulberg, L., *India Histórica*, Ed. Folio, Barcelona. 1997.
- Stierlin, Henri, *Les Pharaons Bâtisseurs*. Ed. Terrail, Paris. 1992.
- Thomson, Will, *Te Pito Te Henua o Isla de Pascua*. Estudios sobre Isla de Pascua.
Anales de la U. de Chile, Santiago. 1980.
- Waisbard, S., *Tiahuanaco*. Ed. Diana. México. 1975.
- Willett, Frank, *African Art*. Ed. T&H. London. 1995.

CRÓNICA

REFLEXIONES ÉTICAS

I. LOS HIJOS MARGINALES

El número de hijos nacidos al margen del matrimonio en Chile alcanza ya al 58%, habiéndose producido un incremento en los últimos veinte años superior al cincuenta por ciento. El hecho es conocido y reconocido por los estadísticos y esperamos que no sea celebrado como una conquista de la modernidad o del progreso. Es, simplemente, una cifra que debe llamar la atención de toda la ciudadanía.

No es que uno quiera aguar la fiesta del nuevo régimen, ni la euforia colectiva ante las perspectivas macroeconómicas, desarrollo de infraestructura y mejora sustancial de la relación con los vecinos. Todo esto es bienvenido y con razón celebrado por sus protagonistas y gozado por los beneficiarios, que somos casi todos los ciudadanos. Pero nos parece que una atención hacia este tema nos vendría muy bien a todos, sobre todo a las familias y a los educadores.

Para nadie es un misterio y menos podría considerarse una ofensa para los causantes de esta situación, que los hijos al margen del matrimonio son candidatos bastante seguros a un cierto tipo de marginalidad social, que no se resuelve con legislación que pretenda igualar desde el punto de vista de la administración de justicia. La marginalidad social lleva consigo efectos en todo tipo de desarrollo, desde el físico hasta el afectivo, psicológico, espiritual y trascendente. Y esto es lo grave; que Chile, país que muchos han calificado de conservador, religioso y formal en sus ideas y conductas sociales, de gran apego al derecho en general y a los derechos humanos en particular, venga a comprometer una situación que lo puede precipitar en una caída libre de su potencial familiar.

¿Qué hemos hecho para desmarcarnos de vecinos y lejanos, en materia tan delicada y frágil como es la convivencia estable de la célula social más importante que es la familia? ¿A quién culparemos de esta debacle emocional, consecuencia de un cierto prurito anti o extrafamiliar? Hasta hace un par de años, solamente Suecia nos ganaba en esta carrera de marginalidad familiar de los hijos. A partir de ahora capitaneamos el desfile de la disminución afectiva. Para los que sostenemos que la familia de padre y madre con sus hijos es la forma natural de convivir, no deja de sorprendernos esta llamativa curva en sentido contrario. No me parece que pueda llenarnos de orgullo anotar este récord Guinness, que podríamos perfectamente inscribir en el registro de rarezas para un reconocimiento universal.

Algunos dirán que el problema europeo de restricción familiar constante, con píldoras y abortos incluidos, impide que sean ellos los que comanden las cifras de marginalidad filial. Allá se encargan de que píldoras antes o después, programas de aborto masivo u otras medidas similares como la despenalización de todas las conductas parasexuales mantengan el tema a raya. Nosotros, en cambio, sostenedores del valor de la vida, caemos en la inconveniencia de traer niños al mundo sin adecuados previsión ni control.

No me parece que nuestro tema deba ser considerado a la luz de otros que actúan aún peor en materia de familia, con evidente cinismo, extirpando la raíz misma de la concepción y el alumbramiento. Pero lo nuestro no tiene perdón

social. ¿Qué significa esta cifra a poco andar? Simplemente que un poco más de la mitad de las futuras generaciones tendrán mayor posibilidad de verse limitadas en su afecto, en su autoestima y en sus proyecciones de valor en torno a lo que aún consideramos como el pilar de la sociedad: la familia monogámica, estable y responsable de los hijos.

Hace un tiempo pensé que, puesto que las cosas estaban muy malas, no cabía sino esperar que mejoraran. Me refiero a las cifras que hace solo un año nos mostraban al nivel del 53% de la marginalidad filial. Me equivoqué, lamentablemente. Creí que la cosa empezaría a mejorar. ¿Llegaremos a sesenta, a setenta, a ochenta por ciento o más? Es decir, ¿llegaremos a que la familia natural, tradicional, cristiana que aún subsiste, quede reducida, digamos, a solamente un veinte por ciento de toda la sociedad?

Hemos escuchado, aunque no con mucha claridad o precisión, que la sociedad chilena aún no está preparada para establecer legalmente el matrimonio homosexual o para el aborto a secas. Es cuestión de tiempo, dicen los más audaces, añadiendo con soltura profética que Chile saldrá algún día de su ostracismo católico, conservador y entrará en las grandes avenidas del progreso al que está llamado por la fuerza de la tendencia del desarrollo mundial, al que nos dirigimos vertiginosamente. Por lo pronto, ya se nos ha anunciado desde el Ministerio de Salud que la distribución de la llamada “píldora del día después” comenzará a ser distribuida en forma generalizada, ante el simple requerimiento de las usuarias. No cabe duda que el barrunto tiene visos de verdad.

Si es, efectivamente, este un índice más del futuro de nuestro espectacular desarrollo, significará que los marginados ya no serán unos cuantos millones de pobres, cada vez menos según las estadísticas, sino un porcentaje superior a la mitad de las nuevas generaciones. Por cierto que su marginalidad no será necesariamente económica.

A nadie le gusta seguir con marginalidades de ningún tipo. A nosotros, los fervientes defensores de la familia, tampoco.

II. EL ABUELO DEL MUNDO

El título se lo dio el actor italiano Lino Banfi a quien cariñosamente sus compatriotas llaman “el abuelo de Italia”. Al referirse al Papa, el bufón itálico dijo: “Si yo soy el abuelo de Italia; él (el Papa) es el abuelo del mundo”. Y con una amplia sonrisa, Benedicto XVI, en su solemne discurso a la muchedumbre congregada en Valencia con motivo del V Encuentro Mundial de la Familia, aceptó complacido el nuevo título que, una vez más, le coloca como indiscutible líder del amor y de la vida.

Los abuelos, dijo el Papa, “*pueden ser –y son tantas veces– los garantes del afecto y la ternura que todo ser humano necesita dar y recibir*”. Y añadió que ellos “*dan a los pequeños la perspectiva del tiempo, son memoria y riqueza de las familias*”. Concluyó pidiendo que no sean excluidos del círculo familiar y que se tenga en cuenta su testimonio sincero ante la enfermedad y la muerte.

Comunicacionalmente no pudo ser mejor el momento para colocar este nuevo título al Papa, sobre todo a este Papa que se ha presentado al mundo como el promotor del amor, así como su predecesor Juan Pablo II lo fuera de la vida.

El amor y la vida, inscrito en los blasones de estos dos grandes pontífices, calzan perfectamente con el tema humano de la familia y el matrimonio, como un regalo para toda la humanidad. En el tema de la familia es, sin duda, donde el ecumenismo cristiano y la relación interreligiosa mundial se encuentran más fervientemente.

“El abuelo de la humanidad” es una frase de antología que contiene una carga de enorme simpatía para quien ha sabido presentarse con una dosis inestimable de humildad, al mismo tiempo que con una fortaleza suave de realismo y sentido común. Debió sonar bien esta expresión en esa Valencia, “la tierra de las flores, de la luz y del amor” como canta la gente en todas partes de la mano del gran Agustín Lara.

El problema de nuestro tiempo no es la familia, sino, más bien, los grupos que la combaten con una ferocidad inaudita y que, efectivamente están logrando algunas victorias parciales sobre la institución. La familia no es el problema, y menos para la Iglesia católica, que ha demostrado muy reciamente lo que piensa y lo que vive en materia de esposos, padres e hijos, hermanos; nietos y abuelos incluidos.

En el reciente encuentro multitudinario de Valencia, la Iglesia hablando por miles de académicos, sacerdotes y laicos, pero principalmente por el Papa Benedicto XVI, ha ratificado el sentido común en torno a la institución familiar, dando un testimonio de la solidez doctrinal y de la preocupación pastoral por sostener en el mundo moderno lo que la cultura mundial nos ha legado como herencia vital. Nada nuevo es lo que hemos oído, simplemente que la familia se funda en el matrimonio estable, unido y fecundo, indisoluble y santo para quienes han recibido el don de la fe y el sacramento que robustece a la naturaleza. Contra aquellos que esperaban novedades al respecto, tratando de avizorar un cambio frente al mismo, la desilusión fue completa. Ni el Papa ni los obispos ni los laicos variaron la doctrina común a los creyentes cristianos y a los hombres y mujeres de buena fe que comparten tan importante institución natural.

Por otro lado, en las palabras del Papa no hubo ni una sola alusión a las aberraciones específicas que contra el matrimonio han sido expresadas por algunas autoridades europeas y principalmente españolas. La postura del Papa y con él la de la Iglesia es simplemente positiva, fundamental, segura: El matrimonio y la familia son lo que son: Un hombre y una mujer que amándose fundan familia de hijos, hermanos, abuelos y nietos. Así de simple.

Muy significativo fue el hecho de que en esta ocasión los abuelos hayan tenido un acercamiento teórico y práctico, ya que la realidad de una mayor expectativa de vida está creando una realidad nueva. La nueva etapa de la vida familiar constituida por los más viejos, que se presentan, también en visión positiva como los testigos de la tradición cívica y religiosa, los baluartes del pasado en vistas del futuro y como el mismo Papa los nombró, la presencia de la “ternura” en el hogar familiar.

Bien puesto el nombre del Pontífice como “el abuelo de la humanidad”. Suena bien ese apelativo para quien desde el más alto liderazgo cultural ha puesto la mano en la institución que lejos de morir está más viva que nunca. La Iglesia es ciertamente una familia de familias y quien la preside es su patriarca o, si preferimos el nuevo apelativo, el gran abuelo.

Aunque algunos arremetan hoy contra la familia, esta se encuentra firme. Como la misma Iglesia, la familia es el principal patrimonio de la humanidad y la barca en que el hombre navega seguro en medio del temporal. Es algo de lo que nos sugiere este encuentro.

III. ARMAS PARA LA SEGURIDAD

¿Es posible vivir en paz? ¿Será una utopía inalcanzable vivir tranquilo en la casa, sin temor a que alguien venga a perturbar nuestra paz e intimidad? ¿Cuándo será el día que los medios de comunicación no puedan publicar actos de violencia, sencillamente porque la sociedad los haya desterrado para siempre? Sería un agrado poder afirmar en nuestro medio, sobre todo en nuestro medio ciudadano, que todos estos interrogantes han dejado de serlo. Que la vida en paz, que la seguridad del hogar y que las noticias buenas sean la normalidad de nuestra existencia.

Mientras esta utopía llega, si es que algún día pudiera llegar a ser, tratemos de ser realistas y busquemos juntos algunas “armas” que nos permitan vencer la guerra con una cierta seguridad de éxito. Nuestra contribución al tema que ocupa y preocupa a las autoridades nacionales y locales no puede ser otra que la reflexión racional y un espíritu abierto a contribuir con las “armas” con que la sociedad nos ha investido: las de la cordura o racionalidad.

Tres tareas de fondo y un par de sugerencias de forma se nos antojan como camino que puede acompañar a quienes nos han invitado a participar en tan noble propósito: el de lograr seguridad y paz ciudadana, como agentes educadores de la sociedad. Las tareas de fondo, a nuestro juicio, tienen que ver con la educación de la conciencia individual, con la promoción de los valores familiares y con un ferviente llamado a la colaboración de los comunicadores profesionales. Las sugerencias específicas tienen que ver con un fuerte control de las armas de fuego y con un enfrentamiento eficaz a la llamada indisciplina escolar, que es fácilmente la antesala de la delincuencia juvenil.

La primera tarea, que es por su naturaleza la que apunta a lo más profundo del problema, tiene que ver con uno de los temas principales de la educación de la persona, el de la formación de su conciencia moral. La conciencia moral no es otra cosa que la aplicación del sentido común a las tareas de bien y mal que enfrenta a cada momento una persona dotada de racionalidad y cordura. La conciencia es el juicio próximo y práctico que nos permite discernir sobre el bien o mal que provocan nuestras acciones. Solo desde esta instancia se puede ordenar la vida personal y por consecuencia la vida social. Solo los jóvenes que saben y viven lo que es bueno o malo en cada momento serán capaces de formular y realizar las conductas morales que la sociedad exige de ellos. No es solo, por cierto, un problema de conocimiento. Es antes que todo un problema de acción. La conciencia moral, a diferencia de la psicológica, impulsa al hombre al camino del bien y no simplemente al de la realidad. Si esta es nefasta, la conciencia moral exigirá a quien la cultive a modificar la conducta, a corregir. Cualquier otra acción, de castigo o represión que propongamos a este efecto, será inconducente al propósito natural de una persona dotada de criterio apegado al fin último que es el bien y la felicidad propia y ajena.

Una segunda tarea que debiera contemplar una política de fundamento moral para la juventud hay que fijarla en su entorno natural que no es otro que la familia. Solamente en ella se puede tener aquella relación de gratuidad y generosidad propia de los padres responsables, de los hermanos y parientes efectiva y afectivamente vinculados a la persona del joven. Robusteciendo los valores de paternidad responsable, de maternidad afectuosa y educadora, así como la de fraternidad participativa y colaboradora, podremos llegar a obtener el resultado de personas fuertes, sólidas en principios y en virtudes, esperanzas y en proyectos de futuro. Con una familia ausente o destruida, despreciada por la propia sociedad es muy difícil que el joven candidato a la violencia rebelde pueda sostenerse, corregirse o verdaderamente sentirse satisfecho consigo mismo. Un trabajo de la sociedad toda para sostener y proyectar, estimular y defender a la familia natural será imprescindible para cambiar radicalmente el problema de la perturbación social que lamentamos. Junto al pilar de la formación de la conciencia hay que robustecer el respaldo de la familia para poder soñar con un mundo más cercano a la utopía que estamos dispuestos a soñar para nuestro país y para nuestra ciudad.

La tercera tarea de fondo que proponemos es, probablemente, la más difícil de implementar, ya que implica una tupida y difícil red de voluntades enquistadas en los poderosos medios de comunicación, los que a su vez nos envuelven de la mañana a la noche y que nos dejan poco espacio para intervenir en algún tipo de diálogo. Son ellos, sin embargo, los que hoy campean en nuestro entorno, provocando un ambiente muy semejante al smog que ahoga nuestras principales ciudades. Cuando estos medios nos presentan los hechos violentos, que sin duda son auténticos, en forma simultánea, detenida y cruda y que provienen de todos los puntos cardinales, o cuando nos insisten con opiniones reiteradas que profundizan estos mismos hechos, lo que logran en nosotros es una sensación de infierno colectivo donde lo único que cabe es ponerse a la defensiva de tanto mal que nos rodea y nos interpela. Los seres humanos, débiles por nuestra naturaleza inclinada a la pasión más que a la razón, al vernos sacudidos por tanta maldad ambiente, no alcanzamos a sobreponernos y apenas si somos capaces de discernir entre lo mucho malo y lo muy poco bueno. ¡Qué tremendo es saber que nuestros profesionales de la comunicación escrita, hablada o de imágenes son conminados por sus propios maestros a presentar como más atractivo el crimen que la nobleza, la intriga que el susurro, la denigración antes que la alabanza de los buenos! Es, sin duda, esta tercera tarea la más difícil de todas, pero tal vez la que más urge denunciar por quienes trabajamos contra el tiempo por formar la conciencia de los jóvenes o levantar la voz a favor de los bienes radicales de la familia unida, permanente y educadora.

Sobre la base de estas tres tareas fundamentales, permítanme proponer un par de acciones formales que, sin duda, podrán ayudar a mejorar el impacto que la violencia está produciendo en nuestra sociedad. La primera se refiere al control de las armas de fuego, en su tenencia y comercialización. Una distribución relajada de estos instrumentos de muerte no tendrá otro fin que el de facilitar el mal uso de las mismas. Un control estricto y una asignación rigurosa a personas realmente responsables y cuerdas es hoy más necesario que nunca. Tratar de que éstas no lleguen por ningún motivo a manos infantiles y juveniles es una tarea que deberá llevar a nuestros legisladores y a nuestra policía a observar una conducta verdaderamente rígida, exigente e intolerante. Valga aquí utilizar esta expresión moral que en otras circunstancias podría ser universalmente repudiada. Frente

a la vida y la muerte no cabe la duda. Solo hay que fomentar la vida y evitar a cualquier costo, la muerte.

Una segunda y última acción que proponemos como necesaria es la de abordar en los establecimientos educacionales el tema de la indisciplina escolar. Razones de una falsa condescendencia y camaradería han llevado a muchos maestros y administradores de centros educacionales a relajar la disciplina, que es evidentemente necesaria para toda formación moral. Donde no hay disciplina, imperan los instintos, se refuerzan las pasiones y afloran naturalmente los conflictos. Con un espíritu propositivo, más que sancionador, con una voluntad de exigir metas altas y no mediocridades, un buen maestro será siempre más querido que con una camaradería insulsa, que no permite al joven imponerse de su visión y misión verdaderamente humana en su vida juvenil. El tema de un auténtico liderazgo de los maestros está todavía esperando por desarrollarse masivamente en nuestra bastante resentida sociedad.

En fin, otras muchas tareas quedarán por realizar y otros fundamentos por reflexionar, pero estoy seguro que con estos anteriormente propuestos bien podríamos elaborar un plan de acción que nos permita subir algunos peldaños en esta difícil tarea de reencantar a nuestra juventud hacia un mejor conocimiento de sí mismos mediante la formación de la conciencia moral, a buscar un más fuerte apoyo en su propia familia, al mismo tiempo que a exigir a los profesionales de la comunicación que apunten más alto en los valores que nos entregan y a revisar la insistente manía de poner como noticia destacable lo que más bien debiera ser excepción en sus noticiarios y comentarios.

Nuestra Universidad, nuestros centros técnicos y nuestros colegios, sin pretender proclamarse modelos en la materia que hoy presentamos, están sinceramente buscando nuevos caminos para preparar hombres y mujeres que mañana constituyan liderazgo en humanidad. Nuestro Tomás de Aquino que ha sido proclamado como Doctor Humanitatis (Maestro de humanidad) nos impulsa y estimula a contribuir con la sociedad en esa dirección.

IV. OTRAS DICTADURAS

Es difícil que alguien sustente hoy la conveniencia o pertinencia de algún tipo de dictadura. La palabra ha caído en desgracia definitiva, si es que en algún momento pudo ser agraciada la sociedad o grupo que la albergara. El rechazo teórico es, por cierto, indiscutible y, sin duda, bienvenido a instalarse en nuestro mundo postmoderno.

Sin embargo, y esta es la paradoja, el hombre de la “*nueva era*”, que se presenta a sí mismo como libre de toda atadura física, psíquica y espiritual, está rodeado de múltiples tipos de dictadura que llevan nombres un poco más suaves, pero que en su verdadero contenido no son otra cosa que dictados inapelables, es decir, dictaduras.

¿No es acaso dictadura la que ejerce, a veces, la ley sobre el ciudadano, cuando esta, suscrita por mayorías ocasionales, irrumpe ante su conciencia, violentándola? La ley debe ser cumplida bajo apercibimiento de arresto y posible condena. Leyes económicas, como los tributos, que no pueden ser discutidos y menos evadidos, leyes de circulación que se aplican sin contemplaciones por el juez local que no

escucha el descargo, sino que aplica con rigidez impersonal la letra de la norma, norma que invoca el funcionario detrás de la ventanilla que no permite apelación “*porque esta es la norma*”, leyes que involucran antivalores, como la distribución de la píldora del día después o la presión sobre los posibles hijos de una familia humilde, llevada a cabo por los responsables de la salud pública, muchas veces contra la conciencia moral de la paciente.

Más sutiles aún son las opiniones y juicios terminantes, que apelan a la aceptación sin discusión por parte de la autoridad ante los ciudadanos, y particularmente ante los opositores, en que se ejerce el poder con olímpico desprecio por la disidencia. Es la autoridad que dictamina sobre el bien y el mal de cada circunstancia, considerada por esta como adversa para su mando. Al ciudadano y particularmente al ciudadano objetor de conciencia solamente le cabe obediencia y sometimiento, sin discusión, ni menos aún rebeldía. El silencio obsequioso y el cumplimiento de lo mandado es la única conducta aceptable por la dicha autoridad. Cada vez se hace más notoria en nuestro medio esta conducta que solo puede ser calificada, si nos atenemos al valor de la palabra, como dictadura.

Hay dictaduras hoy en los ámbitos internacionales que son acalladas por quienes debieran ser defensores de una libertad y autodeterminación de los ciudadanos. Algunas son excesivamente burdas, como las de aquellos pocos países que aún sostienen el látigo contra los disidentes o contra los que profesan alguna religión que no cuadra con los propósitos del gobernante. ¿Quién se atreve hoy a enfrentar a los organismos internacionales frente a políticas de población o de combate a enfermedades, sin tener en cuenta la conciencia moral de los más cuerdos y racionalmente activos de la humanidad? ¿Qué caso le hacen a quienes apuntan con el dedo al genocidio efectivo que significan los programas abortivos? ¿Qué voces se atreven a detener la corriente destructiva de la familia natural, propiciando políticas de ridiculización de los sensatos o de acallamiento de grupos religiosos que aportan la visión espiritual de un mundo condenado por estos dictadores al materialismo estéril, limitante y empobrecedor del alma humana?

El miedo a perder figuración internacional o participación conveniente en los mercados de intercambio de riqueza llevan a gobernantes y empresarios a disimular frente a los poderosos dictadores de hogaño lo que no estarán dispuestos a aceptar en los de antaño.

En términos racionales, ¿qué diferencia puede haber entre las atrocidades de un Hitler y un Stalin llevadas a cabo con ciudadanos adultos, que podían defenderse y la de los promotores del aborto masivo, de la eutanasia invasiva o de la guerra ofensiva de tribus o razas, contra millones de seres que no pueden ni siquiera levantar un grito de protesta? ¿Dónde están los defensores de los derechos de estos nuevos parias de la sociedad? Para defender a los animales en extinción o los bosques exóticos sobreabundan las organizaciones, para los humanos, apenas unas cuantas voces solitarias que sólo pueden exhibir el amor y el perdón como armas de convicción.

¿Que se han acabado las dictaduras? Después de recorrer este breve panorama empírico de la sociedad que habitamos, creo que están más presentes que nunca. El Papa Benedicto XVI le ha llamado suavemente “la dictadura del relativismo”. Es, sin duda, una fina observación, propia de un alma grande e inteligente, que sin gritar ha puesto el dedo en la llaga más honda de la humanidad. La dictadura sigue actuando en el corazón de muchos hombres. Lamentablemente muchos de estos hombres dirigen el mundo.

V. ¿LIBERTAD DE OFENDER?

Si las cosas siguen como van, veremos cosas peores. Es lo único que podemos asegurar ante la espiral de violencia que han desatado unas cuantas caricaturas danesas que los musulmanes de varios países han considerado inaceptables. La ofensa a su creencia ha encajado en medio de una “guerra de civilizaciones” que parece estar subiendo de tono. En tiempos no tan remotos, países enteros se desangraron por ofensas menores. No hay que remontarse mucho para recordar con horror el incendio de todas las iglesias de Barcelona en plena República española y los más de siete mil sacerdotes y religiosas fusilados unos años después en la guerra civil. Hay que dejar constancia que, en ese caso, los musulmanes nada tuvieron que ver. El caso es sin duda paradójico. No fueron fanáticos religiosos, sino, por el contrario, fanáticos antirreligiosos.

El último libro de Umberto Eco, del que acabamos de tomar nota en la crítica literaria, habla sobre el regreso o retroceso de la humanidad desde la guerra fría a la caliente y desde la tolerancia a la intolerancia. El reconocido pensador pareciera recoger una constante que muchos ya vienen vislumbrando. En lugar del progresismo, lo que le acontece al mundo postmoderno es más bien un regresismo.

El Islam está invadiendo a Occidente por muchas rutas, pero esta invasión no es con grandes desplazamientos de tropas a caballo y con el pendón de la Media Luna al viento, sino con la penetración silenciosa de millones de inmigrantes que van ocupando el lugar dejado por culturas que se adormecen entre el lujo, el despilfarro y la sensualidad, dejando de tener hijos y eutanasiando a los ancianos.

Ya no es un tema aislado el que la libertad de prensa sea entendida por algunos como patente de corso para robar el honor y ofender a quien se ponga por delante. Si no lo sabemos bien los cristianos que, día a día, tenemos que soportar no ya caricaturas, sino verdaderas avalanchas de insultos a nuestra propia fe en Dios, la Virgen o los santos. En nuestros antiguos países cristianos somos más vapuleados por el solo hecho de creer o testimoniar nuestra fe, que lo que son ofendidos nuestros hermanos musulmanes por testificar su fe en Alá y en Mahoma, su profeta.

En esta desgraciada guerra, la intolerancia es el común denominador de occidentales y musulmanes. Los primeros apelan a la dictadura de la libertad, mientras los segundos esgrimen la dictadura de la fe. Ambos bandos actúan de forma muy similar. En definitiva, unos y otros son hombres que piensan que sus valores tienen algo de absoluto frente a los valores del otro. Para el caricaturista danés, su libertad de expresión es el valor que está en juego. Para el musulmán herido en sus sentimientos es también su libertad de la expresión de su fe, sin que nadie le reproche o subestime. Ambos tratan de ejercer su derecho a ser respetados. El occidental pide respeto a su voluntad de ofender, el musulmán pide respeto a su derecho a no ser ofendido.

Entendiendo así las cosas, el problema moral que se suscita es el de la libertad. Esta ¿es un derecho absoluto o tiene algún tipo de restricción?

Para los más simples, libertad es “hacer lo que me da la gana, cuando quiera, como quiera y ante cualquier circunstancia”. Para los que miran las cosas con un poco de mayor complejidad, la libertad es el patrimonio del hombre que él mismo regula con su racionalidad y que podría expresarse así: Libertad es la capacidad de hacer lo que debo, porque quiero, sin que nadie pueda impedírmelo. Es decir, que la libertad humana está controlada por el bien natural que toda persona debiera perseguir.

Ofender a otro es, naturalmente, un acto de irracionalidad que todos los hombres de todos los tiempos han reconocido como malo. Y por este motivo, no debiera ser considerado como un acto humano digno del hombre.

A diferencia del animal que actúa por instinto y obedece la ley de su propia naturaleza, el hombre actúa de acuerdo a su recta razón. Y esta le dice siempre que ofender a otro no es bueno. Por cierto que ese mismo sujeto es consciente de que puede actuar en contra de la razón, si le viene en gana. ¡Claro que puede!, aunque sabe por su conciencia moral que no debe.

Queda por afinar algo. Hay grados, sin duda, en la ofensa. Es malo moralmente desde matar hasta divertirse a costa de otro. Pero la verdad es que en moral objetiva, lo bueno y lo malo se distinguen solamente por su finalidad. Lo bueno es lo que se adecua a la naturaleza. Lo malo es lo que va contra esa misma naturaleza. El que hace cualquier mal a otro, por pequeño que sea, actúa contra la naturaleza. El que obra siempre bien, ese es el verdadero humano.

¿Libertad de ofender? No, hablemos más bien de libertad de actuar siempre bien. En el caso que comentamos, sin duda que ambos ofensores están actuando mal.

VI. ¿NUEVAS VIRTUDES Y NUEVOS VICIOS?

Si la moral es siempre en su esencia la misma, ¿se pueden aparecer en el horizonte humano nuevas virtudes? Y ¿también nuevos vicios? Es esta una doble pregunta con vertiente hacia el bien y el mal que hoy es conveniente hacerse. Tantas cosas extrañas suceden a lo largo y ancho del mundo y que se nos presentan sorpresivamente desde tantos medios de comunicación que, al final, nos llevan a preguntarnos en serio si también en el orden moral están apareciendo cosas nuevas, conductas totalmente distintas de las vividas en el pasado y que por venir de la libertad amplia del hombre pueden aparecer como nuevas maneras de hacer bien y mal las cosas. Es decir, nuevas virtudes y nuevos vicios.

Hasta ahora, tanto la filosofía como la teología nos han mantenido atentos a las llamadas virtudes cardinales –prudencia, justicia, fortaleza y templanza– y las sobrenaturales –fe, esperanza y caridad–, por el lado bueno de la vertiente. Y por el lado de los vicios pareciera que la soberbia y la ira, la lujuria y la pereza, la envidia y la acedia (o el desencanto de la vida) llenaran todas las posibilidades de maldad. ¿Habría realmente nuevos pecados capitales que se opongan a nuevas conductas virtuosas? Y ¿cuáles y cuántas serían unas y otras?

Pareciera ser que, efectivamente, el hombre moderno ha descubierto tantas cosas para vivir más y mejor y ha desarrollado una tremenda capacidad de desplazarse y comunicarse, que todo este enjambre de horizontes debiera concluir en perspectivas de bien y mal indiscutible. Por ejemplo, los simples hechos de la velocidad de comunicación y el vértigo de las infinitas máquinas que hoy nos abaratan los procesos manuales de antaño han producido en el ser humano corriente una serie de fijaciones que hace unas décadas no podían ni siquiera ser soñadas. Hoy día nos relacionamos con más gente, durante más tiempo y podemos intercambiar entre culturas cantidades de valores y antivalores que antes apenas si éramos capaces de absorber con un tremendo esfuerzo y después de largo tiempo.

En el orden de los nuevos valores y vicios nos encontramos con todas las consecuencias de la globalidad en el pensar, en el decir y en el sentir; aprendemos mucho más rápido todos los procedimientos para ahuyentar lo que nos molesta, el dolor y hasta llegamos a hacer retroceder la muerte y la vida hasta nuestro antojo. De seres profundamente humildes nos vamos haciendo humanos de soberbia increíble, desplazando con verdadera osadía cuanto provenga de poderes sobrenaturales, transformándonos, casi sin quererlo en pequeños robots, inconscientes de nuestra naturaleza y engreídos de nuestras aparentemente infinitas posibilidades. La globalización ha venido prácticamente a anular nuestra conciencia moral, debilitando el pensamiento, aflojando la voluntad en una proyección imparable de nuestras pasiones, de nuestras apetencias y ganas sin otra cortapisa que la que la misma ciencia nos pone.

Tanto en las posibles nuevas virtudes como en los nuevos vicios, el hombre, más comunicado que nunca, aparece más depresivo que en otras épocas, más necesitado de suplir con drogas lo que antes satisfacía con espíritu de conquista, más pendiente del psicólogo o del psiquiatra que del consejero, del sacerdote o del sabio.

La globalización, la informática y la ciencia progresiva e invasiva de nuestra vida íntima, familiar o local nos clama a gritos por nuevos tipos de virtudes como la comprensión afectiva de los otros, la tolerancia al dolor y a la pena que nos atacan por todas partes y que no se resuelven con nuevas drogas farmacológicas o imaginativas. ¿Qué nuevas virtudes deberán surgir para enfrentar los vicios de la farandulización de la vida, de las increíbles actitudes de venganza contra los buenos, contra los padres, contra los maestros y contra los mismos santos? ¿Será posible que un mundo que a toda costa destierra a Dios del mapa de su existencia pueda construir un mundo habitable bajo la conducción de los monstruos, de los robots, de los chips o de los tubos de ensayo?

Un análisis sosegado acerca de las nuevas perspectivas de la conducta humana ante los nuevos desafíos de la ciencia y de la técnica se impone a aquellos que aún seguimos pensando en el valor y dignidad de cada persona, en el derecho esencial de los gérmenes de vida humana que hoy son manipulados al antojo de calculistas y aspirantes a magos que llenan los laboratorios, las clínicas y otros campos de experimentación sobre todo tipo de vida, sin excluir la humana.

Ante el vicio de los abortistas, de los pildoristas y de los cultores de la eutanasia, de los que ensayan con la clonación y otros experimentos "educativos" para la competencia, el éxito y el dominio de unos sobre otros, ciertamente que la moral como ciencia se vuelve loca precisando nuevos vicios y posibles nuevas virtudes.

Es posible preguntarse si ser santo o pecador hoy es más fácil o difícil que ayer. Si será posible seguir pensando que el que ejerce con prudencia y justicia en su profesión y el que actúa con fe y esperanza de futuro en lo trascendente y en el destino del hombre se sentirá plenamente realizado o será necesario explorar nuevos mundos de conducta virtuosa, que deban contemplar la convivencia mundial de pueblos, razas, religiones y culturas.

Es uno de los grandes problemas humanos que, me parece, la humanidad aún no se ha planteado en serio, pero que ya se empieza a barruntar desde muchos puntos del planeta. ¿Será considerado virtuoso por parte de muchos respetar la vida? O en virtud de la globalización, ¿estamos empezando a poner en duda las

virtudes de ayer? ¿Habrán que rehacer la moral, las buenas costumbres o vendrán con el tiempo nuevas buenas y malas costumbres que nos vengán a destruir nuestros andamios, tan seguros en el pasado y tan movedizos hoy?

Las virtudes y los vicios son los hábitos buenos y malos correspondientes a las acciones. Si el mundo hoy contempla muchas y novedosas acciones que culminan en caminos que finalmente terminarán en un determinado sentido, no hay duda que se están creando tanto virtudes como vicios nuevos. Es cosa de ir las advirtiendo, anotando y analizando. Tarea para educadores, para padres y para dirigentes de la comunidad.

VII. ¿PARA QUÉ SIRVEN LOS VIEJOS?

En una sociedad que casi todo lo valora en dinero, incluyendo en esto al tiempo, al espacio y hasta a las mismas personas no sería extraño encontrarse con esta pregunta. ¿Para qué sirve un anciano? ¿Cuánto vale? ¿Cuánto estaríamos dispuestos a pagar por él o a gastar en él?

Es este un modo de pensar o sentir que si bien no se expresa en las palabras, está presente en parte de nuestra sociedad, sobre todo en la occidental, en la que nos toca en suerte o desgracia vivir. Algunos afirman que en el Oriente los viejos todavía tienen una cierta esperanza de consideración, aunque a juzgar por la creciente globalización cultural, bien podría tener los días contados.

Desde una perspectiva menos deprimente y afortunadamente presente en nuestro medio, muchos viejos cuentan con el afecto sincero de su familia, y por lo mismo su valoración es distinta. El viejo o la vieja pasan por ser puntales de referencia de la propia historia, archivos vivientes de la vida tribal, inagotable recurso de anécdotas, de vivencias y de sabiduría, refugio seguro de la conciencia moral de la gente joven y fiel apoyo de los hombres y mujeres de edad madura.

La persona que no ha sido aún anestesiada con el relativismo moral o el materialismo absolutista, que es lo mismo que el pragmatismo, seguirá dando a sus viejos un valor de humanidad que está muy cerca del valor cristiano de la dignidad plena del humano, por el solo hecho de serlo, sin tener en cuenta su tiempo, ni su condición física, económica, cultural o social.

Más allá de la actitud compasiva, misericordiosa y tolerante que llegan a manifestar algunos frente a sus viejos, es preciso reivindicar el rol irremplazable que estos cumplen no sólo en el hogar, sino que también en la empresa y en la vida cultural y cívica en la que viven insertos.

El hogar familiar es y seguirá siendo el taller de la persona, la escuela de las virtudes cívicas y la Iglesia doméstica –en la feliz expresión del Papa Juan Pablo II–, y como tal requiere para su feliz desarrollo que convivan los maestros con los oficiales y los aprendices. Hay una tarea insustituible en el cometido de la maduración intelectual y moral. Todo proceso educativo requiere de tiempos y espacios definidos, de maestros y oficiales avezados, de aprendices disciplinados que reciben órdenes, que consultan y que son corregidos en su desempeño.

El viejo contribuye a la maduración de la personalidad, directa e indirectamente, con su apoyo inteligente, comprensivo, así como con su fuerza emocional que ya ha superado las etapas de la urgencia o el de la rigidez legal. En cierto sentido, la presencia del anciano recuerda al joven y al adulto su futuro y por lo mismo le

hace sentir el realismo de un vigor que no es permanente, que hay que cuidar. La presencia del viejo es un mensaje subliminal de la moderación en los hábitos de pensar, de expresarse y de comportarse. El ejercicio de las virtudes sobre todo de las primeras –la prudencia y la justicia– son fácilmente manifiestas en la personalidad de los viejos, que han tenido la gracia de superar tanto las adversidades de la vida como los momentos de éxito y por consiguiente de gozo.

El viejo, que se asimila al sabio, es, asimismo, una persona inclinada a la justicia frente a los hechos internos y externos que la familia deba enfrentar. El que ha aprendido a resistir bien las dificultades y que no se ha quedado petrificado en sus momentos de gloria, es el mejor consejero para quienes aún afrontan las dificultades y que se ven tentados por los éxitos pasajeros.

La presencia de los viejos es necesaria, no solamente porque se convierten en auxiliares útiles para padre y madre que trabajan fuera de la casa. Lo son también para los mismos padres, ya que ellos se encuentran en un proceso no concluido de educación de los hijos. Una visión contrastada, desapasionada y oportuna que puede venir de los ancianos, no solamente contribuye al bienestar de los hijos, sino también al de sus padres. El que esta presencia sea bajo el mismo techo –en el caso de una suficiente amplitud y respeto a la intimidad– o en visitas frecuentes al hogar es igualmente valiosa a la hora del balance benefactor de la presencia de los maestros en el taller de oficiales y aprendices.

La tarea esencial de los viejos tiene más que ver con el pasado que con el futuro, con los valores y virtudes que con el ejercicio de la rutina de cada día. Al viejo se acude para conocer la raíz de las cosas, el por qué de los males o la adivinación de los bienes. Son los ancianos, al interior de la familia, como la biblioteca viviente, el archivo de la historia particular y también general de la familia. Ellos se encargan de dar el sentido del apellido, que es el nombre común, el colectivo inconsciente del grupo.

También hay que resaltar el papel que cumplen los viejos en la empresa, en el trabajo organizado, formal y rutinario de cada día. Los japoneses tienen, como pueblo, una experiencia que puede iluminar nuestra reflexión sobre el tema. Un buen japonés muere trabajando. El día que deja de trabajar es para prepararse a la muerte. No encuentra sentido una vida sin trabajo y sin pertenencia a esa segunda familia que es la empresa.

En nuestro estilo occidental hemos consagrado la jubilación como el más ridículo de los júbilos que debiera sentir el que ha cumplido una edad absolutamente programada en los sesenta o sesenta y cinco, como si este número mágico se constituyera en la meta ansiada de toda una vida de servidumbre y sometimiento al condenado trabajo. Tema que está muy lejos de la verdadera concepción cristiana del hombre. Si fuéramos fieles al Creador, debiéramos pensar al igual que los japoneses, que el hombre es creado para crear, recrear, emprender y aplicar constantemente su mente, sus sentimientos y su espíritu a la naturaleza que habita. Transformarla es su tarea, desde los albores del Génesis y dominarla, poniéndola al servicio de Dios es la ocupación que llena al hombre de plenitud y gozo. “Creced y multiplicaos... Dominad la tierra” (Gn 1 y 2).

Creo que se está despertando de este letargo absurdo. El júbilo verdadero consiste en no jubilar, sino en trabajar de acuerdo a las posibilidades, con el cuerpo, la mente y el espíritu puestos en la construcción permanente del gran hogar del hombre, la tierra que habitamos.

El desplazamiento de los ancianos de la empresa moderna advino junto con la voracidad inhumana de la revolución industrial, que colocaba en la producción material la única meta concebible, la misma que estamos viendo desaparecer en la era de la informática y la comunicación instantánea, global, omnipresente. Hoy día la empresa se vuelve virtual, libre del espacio y tiempo, de los reglamentos de la cadena, armadura y del reloj control. Ciertamente que no es de este modo en todas las tareas, todavía, pero es indudable que hacia allá caminan la ciencia y la tecnología, catapultadas por la inteligencia de los chips y la velocidad de la comunicación.

Desde el hogar, desde el campo, desde una aeronave en vuelo se puede trabajar hoy para millares de empresas que ya no requieren la presencia física constante, sólo exigible en las siempre necesarias interacciones de presencia y figura. Tan eficiente puede ser hoy para la empresa una persona desde la mesa de su casa, con un computador a mano, conectado en línea a internet, como una eficiente secretaria que teclea y atiende el teléfono durante ocho horas cada día en un recinto llamado oficina.

Es aquí donde resulta más contradictoria la prescindencia de los hombres y mujeres experimentados, sabios y prudentes, que han llegado a la cúspide preprogramada de los sesenta o sesenta y cinco años de vida. ¿Cuánta inteligencia desechada antes de tiempo? Un hombre o mujer ancianos, con la mente lúcida y el entusiasmo radiante son los mejores seguros de la prosperidad y competitividad de las empresas. Esto que es evidente a todas luces en el amplio mundo de los negocios, es aún más certero en el mundo de la empresa educativa, en la empresa de salud, en la empresa de los servicios de cultura y de política en general.

En conclusión, se puede esperar un mundo de nuevas posibilidades para los ancianos, al contrario de lo que algunos malos augures habían preconizado en la época de la revolución industrial o en las revoluciones totalitarias tanto nazi como marxista. Lejos de la gloria apetecible de la eterna juventud, que es una utopía incumplible por la realidad objetiva del hombre, es el espíritu del hombre y no su cuerpo el que una vez más viene a prevalecer. No es la hora de proclamar ninguna victoria de los viejos sobre los jóvenes, que sería tan ridícula como la anunciada victoria del feminismo sobre el machismo, sino simplemente la victoria de la racionalidad, de la sensibilidad, de la espiritualidad y trascendencia del ser humano.

JESÚS GINÉS ORTEGA*

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

LA MUERTE DEL EX PRESIDENTE PINOCHET

Que nuestras primeras palabras sean, como lo habría querido Jaime Guzmán, para elevar una oración por el eterno descanso del General Augusto Pinochet y para llevar palabras de consuelo y amistad a su familia. Que la paz de Dios, que su justicia y misericordia descendan sobre su alma, sobre sus deudos y sobre todo Chile.

Comienza a cerrarse un capítulo más de nuestra historia reciente. Un capítulo que, con sus luces y sombras, hablará a las futuras generaciones de lo que fue el convulsionado siglo XX. Las imágenes del último domingo (10.12.2006) son un elocuente reflejo de las lamentables consecuencias que generó una ideología plagada de odio y desprecio por el hombre. La violencia de algunos manifestantes y el festejo irracional de otros por la muerte de una persona son la muestra más evidente de la inhumanidad e indignidad de una ideología que sembró la muerte y la esclavitud materialista en todo el mundo en pasadas décadas.

En la lucha universal contra esa ideología, el General Augusto Pinochet y el Gobierno Militar que presidió jugaron un papel relevante no sólo en esta tierra, sino en el mundo entero. El 11 de septiembre de 1973, impulsado por el clamor de los chilenos, demostró al mundo la posibilidad de derrotar al marxismo y fue el comienzo del fin para los socialismos reales. Este hecho, indiscutible, pervivirá en la conciencia colectiva de la humanidad más allá de los odios, más allá de los errores y más allá del revanchismo de la hora presente.

Por otra parte, el Gobierno del General Pinochet, inaugurado en el dolor por el quiebre profundo de nuestra convivencia, causado por el desprecio que la Unidad Popular mostró por la libertad y la democracia, merece ser recordado, también, por lo que significó en la transformación de nuestra patria. En efecto, el Gobierno Militar pudo haber escogido, como tantos otros en la historia, perpetuarse en el poder hasta el debilitamiento intelectual y físico de sus líderes. Asimismo, pudo haber sido un simple interregno de administración en medio de una democracia agotada y carente de ideas para el desarrollo del país.

Sin embargo, nada de esto ocurrió. Por el contrario, el General Pinochet, junto a los otros Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, tuvieron la visión necesaria y el coraje indispensable para impulsar los cambios políticos, económicos y sociales que han permitido a Chile gozar de una democracia y un desarrollo económico estable y prestigiado en el mundo entero. Fue, gracias al Gobierno Militar, que Chile encontró el camino para dar oportunidades y prosperidad a toda su gente.

Este camino, en sus líneas gruesas, fue diseñado institucionalmente en la Constitución vigente, lo que significó, en un hecho inédito, que un Gobierno Militar se impusiera límites, metas y plazos. El General Pinochet, también en un hecho sin precedentes, cumplió a cabalidad con todos ellos, entregando el mando del país a un gobierno civil de oposición a su gestión, surgido de la voluntad soberana, con una nueva democracia y una economía sólida. Este hecho, también indiscutible, pervivirá en la conciencia colectiva de los chilenos más allá de los odios, más allá de los errores y más allá de la mezquindad de la hora presente.

Durante estos días, los opositores al Gobierno Militar y al General Pinochet exhibirán, sin contemplaciones, los errores que se cometieron. Exhibirán, sin autocrítica alguna, hechos graves, moralmente reprochables. Pero lo harán, sin contexto alguno, sin matices, sin decir cuáles eran las alternativas posibles, sin mostrar el caos reinante, esgrimiendo verdades parciales e interesadas y atribuyendo responsabilidades sin mayores pruebas. En fin, sin explicar nada, intentarán manchar el nombre del General Pinochet para mermar su triunfo sobre la ideología marxista y su liderazgo en la transformación del país. Sin embargo, en esta hora de recuentos, cuando lo que se analiza es el continuo de una vida, no es ético ni justo olvidar el aporte inmenso que significó para Chile su obra.

Augusto Pinochet, Presidente de la República, Defensor de la Patria, descansa en paz.

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ I.*

*Director Ejecutivo. Fundación Jaime Guzmán E.

TESTIMONIOS FUERTES

I. ¿PARIA O RESERVISTA?

Los que verdaderamente quedan perplejos ante un pinochetista no son los marxistas duros; estos conocen bien a su enemigo y no les sorprende nada después de 33 años. Los que verdaderamente quedan descolocados ante los defensores de la obra del Gobierno militar, son los liberales de todas las corrientes.

Muchos de ellos gritaron libertad ese 11 de septiembre de 1973, se abrazaron y tomaron algún brebaje guardado para esa ocasión anhelada. Otros, suspiraron aliviados, se rascaron la cabeza y desde su permanente ideologismo comentaron en privado: cuidado, esto puede ser largo, esto puede ser duro. Obviamente no lo dijeron en público: había que estar con la corriente. Eran liberales, no tontos.

Hoy, unos y otros liberales piensan igual: un pinochetista es para ellos mitad paria y mitad bofetada. Sin duda habrán visto por la TV con un whisky en la mano a los esforzados seguidores del Presidente Pinochet hacer vigiliias, rezar por su salud y gritar consignas a favor del acosado estadista. Frente a las pantallas, con seguridad habrán exclamado: ¡qué gente!, distanciándose aún más de esos especímenes retrógrados e insolentes, que aún tienen la valentía de presentarse coherentemente en público. Por supuesto algunos liberales, senadores ellos, han declarado que cuando corresponda no asistirán al funeral. ¿Y quién los invitó?

Un pinochetista es efectivamente una bofetada ante la faz de cada liberal.

Estima el adherente leal al Gobierno militar que ese día once Chile escogió la libertad (por eso titulamos así una obra sobre la Presidencia de Pinochet), que el camino iba a ser largo y duro, pero que no había otra forma de recorrerlo para salvar a Chile. Y sigue pensando así, validando la titánica tarea de salvación y reconstrucción. No oculta el pinochetista su desazón por actos lesivos a la dignidad humana que hayan podido realizar algunos agentes del Estado actuando a título personal. Los coloca en su contexto, guerra contra la subversión, y espera una justicia efectiva, que hasta ahora no ha llegado.

Defiende el partidario del Gobierno militar a sus Fuerzas Armadas, gestoras principales de esa liberación. Las mira en más, las venera, agradece a sus representantes, partiendo por Pinochet y Merino, la grandeza con que llevaron sus uniformes en un nuevo campo de batalla, el más ingrato y difícil por la sordidez del enemigo.

No olvida el pinochetista que en esos 16 años y medio la cultura y la moral fueron cauteladas y promovidas en sus dimensiones correctas, que siempre se defendió el orden natural de la vida, la familia y la libertad de enseñanza, que nunca se persiguió a religión alguna, que no hay nada de qué pedir perdón en esos campos y sí mucha gratitud eclesíástica hacia esos gobernantes, que aún está pendiente.

Todo esto es obviamente una bofetada para el liberal, aliancista o concertacionista.

Y como el mentado pluralismo de estos individuos no existe más que para ellos, el pinochetista es mirado también como un paria, como un descastado de la

modernidad, como un detractor de la democracia ilimitada, como un defensor fundamentalista de lo natural, como un desubicado respecto de los buenos chicos de la izquierda marxista.

¿Paría por eso? Más bien, auténtica reserva moral.

II. LAS DOS MANOS LLENAS

Desde el 11 de septiembre de 1973 y hasta ayer día 10 de diciembre de 2006 se han contado 33 años y pocos días. El período muestra la misteriosa paridad de dos porciones de dieciséis años y medio cada una. Augusto Pinochet Ugarte sirvió a su país la primera mitad de ese tercio de siglo desde el poder y, la otra mitad, lo sirvió desde el dolor.

A nadie se le ha dado privilegio igual en la Historia de Chile; nadie ha podido en nuestra Patria irse de este mundo a encontrarse con el juicio de Dios con ambas manos, la de las realizaciones y la de la purificación, tan llenas de logros.

Augusto Pinochet fue el Presidente del siglo XX. Asumió el poder sin buscarlo y en las peores condiciones posibles lo ejerció en las más difíciles circunstancias, lo conservó contra toda amenaza para darle seguridad a Chile y lo entregó oportunamente, en perfecto cumplimiento de sus propias promesas.

El Presidente Pinochet, de la mano de las Fuerzas Armadas y con el apoyo leal de sus colaboradores civiles, ganó una guerra y evitó dos. Le ganó a Brehznev, a Castro y a Guevara (muerto y todo, cuánto influía y cuánto sigue pesando con su odio), al MIR, al PC y al PS, a todos juntos. Le ganó a la inflación, a la miseria, al estatismo, a la mortalidad infantil, a la inseguridad en las calles y en el trabajo. Y, con la misma prudencia, evitó dos veces que naciones hermanas perfectamente conscientes de la precariedad de nuestra situación interna aprovecharan esos momentos para mutilarnos.

Pero, ah los derechos humanos. Ya está bien de retórica repetitiva: hablemos claro y fuerte sobre el tema, definamos posiciones a fondo. ¿Ha habido alguien que los haya defendido más extensamente y con más provecho en la Historia de Chile? ¿Ha existido otro Presidente que pueda decir que ganó una guerra terrible con menos de 3 mil muertos y evitó otras dos, que pudieron costar cientos de miles? ¿Los 16 millones de chilenos que hemos podido vivir sin el marxismo de 40 años que nos esperaba, seremos algún día conscientes de que era imposible darnos esa libertad sin ganar una guerra? ¿Y los miles y miles de nacidos que lograron sobrevivir gracias al agua potable y al alcantarillado, a la protección de la maternidad y a la correcta nutrición? ¿Esos, no son acaso humanos que han podido ejercer su derecho fundamental a la vida gracias a Pinochet?

Búlgaros, húngaros, camboyanos, rusos, polacos, alemanes orientales, cubanos, angoleños, vietnamitas, norcoreanos, chinos, albanos, rumanos, checos, ucranianos, eslovacos, yugoslavos, lituanos, estonios, letones, mozambicanos, pueblos todos de la periferia de la URSS y tantas otras naciones subyugadas por el marxismo: Cuánto anhelasteis, quizás sin saber que existía, por alguien como Augusto Pinochet Ugarte.

La otra mano, la que se ha ido llena de la purificación por el dolor, ha tenido que ser aún más fuerte. Nadie ha recibido más odio en el mundo entero durante 33 años que Augusto Pinochet, en especial en los últimos 16 y medio, porque

quien odia teme al poder y se goza en la debilidad de su víctima. Pero todo lo que ese odio ha cargado mortalmente en el corazón de quienes lo han usado es polvo de oro en la mano que lo recoge con mansedumbre.

Y así vivió el Presidente Pinochet esta segunda mitad de su servicio a Chile: consciente siempre de que el dolor era purificación de sus faltas y un nuevo y misterioso aporte a la Patria. Acosado y siempre sereno; perseguido y siempre tranquilo; nunca humillado, nunca denigrado, siempre enaltecido en su dolor.

Que ese sufrimiento hoy trasladado a su familia, a sus colaboradores y a millones de admiradores en Chile y en el mundo entero se convierta ahora en músculo y cerebro de nuevos servicios a la Patria y a sus gentes. Sin odio, con mansedumbre y generosidad. Es un compromiso de honor para decir también con nuestras vidas: misión cumplida, como la suya Presidente.

Augusto Pinochet Ugarte, Presidente de Chile, Comandante en Jefe del Ejército, sirvió a su Patria con el poder y con el dolor.

III. SIEMBRA DE TEMPESTADES

No vientos, tempestades es lo que han sembrado; y huracanes están cosechando.

Desde sus inicios en 1990, y con una aceleración continua, la Concertación y su aparato cultural-comunicacional han sembrado todos los descriterios que hoy se comienzan a expresar en la cosecha de la extensa devastación que recorre Chile.

En la tarea pública, todo funcionario estatal le oyó decir a ministros de Estado que “las leyes son el mínimo común denominador de acuerdo, de legitimidad y aceptabilidad ética en la sociedad,” que “no hay otra ética,” que “la frontera entre lo bueno y lo malo en un Estado de Derecho es si se cumple o no la ley,” que “la ética, en lo social, se expresa en la ley, que regula la forma de vivir en sociedad.” Listo, los funcionarios entendieron rápido: hay que estudiar la ley, ver cómo se la manipula y confiar en que esa misma ley no será nunca utilizada en su contra por juez alguno. A recortar, a coimear.

En la prevención y control del delito, los criminales se encandilaron con las buenas noticias: rebajas de penas, protección máxima para sus supuestos derechos, reformas procesales para darles plenas garantías, limitación de las atribuciones policiales. Todos los días los vemos en la calle y en nuestras casas y oficinas, instalados los perlitas, mientras por los tribunales y cárceles sólo pasan un rato breve, como de visita. A robar, a matar.

En las comunicaciones, un conocido Decano y Vicerrector, que ahora va a ser Rector designado, ha insistido por años que no corresponde formar a los periodistas para decir la verdad, sino que conviene que “se enseñe que se trata sólo de no mentir deliberadamente y de buscar informaciones plausibles”. Entonces, en consecuencia, hasta con siniestras acusaciones de pedofilia o con nueve toneladas de oro pueden cargar las conciencias desgastadas de periodistas, conductores y editores de medios de prensa. Ni Canal 13 se salvó en su momento de la cosecha de huracanes. A mentir, a engañar.

En la familia, diputados de un partido cristiano presentaron un proyecto de divorcio y se gozaron junto a los anticristianos de su final aprobación, con un

contenido mucho peor que el original. Y una ministra de Salud se entrometió en la intimidad familiar y sigue intentando romper todo vínculo entre padres e hijos. La mitad de los niños chilenos nacen fuera del matrimonio, enormes porcentajes de compatriotas sólo pueden imaginarse lo que es una familia normal, pero intentan convalidar por familia la precaria realidad en que viven, aquella que han generado incentivados por el todo vale. A explorar, a recauchar.

A los jóvenes secundarios, decía un Seremi de Educación, se les venía preparando por años, desde el mismo Gobierno, para que hicieran sus demandas de cambio educativo. Y se fueron con todo: arrasaron con un ministro, abrieron cauces a protestas sociales virulentas, generaron dirigentes potencialmente explosivos, colocaron a la Presidenta en arenas movedizas, de las que tratará de salir al recibir el Informe. A protestar, a capear, a demoler.

En el Arte se han inyectado miles de millones que han dado hasta ahora uno que otro fruto podrido; espérense nomás cómo va a ser a futuro. Y, por cierto, los subversivos de toda América encuentran ambiente propicio para reunirse en Chile: entran y salen como Che por su selva. Espérense nomás cómo va a venir la mano.

¿Entenderán algunos pusilánimes que aún van quedando en la Alianza que se puede y se debe hacer otra siembra, la del grano de trigo, la que exige convicciones, perseverancia y valentía, pero que da mucho fruto?

IV. QUÉ BUENAS NOTICIAS

Las buenas noticias se reciben con gratitud, con afán de reflexión y con ánimo de continuidad; y si se refieren a la vida humana, se reciben también con especial reverencia.

62 diputados han firmado la declaración constitutiva del Frente Parlamentario por la Vida. Pertenecen a partidos tan disímiles como el PRSD y la UDI, junto a miembros de las bancadas RN y DC. (Obviamente no firmaron un solo PS, ni un solo PPD y, obviamente también, la DC se fracturó una vez más ante lo fundamental). Seguros de su postura, los firmantes se han dejado fotografiar y filmar reiteradamente, para demostrar que están vivos en esta lucha por la dignidad humana.

61 diputados, ayer mismo, rechazaron la posibilidad de considerar admisible a discusión el proyecto de asesinato de niños en el vientre materno, promovido por el diputado Enríquez-Ominami (Qué herencia la del MIR).

La gratitud para todos los que coordinaron, en especial a José Antonio Kast, y muy fundamentalmente para Benjamín Correa, el Secretario Nacional de estos chilenos (¿recuerda esa columna reciente en que se proponía la constitución de una instancia coordinadora bajo ese nombre?). Gratitud para todos los firmantes, manifestada ya en más de 5 mil adhesiones recibidas en el muevetechile.org. Es que a los diputados se les reconoce que han recogido certeramente la magnífica sentencia de Octavio Paz: “La política es un nudo entre las fuerzas impersonales –o más exactamente transpersonales– y las personas humanas; haber olvidado al hombre concreto fue el gran pecado de las ideologías políticas de los siglos XIX y XX”.

Afán de reflexión, después de la gratitud. Reflexión más certera sobre la persona humana concreta. Ranke afirmaba que todas las épocas se encuentran a la

misma distancia de la eternidad, de Dios. Lo mismo pasa, obviamente, con cada persona. ¿Quién tiene derecho a tomar la decisión de que otros nunca puedan tomar decisiones (nacer) por el simple hecho de haber llegado antes que ellos a la existencia? ¿No estamos acaso todos a la misma distancia de la eternidad, de Dios? ¿Y quién se considera capacitado y bien formado como para decidir que otro tiene discapacidad o malformaciones inhabilitantes? ¿El perfecto de Enríquez-Ominami, el bello, joven, sabio, culto, sano y pleno diputado de un simple distrito de un pequeño país austral? ¿Y quién puede asegurar que sobre todos los traumas de la violación, no se causa uno nuevo y mayor, el más espantoso, el de haber violado una nueva vida, real, existente? (de lo contrario no haría falta intervención alguna en su contra). ¿Puede alguien contradecir a Darío Paya cuando afirma que no hay mejor ataque al aborto que argumentar que no se cura un trauma con otro?

Y ánimo de continuidad. Porque estas tareas de coordinación están recién comenzando. Todos los grupos que defienden la vida, la familia, el matrimonio, la libre enseñanza, la libertad religiosa y los restantes bienes fundamentales van a ir comprobando cuánto más se puede hacer si padres de familia, políticos, comunicadores, profesores universitarios, pastores, artistas, jóvenes, líderes sociales e intelectuales, se coordinan bien. Los próximos desafíos ya están a la vista: este sábado en Los Ángeles y el sábado 16 de diciembre la gran manifestación por la vida en Santiago.

Y, más allá de todo lo anterior, corresponde una actitud de reverencia por esta tarea; porque como es para la gloria de Dios y por la dignidad humana, toda nueva ayuda es bienvenida e imprescindible.

V. VAMOS TOPANDO FONDO

Después de no tener contacto alguno con Chile durante tres semanas, al volver a nuestra realidad se topa el autor con un tema central, que está en el fondo de la vida humana.

¿La corrupción? ¿Las atribuciones de la ministra vs. el Tribunal Constitucional? ¿Socialismo o progresismo en Iberoamérica? No. Se trata de algo mucho más profundo y decisivo, aunque presente en todas esas cuestiones; se trata de la conciencia.

La conciencia, esa valvulita de seguridad que está colocada por allá por la cota 27, a 33 grados de latitud sur y 27 de longitud este (¿se dirá así?) en las profundidades de la persona humana.

Un ex presidente declara que en conciencia no cree que en su gobierno haya habido corrupción; la ministra pildorista invoca la conciencia de las jóvenes adolescentes para acudir si lo desean a un producto químico seguramente abortista; los defensores del socialismo iberoamericano que conquista gobiernos en la región hablan de una nueva conciencia popular (con Chávez de altavoz).

Vaya, cuánto protagonismo toma la conciencia. Y, al mismo tiempo, qué poco se sabe de ella.

Por años se le ha insistido a los jóvenes chilenos –y algunos son ya cuarentones y ahora le repiten la monserga a sus hijos quinceañeros– que lo importante es actuar en conciencia y no dejarse avasallar por la cuádruple T: las taras, las trancas, los tabúes y los traumas. Bonita combinación semántica. Se invoca a una

diosa misteriosa, la conciencia y, al mismo tiempo, se la libera de toda referencia a normas y criterios establecidos de antemano. Vive como se te frunza, pero invocando tu conciencia.

Pero ¿de qué puede servir un instrumento que, se supone, debe ser una válvula de seguridad, si se lo priva de toda programación y mantención? Porque eso es lo que pasa con la conciencia cuando se le dice a la gente que ella en sí misma es la norma suprema y que ninguna moralidad la debe informar o controlar. Lo que se le está diciendo a las personas es simplemente esto: desconecte la alarma, no pague más por el servicio de alerta temprana, confíe en su olfato y no en sus mecanismos tecnológicos en red. Y cuando le vaya mal, alegue que por lo menos está tranquilo porque actuó en conciencia. Vaya falacia.

La conciencia es efectivamente un instrumento tecnológico muy avanzado, de última generación, definitivamente puesto al día, siempre que la tarjeta de programación esté bien colocada y la mantención se haga continuamente. Hay que formar la conciencia; de ahí la importancia que los desconcienciados le dan a toda la pedagogía de la espontaneidad.

Por eso, cuando algunos de estos personajes públicos metidos hasta las caderas en el cieno de la corrupción declaran no arrepentirse de nada y afirman que vivirán del mismo modo su segunda vida, la única conclusión válida es: ya no les funciona la conciencia; aunque la invoquen, están con encefalograma plano. Un día, por allá por el año ochentaitantos, desconectaron.

Una tarea urgente para los educadores de Chile, pensando en los actores públicos de los próximos 20 años: formar las conciencias, explicar las normas que le permiten actuar, enseñar a reconocer sus dictámenes y a seguirlos. Si no, el tumor seguirá creciendo.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ*

*Historiador. Profesor de Historia del Derecho y Director del Depto. de Filosofía e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

HUNGRÍA EJEMPLAR

La tarde del 4 de noviembre de 1956 las radios captaron este dramático mensaje en algunos territorios libres de Europa:

“Pueblos civilizados del mundo, oigan esto y vengan en nuestra ayuda, no con declaraciones, sino con fuerza, con soldados y con armas; recuerden que no se puede detener de otra manera esta salvaje agresión del Bolcheviquismo. Vuestro turno llegará también una vez que nosotros hayamos perecido. ¡Salven nuestras almas! ¡Salven nuestras almas! Pueblos de Europa, a quienes hemos ayudado por siglos a detener los ataques de los bárbaros, oigan las campanas de Hungría anunciando el desastre. Pueblos civilizados del mundo, les imploramos nos ayuden en nombre de la justicia, de la libertad, del principio moral de la solidaridad activa. Nuestro barco se hunde. La luz se acaba, las tinieblas se hacen más densas a cada hora sobre la tierra de Hungría. Oigan este grito, pueblos civilizados del mundo y actúen; extiendan hasta nosotros su mano fraternal. ¡S.O.S.! ¡S.O.S.! Que Dios esté con ustedes.”

Sólo unos pocos días antes, el 23 de octubre, estudiantes, trabajadores y soldados húngaros se habían levantado contra la ocupación soviética de su país. Pero ese 4 de noviembre, después de apenas tres días de libertad completa, el Ejército Rojo había contraatacado Budapest con 20 divisiones y 5 mil tanques. Hasta el día 11 lograron resistir los patriotas, pero a mediados de noviembre la capital de Hungría se convertía de nuevo en un feudo comunista y comenzaba la deportación a Siberia para miles de jóvenes húngaros que habían combatido hasta el final. Nagy y Maleter, los líderes de un alzamiento que en un principio fue casi acéfalo, fueron fusilados por sus crímenes contra el Estado húngaro y el socialismo, anunció el Partido Comunista de Hungría. Ese mismo 1956, pocos meses antes, el secretario del PC chileno había estado en Moscú.

Han pasado ya 50 años y, claro, lógico, para nuestras conciencias resblandecidas por tanta complacencia, esos sucesos quedan lejos en el tiempo y en el espacio. Igual de lejos como está el genocidio camboyano de hace apenas 30 años, igual de lejos como percibimos los crímenes del castrismo en estos casi 48 años; igual de lejos, como está para algunos el intento totalitario de comunistas y socialistas chilenos entre 1970-3.

Memoria histórica, sensibilidad histórica, compromiso histórico: coordenadas imprescindibles de toda persona seria y leal.

Por eso, quienes conocen bien el Levantamiento Húngaro de 1956 están conscientes de que este aniversario redondo, 50 años, no puede pasar inadvertido. Una carta emplazándolos a reconocer sus complicidades será enviada a los partidos marxistas chilenos y a sus personeros más destacados del pasado y del presente; dos eventos públicos tendrán lugar con material fílmico inédito en universidades de Santiago; un homenaje a los miles de patriotas húngaros muertos en combate y asesinados después, se leerá en la Cámara de Diputados.

Todo en los mismos días en que otros llaman a pedir perdón porque nuestras FF.AA. y muchos civiles patriotas lograron derrotar al marxismo en Chile.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ

JOSEPH MINDSZENTY, MÁRTIR*

El Cardenal Primado de Hungría, falleció en Austria en 1975, proviene de una familia de modestos campesinos, es nombrado párroco de Zalaegerszeg a fines de la Primera Guerra Mundial.

Aún no se borraban las cicatrices de dicha guerra cuando las hordas rojas de Bela Khun llevaron el terror a Hungría. La voz de Mindszenty se levantó contra el comunismo apoyado por la Unión Soviética; así el humilde párroco conoció lo que sería su morada habitual en los próximos años: la cárcel. Con la caída de Bela Khun recupera su libertad.

Hacia 1944, como reconocimiento a su valiente actitud pastoral es designado Obispo de Vezprém. En esta época cambia su apellido paterno de origen germánico por el de Mindszenty tomado de su aldea natal. Se opuso a la ocupación de Hungría por las fuerzas del Eje. Al terminar la Segunda Guerra Mundial en 1945, Pío XII le asigna la Arquidiócesis de Esztergom, sede Primada, y en diciembre de ese mismo año lo nombra Cardenal. "La liberación de los soviéticos se tradujo en los más brutales horrores: violaciones, asesinatos, hogares saqueados y pronto, el hambre", solía decir.

El 1º de febrero de 1946 se proclama la República Popular de Hungría y con ella comienza la persecución religiosa. El Cardenal recorre toda su Patria llevando palabras de aliento, luego viaja a Roma, Canadá y EE.UU., denunciando a los soviéticos que eran los verdaderos dueños del país, pero los grandes centros del poder no se conmueven: la suerte de Hungría había sido determinada anteriormente.

Mindszenty se convierte en líder popular, en el símbolo del sentimiento popular, en el símbolo del sentimiento católico del pueblo húngaro, de su historia, de su Fe y de su tradición. El Cardenal es la encarnación de la verdadera y auténtica Hungría para su pueblo. Mindszenty, transformado en figura nacional, es arrestado por la policía bajo la acusación de "complotar contra el Estado": por casi diez años no verá la libertad.

En estas condiciones comienza el intento de "ablandamiento" del Cardenal de Hierro; para ello, vinieron expertos de URSS, y le aplicaron drogas, tratamiento de shock, las más increíbles vejaciones y abrumadores interrogatorios, etc. Su indomable espíritu empieza a sufrir las más refinadas y crueles técnicas biodinámicas: duró treinta y nueve días. El tres de febrero de 1949, con su salud seriamente resentida, bajo el cargo de "traición, espionaje, conspiración y especulación" fue llevado a juicio popular. Todo acabó en escasos seis días, al final de los cuales sus sentenciadores leyeron una "confesión espontánea"...

Naturalmente, su declaración fue preparada: ella "reconocía" todos los cargos imputados.

*En conmemoración de los 50 años del levantamiento de Hungría, contra la ex Unión Soviética, acaecido en octubre de 1956, que tuvo un costo de más de dos mil muertos y decenas de miles de exiliados, se recuerda en esta oportunidad a quien fuera la figura central de dicha epopeya libertaria, el Cardenal Joseph Mindszenty.

Fue condenado a prisión perpetua, trabajos forzados, confiscación de bienes y pérdida de derechos civiles. Aunque antes de entrar en prisión advirtió a sus Obispos: "Si yo hiciese una confesión en la cárcel, aunque la avalara mi firma, la declaro nula por anticipado", sólo así pudo triunfar sobre el enemigo.

Las potencias occidentales que poco antes se habían mostrado tan sensibles en el proceso de Núremberg, no se sintieron llamadas esta vez a intervenir. Tal era el precio que se pagaba por el reparto del mundo acordado cuatro años antes. Pío XII condenó este crimen contra Mindszenty excomulgando a quienes intervinieron en tan insólito proceso. Lejos estaba de suponerse la actitud conciliadora que el Vaticano asumiría décadas después con los carceleros del valiente Primado de Hungría.

El calvario del Cardenal se prolongó durante años. En octubre de 1956, el pueblo húngaro se alzó contra la tiranía comunista, pero la URSS, despreciando todo principio de "no intervención" y de "autodeterminación de los pueblos", eslóganes que ella misma elaborara para el consumo del mundo libre, ahoga la revolución el sangre.

La indiferencia de Occidente es nuevamente manifiesta asistiendo impasible al asesinato en masa de todo un pueblo.

El Cardenal Mindszenty, con sus 64 años, buscó refugio en la Embajada de USA, pero esta vez lo esperaban quince años de "cautiverio".

Esta situación molestaba visiblemente al gobierno comunista que quería expulsarlo del territorio húngaro; por su parte, el Cardenal se negaba a abandonar Hungría, su pueblo y su Sede Episcopal. Sin embargo, a sus espaldas, el 15 de septiembre de 1964, la Santa Sede, mediante los oficios de Mons. Bank, firma un vergonzoso acuerdo, mediante el cual los futuros obispos húngaros le debían obligación al Estado comunista, y no al Primado de Hungría. Así lo expresa Mindszenty en sus memorias: "La Iglesia de Hungría quedó bajo el control de una administración eclesiástica totalmente sometida al régimen comunista".

En 1971, y en virtud de ese acuerdo, el Cardenal Mindszenty es obligado por Paulo VI a dejar su amada Hungría; rumbo a Roma es puesto en libertad pero a cambio es también obligado a quedar en silencio para no "entorpecer" las buenas relaciones Vaticano-Budapest. Pero Mindszenty, una vez más, no calló.

El gobierno comunista protestó y el Vaticano paradójicamente se convirtió en el principal verdugo del Cardenal: así censuró su Homilía del 13 de octubre de 1973, pronunciada en Fátima donde alertaba al mundo sobre la espantosa situación de la Iglesia húngara. Luego la publicación de sus "Memorias" fue repetidamente aplazada.

Lo increíble viene en noviembre de 1973 cuando el Vaticano le solicita que renuncie a su calidad de Primado de Hungría, lo cual rechaza; en noviembre de 1973 es el propio Paulo VI quien solicita su renuncia.

Mindszenty representa por escrito al Papa la total inconveniencia de tal renuncia y el peligro de que el próximo Primado de Hungría fuera elegido con la anuencia del régimen comunista, lo cual efectivamente ocurrió de acuerdo a los términos del acuerdo logrado en 1964.

Todo fue inútil, el día 15 de febrero de 1974, a los exactos veinticinco años del cruel proceso de Budapest, Paulo VI comunica al Cardenal Joseph Mindszenty que el cargo de Primado de la Iglesia de Hungría ha sido declarado vacante y desierto.

Simultáneamente, y confirmando los temores del Cardenal, se nombró como nuevo Primado a Monseñor Bank, el mismo que firmara el ignominioso acuerdo de 1964. Así ya no hubo problemas entre el Vaticano y Budapest.

La vida de Joseph Mindszenty constituye un patético testimonio contemporáneo de las atrocidades cometidas por los soviéticos para concretar sus planes de dominación mundial, de entonces, como asimismo la lucha por los ideales y la Fe que demostró el valeroso Primado de Hungría, que son un ejemplo siempre vigente.

MARCELO ELISSALDE MARTEL*

*Abogado. Profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS: ASPECTOS DE DERECHO, ECONOMÍA Y POLÍTICAS PÚBLICAS*

1. PRESENTACIÓN

Antes que todo, quisiera agradecer a la Casa Central de la Universidad Santo Tomás, a sus autoridades académicas y en especial al queridísimo amigo y profesor Jesús Ginés por haberme invitado a participar y asignarme el privilegio inmerecido de integrar este panel de tan destacados y renombrados expositores, como es el caso de Paulina Villagrán, el doctor Patricio Ventura y la profesora Lucila Sendic. Reitero la convicción que se trata de un honor inmerecido, pero al cual trataré de responder con una modestísima reflexión sobre el tema que hoy nos convoca, desde la óptica del Derecho y la Economía, y su influencia en las Políticas Públicas debatidas durante los últimos días en torno a la problemática de la denominada “píldora del día después”.

2. VISIÓN GENERAL DE LAW & ECONOMICS

Es probable que quizás muchos de los aquí presentes sabrán que la Economía ha influido progresivamente en el Derecho como ciencia durante los últimos 40 años. Precisamente hace cuatro décadas, a inicios de la década de 1960, un profesor fundaba en la Universidad de Chicago la primera *Journal of Law & Economics*. Su nombre es Ronald H. Coase, quien después, en 1991, obtuvo un Premio Nobel por su importante contribución al estudio conjunto de ambas disciplinas.

Esta tendencia de análisis conjunto de la Economía y del Derecho se denomina en el medio anglosajón *Law & Economics*, y en nuestro medio hispano, *Análisis Económico del Derecho*. A grandes rasgos, esta área tiene por objeto el análisis económico de los efectos que producen las normas jurídicas. Es como alguien ha dicho, el Derecho visto por los economistas. Si invertimos la perspectiva, desde el punto de vista de los abogados, consistiría en aplicar criterios fundamentalmente microeconómicos a la proyección, impacto y evaluación de los efectos de las normas. Otra característica relevante de “*Law & Economics*” es que a través de su evolución ha permitido extender la aplicación de estas categorías microeconómicas hacia áreas que tradicionalmente no están referidas a ámbitos económicos. Por ejemplo, es lógico hacer análisis económico de temas financieros, tributarios contractuales, de inversión extranjera o de mercado de capitales. Pero... ¿qué pasa con otras áreas que estrictamente no evidencian esa naturaleza económica de los tópicos que antes mencionaba? Por ejemplo, la familia, el matrimonio, la criminalidad, o el ejercicio de la sexualidad. La respuesta puede encontrarse en

*Notas para la presentación en el Panel “Familia, Píldora y embarazo Juvenil”, Universidad Santo Tomás, martes 12 de septiembre de 2006.

la labor académica y en la figura de otro profesor de la Universidad de Chicago, Gary S. Becker, pues a partir de sus investigaciones sobre familia, criminalidad, matrimonio, fertilidad e inmigración el análisis económico del Derecho comenzó a abarcar estas áreas, requiriendo ciertamente un mayor grado de profundización y especialización, por cierto también en quienes pretenden aproximarse a estos temas. Esa labor académica del profesor Gary S. Becker es la que ha permitido establecer un vínculo entre la Economía, el Derecho y las áreas mencionadas. Famoso es su libro llamado “A Treatise on Family” (Harvard University Press, 1993) y sus estudios acerca de los efectos del divorcio en la pobreza, o bien su afirmación certera acerca de que “la baja en las tasas de natalidad es un freno para la innovación”. Por cierto que no es esta la instancia para profundizar en las características del Análisis Económico del Derecho, sino que exponer brevemente la opción de aplicar este método –el del Análisis Económico del Derecho– a una norma de carácter meramente reglamentario, dictada por el MINSAL chileno, denominada “Normas sobre Regulación de Fertilidad” y que hace algunos días ha provocado controversia permitiendo la entrega de un fármaco presuntamente abortivo a mujeres desde los 14 años sin la autorización de los padres. Para efectos de estructurar la exposición los temas serán: a) Regulación de la actividad sexual y reproductiva; b) Fundamentos económicos de la protección legal del no nacido; c) Mercado de los mecanismos de regulación de la fertilidad: ¿Libre competencia o monopolio de origen estatal?; d) Errores de la decisión contenida en la NRF; e) Ideas finales.

I. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

a) *Un autor liberal:* Para iniciar, quisiera señalar algunas palabras de un autor liberal de Law & Economics, el famoso juez norteamericano Richard Posner, quien en su obra más célebre “Economic Analysis of Law” (p. 135) afirma que el papel del derecho matrimonial, como parte integrante del Derecho de Familia tiende a encauzar la actividad sexual y procreativa. Luego, el análisis económico de la reglamentación del sexo es una extensión natural del análisis económico de la familia.

Vale decir, uno de los autores norteamericanos íconos del pensamiento liberal en el medio académico de los EE.UU. afirma que la reglamentación del sexo debe estar en el ámbito de la familia.

¿Con qué nos encontramos en Chile?: con una regulación de carácter administrativo y reglamentario, como es la “Normas sobre Regulación de Fertilidad” del MINSAL que niega y anula la participación de la familia en la decisión de consumir la píldora por parte de una adolescente de 14 años.

b) *¿Se justifica la regulación de la sexualidad por el Estado?:* Lógicamente, se justifica una regulación de carácter general, a través del Derecho de Familia –por una parte–, y también por el Derecho Penal por medio de la determinación de tipos penales que atentan contra el ejercicio de la sexualidad, como es la violación, los abusos deshonestos, ya sea contra una mujer o contra menores de edad.

Sin embargo, la discusión que se plantea es *hasta qué punto*, o con qué grado de intensidad el Estado puede regular o intervenir la actividad sexual (entendiendo

por ella la que se desenvuelve en el ámbito de la intimidad y privacidad, salvo cuando ella implique costos sociales, como infracciones al pudor, o lisa y llanamente signifique daños fisiológicos o psicológicos a terceros).

Vgr.: “Debe regularse el ámbito de la fertilidad de un matrimonio, por medio de la determinación de cuotas de hijos, multas a quienes las infrinjan”; vale decir, disculpando lo explícito de la afirmación: ¿Puede el Estado invadir la decisión privada que se adopte en cada alcoba familiar, aduciendo que esta intervención es un problema de política pública?

Sin pretender la desregulación absoluta de estas materias, creo que en Chile con la denominada “Normas sobre Regulación de Fertilidad” del MINSAL se ha llegado en estos días a una política de progresiva sustitución de la decisión privada por una decisión estatal, y ello no puede resultar indiferente en una sociedad libre.

Una breve digresión: El domingo pasado, un columnista habitual de los días domingo de un diario de circulación nacional –que permanentemente hace ostentación de liberalismo militante– reprochaba la supuesta “intervención” de la Iglesia y sus dignatarios a propósito de la decisión de la NRF. Yo me pregunto –si realmente el columnista fuese un auténtico liberal– si no sería coherente que quien rasga vestiduras por la intervención eclesiástica no lo hiciera también por la intervención del Estado, considerando que la primera es sólo un llamado a las conciencias y la segunda es una decisión normativa.

II. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL NO NACIDO

Me gustaría hacer una breve estructura de la fundamentación económica de la protección del no nacido, en especial en el caso de los llamados “embarazos no deseados”.

Veamos:

- a) *Sujetos*: Un hombre y una mujer, aptos para procrear, tienen un encuentro de carácter sexual del cual se genera un embarazo.
- b) En teoría económica, dos sujetos que interactúan buscan obtener un beneficio recíproco. Pero además de estos dos sujetos puede darse el caso que los efectos de esa relación afecten a terceros, tema conocido como “externalidades”.
- c) *Externalidades*: Hay tres o más partes involucradas: dos personas que interactúan y obtienen ganancias o beneficios del intercambio y otra persona que incurre en costos, debido a los efectos colaterales, pero que no recibe directa ni inmediatamente los beneficios de uno y dos.
- d) *¿Qué dicen los autores?*: Si existieran derechos de propiedad correctamente asignados, las partes que interactúan deberían compensar a aquellos que resultaren dañados y no sean parte.
- e) *¿Cómo se puede lograr esta compensación?*: Dice Coase que si los costos de transacción son bajos, se puede negociar esta compensación y llegar a un acuerdo. En este caso, el no nacido es el tercero afectado, y obviamente no puede negociar (los costos de negociación son muy altos, pues no se puede dar a entender). En consecuencia, al ser altos los costos de negociación, las regulaciones o las sentencias judiciales deben compensar esos costos, vale decir, mejorar la compensación que el mercado (la acción de los dos) no logró.

- f) De ahí se protege la vida del que está por nacer, *sea deseado o no*, pues tanto el primero o el segundo (deseado o no) no pueden negociar. Embarazo no deseado no puede significar “embarazo desprotegido”. La norma supone que por el solo hecho de ser no deseado significa “desechable”.

¿Qué pasa con las políticas públicas? No hay muchas dudas en torno a la idea de que los embarazos no deseados deben ser objeto de algún grado de políticas públicas. Más aun cuando la evidencia empírica revela que existe un mercado de agentes destinados a proteger al que está por nacer (Fundación Chile Unido, por ejemplo) y además por la existencia de sistemas de adopción. Lo lógico es que esas políticas incorporen la existencia de los mercados de protección del no nacido, o bien favorecer su generación, si es que el Estado no cuenta con los medios para hacerlo directamente, o bien aunque su opción ideológica le impida hacerlo.

III. MERCADO DE LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD: ¿LIBRE COMPETENCIA O MONOPOLIO DE ORIGEN ESTATAL?

1. ESTRUCTURA DEL MERCADO

Apliquemos ahora un símil de una estructura de mercado a los mecanismos de regulación de la fertilidad:

- a) En todo mercado hay oferentes y demandantes.
- b) ¿Quiénes participan en este mercado de regulación de la fertilidad?:
b.1. Demandantes de MRF: los ciudadanos.
b.2. Oferentes de MRF: Laboratorios; el Estado (intermediario, es una especie de trader de MRF).
- c) ¿Cuál es el bien transado en este mercado?: Los MRF, todos los cuales tienen un costo o un valor que normalmente debe asumir el usuario.
- d) Analicemos algunos:
D.1. *Abstinencia periódica*: Es un bien que se transa en el MRF, que puede ser empleado por cualquier persona de buena voluntad, independiente de si es creyente o no. ¿Cuál es el costo que debe asumir quien opta por él? El costo de sublimar la actividad sexual para no generar un nacimiento. Vale decir, controla eficazmente las externalidades (nacimientos). Tiende a evitar con mayor eficacia las ETS. Requiere asumir además un costo de formación y educación de la voluntad y dominio de sí mismo.
D.2. *Otros mecanismos*: Píldora, barreras mecánicas (DIU, preservativos), o químicas, limitación de cuotas de natalidad, esterilización masiva, aborto o infanticidio. En ellos, sobre todo en los últimos, hay un costo directo que debe asumir el particular o bien incentiva a la actuación del Estado mediante el subsidio, por ejemplo, en la entrega gratuita de algunos de ellos.
Al igual que cualquier mercado habrá que analizar dónde se colocan los incentivos correctos para optar por estos bienes.

2. ¿HAY LIBRE COMPETENCIA EN ESTE MERCADO?

La libre competencia, la simetría de información, la existencia de subsidios o la existencia de abusos de posición dominante resultan de suyo importantes a la hora

de analizar el funcionamiento de los mercados. ¿Es tan cierto que exista libertad en este mercado o ciertamente esta estructura tiene fallas (market failures) sobre todo a partir de la NRF del MINSAL)? Veamos.

2.1. Hemos visto que hay variadas alternativas de MRF. Lo mismo sostienen las autoridades redactoras (al parecer muy pocas) del Reglamento.

2.2. ¿Qué dice la norma? textualmente afirma: “Los menos recomendados son el diafragma, el coito interrumpido y la abstinencia periódica”. Y dice de esta última:

“Su práctica puede ser difícil de cumplir por los adolescentes... y la eficacia es baja”.

O sea, el regulador sanitario parte cuestionando la abstinencia diciendo que su eficacia es baja (quizás su ejercicio involucre costos, pero su eficacia es alta, obviamente).

Para ello, crea un privilegio en favor de la píldora, lo que equivale a subsidiar la oferta del fármaco. ¿Entrega el regulador sanitario el mismo subsidio a la abstinencia o a los MRF naturales? Por cierto que no.

¿Por qué entrega este privilegio? Porque el regulador se percató que el sexo seguro por la vía de anticonceptivos y condones no funciona. Pero con tozudez administrativa se insiste en mecanismos de la misma especie.

IV. ERRORES DE LA DECISIÓN CONTENIDA EN LA NRF

Me he permitido abusar del tiempo y tratar de señalar algunos errores de política pública que a mi modesto entender subyacen en la decisión administrativa llamada “Normas sobre Regulación de Fertilidad” del MINSAL:

1. *Crea una posición dominante a favor de los fabricantes del fármaco de emergencia:* En casos similares, la posición dominante o las mínimas evidencias de monopolio podrían provocar la intervención de organismos protectores de la libre competencia. Esta libre competencia repudia los subsidios, ayudas o propagandas estatales a bienes de producción privada.
2. Cuando la Norma otorga este privilegio a la anticoncepción de emergencia, *olvida el regulador que la píldora de emergencia tiene bienes sustitutos; v.gr.:*
 - 2.1. La decisión parental: Que los padres involucrados asuman el deber y obligación de mantener al no nacido. ¿Cómo se optimiza?: Fortaleciendo mecanismos de mediación pro paternidad o aumentando la eficacia del sistema de cobro de pensiones de alimentos. (Esto último, si bien no es determinante, es claro que la ineficacia en los cobros de pensiones de alimentos a la larga se transforma en incentivo para el incumplimiento).
 - 2.2. El sistema de adopción: Sistemas de adopción eficientes, profesionales y desburocratizados generan una nueva perspectiva para los embarazos no deseados.
 - 2.3. Abstinencia periódica: ¿Por qué el Estado, en vez de sobrerregular las decisiones de fertilidad de los privados no licita esos fondos para promover la abstinencia como se ha realizado en EE.UU. desde fines del período del

ex Presidente Bill Clinton? ¿Por qué no fomentar el programa Teen Star que se aplica en la comuna de San Bernardo con resultados de aproximadamente un 60% de disminución del embarazo adolescente, según las cifras que he podido conocer?

3. *La NRF desconoce la evidencia empírica internacional*: Fue generada sin discusión pública, con la participación de dos ONGs de una posición ideológica única, y además descartando estudios de importancia tales como el de PATON (2003) que analizó que la introducción de mecanismos de emergencia genera un aumento en la frecuencia de conductas (Risky acts) (a mayor difusión y entrega de anticoncepción de emergencia, mayor frecuencia de actos sexuales y aumento de la probabilidad de contagio de ETS... y además no disminuye el aborto). Esto se asemeja al estudio de Coase sobre el uso “air bags” y cinturones de seguridad en Estados Unidos.
4. *Fallas en el modelo de entrega de información*: Las leyes de protección al consumidor exigen la entrega de información suficiente, veraz y oportuna (art. 3, letra b) Ley 19.496) al consumidor y usuario, contemplando la figura de la publicidad engañosa (art. 28, por inducir a error o engaño sobre componentes del producto). Este tema de la información puede ser enfocado desde dos puntos de vista:
 - a) *Información incompleta y tendenciosa*: la NRF establece textualmente sobre la píldora de emergencia: “es una buena opción para casos de emergencia”. “Buena” quiere decir en el caso propuesto “eficiente”, pero además “sin eventualidad de daño o contraindicación”. Yo me pregunto: ¿Acaso el regulador sanitario no leyó la expresa advertencia del laboratorio Schering en su sitio web <http://www.schering.es/variados/vademecum/prospectos/P-Postinor-4.4a.pdf#search=%22postinor%22>, en la cual señala expresamente: “Postinor no está recomendado para su uso en niñas, ya que los datos disponibles para adolescentes menores de 16 años son muy limitados”. Esta afirmación del propio laboratorio no excluye la eventualidad de aborto. Cuidado: Cualquier sistema de responsabilidad civil contempla el supuesto de que quien genera la causa asume el efecto; no sea que a fuerza de recomendar oficialmente el Estado de Chile por la sola tozudez ideológica termine indemnizando los efectos abortivos y sus consecuencias adicionales.
 - b) *Información y consentimiento de los padres*: La NRF dice que “es la o el adolescente quien decide si hacerlo o no, y siempre debe recibir la información y apoyo para el manejo de posibles conflictos con su familia”.

Supuestos: 1. Decisión del adolescente; 2. Si hay oposición de la familia, entonces se presume su voluntad conflictiva y el Estado zanja el tema a favor de la anticoncepción de emergencia.

Pregunta: ¿Por qué entonces nuestro país se ha inundado –por cierto que en algunos casos con buen espíritu– de normas y regulaciones que tienden a resguardar la integridad física y psíquica de los niños y adolescentes? Se les protege de abusos de empresas comerciales; incluso de esas instituciones llamadas universidades, IP

y CFT que supuestamente los engañan (como deslizó hace algunas semanas una alta autoridad al querer ampliar el Recurso de Protección a la calidad educativa). Presupone la autoridad la inmadurez afectiva e intelectual del adolescente, y ahora, sorprendentemente y por casi por obra de ciencias ocultas, repentinamente los adolescentes para efectos reproductivos se encuentran habilitados, maduros y absolutamente informados para ingerir un fármaco de efectos abortivos no desvirtuados. O sea, la autoridad presupone en los adolescentes la asimetría de información en todas las materias, salvo la contracepción de emergencia, pues ahí tendría altos grados de ciencia infusa, superiores incluso a la evidencia empírica de Estados Unidos, España y Gran Bretaña.

V. IDEAS FINALES

1. La NRF es una regulación que plantea problemas de eficiencia, generando artificialmente un monopolio a favor de la píldora de emergencia, impidiendo que otras alternativas de RF, sostenidas por privados y ONGs Pro Life, se concreten.
2. La NRF incurre en un vicio denunciado por la ya clásica Teoría de la Captura (Stigler/Peltzmann) en el sentido de que la norma representa sólo los intereses de grupos con profunda concepción e ideología antinatalista. El regulador sanitario no sólo ha favorecido a estos grupos sino que también ha quedado capturado por ellos, lo cual le resta legitimidad a la resolución administrativa en cuestión.
3. La NRF se sustenta en un modelo de información insuficiente al usuario, pues desconoce abiertamente la evidencia empírica internacional, la advertencia de los propios laboratorios e introduce un factor distorsionador de la decisión familiar privada.

Claramente esto no es lo que Chile, las familias y sus hijos se merecen.

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ*

*Profesor de Derecho Económico y Análisis Económico del Derecho. Universidad Santo Tomás, Sede Viña del Mar. cmarmolejo@santotomas.cl

PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNAS INDICACIONES LEGISLATIVAS

El proyecto de ley que tiene por objeto crear una nueva Corte de Apelaciones en Santiago, que estaría dedicada sólo al conocimiento y fallo de causas civiles, para que así la actualmente existente se concentre en hacer lo propio respecto de las de naturaleza penal, contiene algunas indicaciones introducidas durante su tramitación en la Cámara de Diputados, y recientemente aprobadas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que se refieren, entre otras, a la fijación de horario de permanencia de los jueces y ministros en sus respectivos tribunales, la reducción de permisos institucionales y la limitación de la compatibilidad de la función judicial con las labores docentes.

En primer lugar, cabe puntualizar que, conforme lo previene el inciso primero del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, sólo serán admitidas las indicaciones parlamentarias que digan relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley respectivo.

A su turno, el inciso segundo de dicha norma preceptúa que no podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política.

En nuestro concepto, las indicaciones mencionadas son inadmisibles por dos órdenes de razones: primero, porque no dicen relación directa con el proyecto de creación de dicha Corte de Apelaciones; y en segundo lugar porque, como explicaremos, vulneran nuestra Carta Fundamental. En efecto, respecto de la indicación mencionada en primer término, el artículo 77 de la Constitución establece que 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, lo que se traduce en establecer la organización jerárquica de dichos tribunales, el número de ellos, su territorio jurisdiccional, así como la determinación de su competencia, señalando, además, las calidades que deben tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombrados ministros de Corte o jueces letrados.

De otro lado, la Constitución en su artículo 82 entrega a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, exceptuándose sólo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.

Por su parte, el artículo 96 numeral 4° del Código Orgánico de Tribunales, que hace las veces de Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial, concretando tal superintendencia de la Corte Suprema, prescribe que corresponde a ésta en pleno ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan, y en uso de tales facultades podrá determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales, *fijando los días y horas de trabajo en atención a las necesidades del servicio*. En virtud de tal facultad es que el máximo tribunal del país dictó el Auto Acordado de 29

de enero de 1999, que se encuentra vigente, y que regula la jornada de trabajo judicial. En él se indica que dicha jornada será de lunes a viernes, entre las 8 y las 16 horas; que la atención externa para abogados, procuradores, servicios auxiliares y público en general será de 8 a 14 horas. La obligación de asistencia de los jueces será de 9 a 14 horas, aumentando así el horario de 4 a 5 horas establecido en el inciso primero del artículo 312 del Código Orgánico de Tribunales, previsto para cuando hubiere retraso en el despacho de causas.

Respecto de los jueces de tribunales de juicio oral en lo penal y de juzgados de garantía, conforme lo dispone el artículo 312 bis de dicho Código, la obligación de asistencia a sus despachos es de 44 horas semanales, agregándose en el caso de estos últimos que debe establecerse un sistema o turno que permita la disponibilidad de un juez de garantía en la jurisdicción fuera del horario normal de atención de los tribunales.

En lo que respecta a las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, el Auto Acordado en referencia dispone que la vista de las causas se realizará de 9 a 13 horas, y la cuenta se dará en la hora siguiente; y en cuanto al horario presencial de Ministros y Jueces se complementará con el trabajo privado diario de estudio y redacción de resoluciones, que se efectúe fuera de las horas de audiencia, *sin límite de tiempo*, y en el lugar que se estime conveniente. Todo ello sin perjuicio de la labor que durante el día sábado cumplen los Tribunales, de acuerdo a la forma también regulada por la Excma. Corte Suprema.

En suma, estimamos que ha quedado claro que la fijación de horario para la labor de los tribunales que pertenecen al Poder Judicial corresponde, en *forma exclusiva y excluyente*, a la Excma. Corte Suprema, en ejercicio de la facultad de supervigilancia directiva y económica que la Constitución Política de la República le reconoce expresamente, por manera que la pretensión de efectuar tal regulación a través de una ley vulnera el principio de legalidad que informa la labor de los diversos órganos del Estado, que sólo pueden y deben actuar dentro del ámbito de su competencia preestablecido por nuestra Carta Fundamental, la que categóricamente prohíbe a cualquier magistratura, persona o grupo de personas atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Y la Excma. Corte Suprema, con sapiencia y realismo, ha señalado que el estudio y redacción de resoluciones se efectúe fuera de las horas de audiencia y en el lugar que se considere conveniente, sin límite de tiempo, porque para cualquiera que conozca, elementalmente, el ejercicio de la función jurisdiccional, habrá de convenir que la construcción, elaboración y redacción de una sentencia precisa, muchas veces, de varios días, y por ello es que el legislador en materia penal y civil en sentido amplio, como opuesta a la penal, señala días y no horas para dictar las sentencias definitivas.

En consecuencia, estamos convencidos que la obtención de mejores estándares de *producción jurisdiccional* no se logra aumentando las horas de permanencia de jueces y ministros en sus respectivos despachos, pues tal medida es entregar más de lo mismo, sino que debe abordarse el tema judicial en su integridad, que precisa de una modificación profunda que comprenda a los sujetos procesales, el objeto del proceso, que es el respectivo conflicto jurídico que debe resolver el tribunal, y el procedimiento contemplado para dicha finalidad.

El espacio no permite ahondar más en el tema. Sólo dejamos para consideración de los interesados el éxito indiscutido que en materia de celeridad y transparencia en el despacho de las causas ha tenido la reforma procesal penal. Tal resultado nos indica por donde debiera ir el camino adecuado para enfrentar el atraso en el despacho judicial. Pero esta tarea, si se tiene la voluntad de hacer las cosas bien, exige, por cierto, de un compromiso serio de la comunidad nacional, que si bien tiene derecho a una administración de justicia oportuna y eficiente, debe también estar consciente que lograrlo, como todas las cosas bien hechas, requiere de recursos humanos y materiales. A menos que se prefiera soluciones aparentes que, atendido su carácter parcial y carentes de un efectivo conocimiento fáctico del tema, lejos de mejorar la prestación de justicia, la entorpecerán, con nocivas consecuencias para la ciudadanía. No otra cosa ocurriría de fijarse por ley un horario determinado para estudiar y redactar fallos, pues como acertadamente lo sostuvo el Ministro de la Excm. Corte Suprema don Alberto Chaigneau, tal labor se agotaría al cumplirse dicho horario, y el trabajo posterior debería considerarse como extraordinario y remunerarse como tal, con un considerable gasto para el Fisco. Sin embargo, quizás si sólo entonces los Poderes Ejecutivo y Legislativo pudieran llegar a saber y apreciar cuánto y de qué modo trabajan los jueces de la República.

En el caso de los Relatores, la pretendida regulación horaria resulta doblemente inaplicable, atendida la naturaleza de las funciones que ellos cumplen en las respectivas Cortes.

En cuanto a los días de permiso institucional contemplados en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales, la mayoría de las veces son empleados, precisamente, para redactar fallos que han quedado en estado de ser dictados, situación que se ve incrementada con la implementación de la reforma procesal penal, en que el legislador estableció plazos perentorios al efecto, bajo sanción de nulidad y de adopción de medidas disciplinarias contra los jueces que no lo hacen dentro de ellos.

Por último, en lo que dice relación con la limitación a la compatibilidad de la función jurisdiccional con labores docentes, el actual artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales establece que las funciones judiciales son incompatibles con toda otra remunerada con fondos fiscales o municipales, con excepción de los cargos docentes hasta un límite de doce horas semanales.

El proyecto de la referencia modifica dicha norma en términos de limitar tales doce horas, cualquiera sea el origen de la función docente, sea remunerada o gratuita.

Pues bien, ocurre que conforme lo dispone el artículo 58 de la Constitución, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con otra función o comisión de la misma naturaleza. *Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial.*

Como puede apreciarse, el tratamiento para una misma materia respecto de dos Poderes del Estado es manifiestamente diverso, desigualdad que la Constitución no tolera entre un miembro de uno de ellos y del otro.

Pero hay más: está el caso de los abogados integrantes, respecto de los cuales no sólo no existe limitación horaria en la actividad docente, sino ninguna limitación respecto de su actividad profesional particular.

En suma, el citado proyecto de ley, además de no apuntar correctamente a la finalidad propuesta, esto es, agilizar la sustanciación y fallo de causas atrasadas, pugna contra la autonomía de un Poder del Estado, vulnerando claras y categóricas normas constitucionales. Y tampoco es oportuno, por cuanto existen pendientes de tramitación materias consignadas en la denominada mesa judicial, apareciendo que la prudencia indica que sea allí donde se traten las cuestionadas indicaciones.

EDUARDO MEINS OLIVARES*

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

DOCUMENTOS

LA PERSONA HUMANA, CORAZÓN DE LA PAZ

Mensaje de S.S. Benedicto XVI para la Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2007)

1. Al comienzo del nuevo año, quiero hacer llegar a los gobernantes y a los responsables de las naciones, así como a todos los hombres y mujeres de buena voluntad, mis deseos de paz. Los dirijo en particular a todos los que están probados por el dolor y el sufrimiento, a los que viven bajo la amenaza de la violencia y la fuerza de las armas o que, agraviados en su dignidad, esperan en su rescate humano y social. Los dirijo a los niños, que con su inocencia enriquecen de bondad y esperanza a la humanidad y, con su dolor, nos impulsan a todos trabajar por la justicia y la paz.

Pensando precisamente en los niños, especialmente en los que tienen su futuro comprometido por la explotación y la maldad de adultos sin escrúpulos, he querido que, con ocasión del Día Mundial de la Paz, la atención de todos se centre en el tema: *La persona humana, corazón de la paz*. En efecto, estoy convencido de que respetando a la persona se promueve la paz, y que construyendo la paz se ponen las bases para un auténtico humanismo integral. Así es como se prepara un futuro sereno para las nuevas generaciones.

LA PERSONA HUMANA Y LA PAZ: DON Y TAREA

2. La Sagrada Escritura dice: “Dios creó el hombre a su imagen; a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó” (Gn 1,27). *Por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene la dignidad de persona; no es solamente algo, sino alguien, capaz de conocerse, de poseerse, de entregarse libremente y de entrar en comunión con otras personas. Al mismo tiempo, por la gracia, está llamado a una alianza con su Creador, a ofrecerle una respuesta de fe y amor que nadie más puede dar en su lugar*¹. En esta perspectiva admirable, se comprende la tarea que se ha confiado al ser humano de madurar en su capacidad de amor y de hacer progresar el mundo, renovándolo en la justicia y en la paz. San Agustín enseña con una elocuente síntesis: “Dios, que nos ha creado sin nosotros, no ha querido salvarnos sin nosotros”². Por tanto, es preciso que todos los seres humanos cultiven *la conciencia de los dos aspectos, del don y de la tarea*.

3. También *la paz es al mismo tiempo un don y una tarea*. Si bien es verdad que la paz entre los individuos y los pueblos, la capacidad de vivir unos con otros, estableciendo relaciones de justicia y solidaridad, supone un compromiso permanente, también es verdad, y lo es más aún, que *la paz es un don de Dios*.

¹Cf. *Catecismo de la Iglesia Católica*, 357.

²*Sermo* 169, 11, 13: *PL* 38, 923.

En efecto, la paz es una característica del obrar divino, que se manifiesta tanto en la creación de un universo ordenado y armonioso como en la redención de la humanidad, que necesita ser rescatada del desorden del pecado. Creación y Redención muestran, pues, la clave de lectura que introduce a la comprensión del sentido de nuestra existencia sobre la tierra. Mi venerado predecesor Juan Pablo II, dirigiéndose a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 5 de octubre de 1995, dijo que nosotros “no vivimos en un mundo irracional o sin sentido [...], hay una lógica moral que ilumina la existencia humana y hace posible el diálogo entre los hombres y entre los pueblos”³. La “gramática” trascendente, es decir, el conjunto de reglas de actuación individual y de relación entre las personas en justicia y solidaridad, está inscrita en las conciencias, en las que se refleja el sabio proyecto de Dios. Como he querido reafirmar recientemente, “creemos que en el origen está el Verbo eterno, la Razón y no la Irracionalidad”⁴. Por tanto, la paz es también una tarea que a cada uno exige una respuesta personal coherente con el plan divino. El criterio en el que debe inspirarse dicha respuesta no puede ser otro que *el respeto de la “gramática” escrita en el corazón del hombre por su divino Creador*.

En esta perspectiva, las normas del derecho natural no han de considerarse como directrices que se imponen desde fuera, como si coartaran la libertad del hombre. Por el contrario, deben ser acogidas como una llamada a llevar a cabo fielmente el proyecto divino universal inscrito en la naturaleza del ser humano. Guiados por estas normas, los pueblos –en sus respectivas culturas– pueden acercarse así al misterio más grande, que es el misterio de Dios. Por tanto, el reconocimiento y el respeto de la ley natural son también hoy la gran base para el diálogo entre los creyentes de las diversas religiones, así como entre los creyentes e incluso los no creyentes. Éste es un gran punto de encuentro y, por tanto, un presupuesto fundamental para una paz auténtica.

EL DERECHO A LA VIDA Y A LA LIBERTAD RELIGIOSA

4. El deber de respetar la dignidad de cada ser humano, en el cual se refleja la imagen del Creador, comporta como consecuencia que *no se puede disponer libremente de la persona*. Quien tiene mayor poder político, tecnológico o económico, no puede aprovecharlo para violar los derechos de los otros menos afortunados. En efecto, la paz se basa en el respeto de todos. Consciente de ello, la Iglesia se hace pregonera de los derechos fundamentales de cada persona. En particular, reivindica el respeto de la *vida* y la *libertad religiosa* de todos. El respeto del derecho a la vida en todas sus fases establece un punto firme de importancia decisiva: *la vida es un don que el sujeto no tiene a su entera disposición*. Igualmente, la afirmación del derecho a la libertad religiosa pone de manifiesto *la relación del ser humano con un Principio trascendente, que lo sustrae a la arbitrariedad del hombre mismo*. El derecho a la vida y a la libre expresión de la propia fe en Dios no están sometidos al poder del hombre. La paz necesita que se establezca un *límite claro entre lo que*

³N. 3.

⁴Homilía en la explanada de Isling de Ratisbona (12 septiembre 2006).

es y no es disponible: así se evitarán intromisiones inaceptables en ese patrimonio de valores que es propio del hombre como tal.

5. Por lo que se refiere *al derecho a la vida*, es preciso denunciar el estrago que se hace de ella en nuestra sociedad: además de las víctimas de los conflictos armados, del terrorismo y de diversas formas de violencia, hay muertes silenciosas provocadas por el hambre, el aborto, la experimentación sobre los embriones y la eutanasia. ¿Cómo no ver en todo esto un atentado a la paz? El aborto y la experimentación sobre los embriones son una negación directa de la actitud de acogida del otro, indispensable para establecer relaciones de paz duraderas. Respecto a *la libre expresión de la propia fe*, hay un síntoma preocupante de falta de paz en el mundo, que se manifiesta en las dificultades que tanto los cristianos como los seguidores de otras religiones encuentran a menudo para profesar pública y libremente sus propias convicciones religiosas.

Hablando en particular de los cristianos, debo notar con dolor que a veces no sólo se ven impedidos, sino que en algunos Estados son incluso perseguidos, y recientemente se han debido constatar también trágicos episodios de feroz violencia. Hay regímenes que imponen a todos una única religión, mientras que otros regímenes indiferentes alimentan no tanto una persecución violenta, sino un escarnio cultural sistemático respecto a las creencias religiosas. En todo caso, no se respeta un derecho humano fundamental, con graves repercusiones para la convivencia pacífica. Esto promueve necesariamente *una mentalidad y una cultura negativa para la paz*.

LA IGUALDAD DE NATURALEZA DE TODAS LAS PERSONAS

6. En el origen de frecuentes tensiones que amenazan la paz se encuentran seguramente *muchas desigualdades injustas* que, trágicamente, hay todavía en el mundo. Entre ellas son particularmente insidiosas, por un lado, *las desigualdades en el acceso a bienes esenciales* como la comida, el agua, la casa o la salud; por otro, *las persistentes desigualdades entre hombre y mujer en el ejercicio de los derechos humanos fundamentales*.

Un elemento de importancia primordial para la construcción de la paz es el reconocimiento de la *igualdad esencial entre las personas humanas*, que nace de su misma dignidad trascendente. En este sentido, la igualdad es, pues, un bien de todos, inscrito en esa “gramática” natural que se desprende del proyecto divino de la creación; un bien que no se puede desatender ni despreciar sin provocar graves consecuencias que ponen en peligro la paz. Las gravísimas carencias que sufren muchas poblaciones, especialmente del Continente africano, están en el origen de reivindicaciones violentas y son por tanto una tremenda herida infligida a la paz.

7. La insuficiente consideración de la *condición femenina* provoca también factores de inestabilidad en el orden social. Pienso en la explotación de mujeres tratadas como objetos y en tantas formas de falta de respeto a su dignidad; pienso igualmente –en un contexto diverso– en las concepciones antropológicas persistentes en algunas culturas, que todavía asignan a la mujer un papel de gran sumisión al arbitrio del hombre, con consecuencias ofensivas a su dignidad de persona y al ejercicio de las libertades fundamentales mismas. No se puede caer

en la ilusión de que la paz está asegurada mientras no se superen también estas formas de discriminación, que laceran la dignidad personal inscrita por el Creador en cada ser humano⁵.

LA ECOLOGÍA DE LA PAZ

8. Juan Pablo II, en su Carta encíclica *Centesimus annus*, escribe: “No sólo la tierra ha sido dada por Dios al hombre, el cual debe usarla respetando la intención originaria de que es un bien, según la cual le ha sido dada; incluso el hombre es para sí mismo un don de Dios y, por tanto, debe respetar la estructura natural y moral de la que ha sido dotado”.⁶ Respondiendo a este don que el Creador le ha confiado, el hombre, junto con sus semejantes, puede dar vida a un mundo de paz. Así, pues, además de la ecología de la naturaleza hay una ecología que podemos llamar “humana”, y que a su vez requiere una “ecología social”. Esto comporta que la humanidad, si tiene verdadero interés por la paz, debe tener siempre presente la interrelación entre la ecología natural, es decir el respeto por la naturaleza, y la ecología humana. La experiencia demuestra que *toda actitud irrespetuosa con el medio ambiente conlleva daños a la convivencia humana*, y viceversa. Cada vez se ve más claramente un nexo inseparable entre la paz con la creación y la paz entre los hombres. Una y otra presuponen la paz con Dios. La poética oración de San Francisco conocida como el “Cántico del Hermano Sol”, es un admirable ejemplo, siempre actual, de esta multiforme ecología de la paz.

9. El problema cada día más grave del *abastecimiento energético* nos ayuda a comprender la fuerte relación entre una y otra ecología. En estos años, nuevas naciones han entrado con pujanza en la producción industrial, incrementando las necesidades energéticas. Eso está provocando una competitividad ante los recursos disponibles sin parangón con situaciones precedentes. Mientras tanto, en algunas regiones del planeta se viven aún condiciones de gran atraso, en las que el desarrollo está prácticamente bloqueado, motivado también por la subida de los precios de la energía. ¿Qué será de esas poblaciones? ¿Qué género de desarrollo, o de no desarrollo, les impondrá la escasez de abastecimiento energético? ¿Qué injusticias y antagonismos provocará la carrera a las fuentes de energía? Y ¿cómo reaccionarán los excluidos de esta competición? Son preguntas que evidencian cómo el respeto por la naturaleza está vinculado estrechamente con la necesidad de establecer entre los hombres y las naciones relaciones atentas a la dignidad de la persona y capaces de satisfacer sus auténticas necesidades. La destrucción del ambiente, su uso impropio o egoísta y el acaparamiento violento de los recursos de la tierra, generan fricciones, conflictos y guerras, precisamente porque son fruto de un concepto inhumano de desarrollo. En efecto, un desarrollo que se limitara al aspecto técnico y económico, descuidando la dimensión moral y religiosa, no sería un desarrollo humano integral y, al ser unilateral, terminaría fomentando la capacidad destructiva del hombre.

⁵Cf. Congr. para la Doctrina de la Fe, *Carta a los obispos de la Iglesia católica sobre la colaboración del hombre y de la mujer en la Iglesia y en el mundo* (31 mayo 2004), 15-16.

⁶N. 38.

CONCEPCIONES RESTRICTIVAS DEL HOMBRE

10. Es apremiante, pues, incluso en el marco de las dificultades y tensiones internacionales actuales, el esfuerzo por abrir paso a *una ecología humana que favorezca el crecimiento del "árbol de la paz"*. Para acometer una empresa como ésta, es preciso dejarse guiar por una visión de la persona no viciada por prejuicios ideológicos y culturales, o intereses políticos y económicos, que inciten al odio y a la violencia. Es comprensible que la visión del hombre varíe en las diversas culturas. Lo que no es admisible es que se promuevan *concepciones antropológicas* que conlleven el germen de la contraposición y la violencia. Son igualmente inaceptables las *concepciones de Dios* que impulsen a la intolerancia ante nuestros semejantes y el recurso a la violencia contra ellos. Éste es un punto que se ha de reafirmar con claridad: nunca es aceptable una guerra *en nombre de Dios*. Cuando una cierta concepción de Dios da origen a hechos criminales, es señal de que dicha concepción se ha convertido ya en ideología.

11. Pero hoy la paz peligra no sólo por el conflicto entre las concepciones restrictivas del hombre, o sea, entre las ideologías. Peligra también por la *indiferencia ante lo que constituye la verdadera naturaleza del hombre*. En efecto, son muchos en nuestros tiempos los que niegan la existencia de una naturaleza humana específica, haciendo así posible las más extravagantes interpretaciones de las dimensiones constitutivas esenciales del ser humano. También en esto se necesita claridad: una consideración "débil" de la persona, que dé pie a cualquier concepción, incluso excéntrica, sólo en apariencia favorece la paz. En realidad, impide el diálogo auténtico y abre las puertas a la intervención de imposiciones autoritarias, terminando así por dejar indefensa a la persona misma y, en consecuencia, presa fácil de la opresión y la violencia.

DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

12. Una paz estable y verdadera presupone el respeto de los derechos del hombre. Pero si éstos se basan en una concepción débil de la persona, ¿cómo evitar que se debiliten también ellos mismos? Se pone así de manifiesto la profunda insuficiencia de *una concepción relativista de la persona* cuando se trata de justificar y defender sus derechos. La aporía es patente en este caso: los derechos se proponen como absolutos, pero el fundamento que se aduce para ello es sólo relativo. ¿Por qué sorprenderse cuando, ante las exigencias "incómodas" que impone uno u otro derecho, alguien se atreviera a negarlo o decidiera relegarlo? Sólo si están arraigados en bases objetivas de la naturaleza que el Creador ha dado al hombre, los derechos que se le han atribuido pueden ser afirmados sin temor de ser desmentidos. Por lo demás, es patente que los derechos del hombre implican a su vez deberes. A este respecto, bien decía el *mahatma* Gandhi: "El Ganges de los derechos desciende del Himalaya de los deberes". Únicamente aclarando estos presupuestos de fondo, los derechos humanos, sometidos hoy a continuos ataques, pueden ser defendidos adecuadamente. Sin esta aclaración, se termina por usar la expresión misma de "derechos humanos", sobrentendiendo sujetos muy diversos entre sí: para algunos, será la persona humana caracterizada por una dignidad permanente y por derechos siempre válidos, para todos y en cualquier lugar; para otros, una persona con dignidad versátil y con derechos siempre negociables, tanto en los contenidos como en el tiempo y en el espacio.

13. Los Organismos internacionales se refieren continuamente a la tutela de los derechos humanos y, en particular, lo hace la Organización de las Naciones Unidas que, con la Declaración Universal de 1948, se ha propuesto como tarea fundamental la promoción de los derechos del hombre. Se considera dicha Declaración como una forma de *compromiso moral asumido por la humanidad entera*. Esto manifiesta una profunda verdad sobre todo si se entienden los derechos descritos en la Declaración no simplemente como fundados en la decisión de la asamblea que los ha aprobado, sino en la naturaleza misma del hombre y en su dignidad inalienable de persona creada por Dios. Por tanto, es importante que los Organismos internacionales no pierdan de vista el fundamento natural de los derechos del hombre. Eso los pondría a salvo del riesgo, por desgracia siempre al acecho, de ir cayendo hacia una interpretación meramente positivista de los mismos. Si esto ocurriera, los Organismos internacionales perderían la autoridad necesaria para desempeñar el papel de defensores de los derechos fundamentales de la persona y de los pueblos, que es la justificación principal de su propia existencia y actuación.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

14. A partir de la convicción de que existen derechos humanos inalienables vinculados a la naturaleza común de los hombres, se ha elaborado un *derecho internacional humanitario*, a cuya observancia se han comprometido los Estados, incluso en caso de guerra. Lamentablemente, y dejando aparte el pasado, este derecho no ha sido aplicado coherentemente en algunas situaciones bélicas recientes. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el conflicto que hace meses ha tenido como escenario el Sur del Líbano, en el que se ha desatendido en buena parte la obligación de proteger y ayudar a las víctimas inocentes, y de no implicar a la población civil. El doloroso caso del Líbano y la nueva configuración de los conflictos, sobre todo desde que la amenaza terrorista ha actuado con *formas inéditas de violencia*, exigen que la comunidad internacional corrobore el derecho internacional humanitario y lo aplique en todas las situaciones actuales de conflicto armado, incluidas las que no están previstas por el derecho internacional vigente. Además, la plaga del terrorismo reclama una reflexión profunda sobre los límites éticos implicados en el uso de los instrumentos modernos de la seguridad nacional. En efecto, cada vez más frecuentemente los conflictos no son declarados, sobre todo cuando los desencadenan grupos terroristas decididos a alcanzar por cualquier medio sus objetivos. Ante los hechos sobrecogedores de estos últimos años, los Estados deben percibir la necesidad de establecer reglas más claras, capaces de contrastar eficazmente la dramática desorientación que se está dando. La guerra es siempre un fracaso para la comunidad internacional y una gran pérdida para la humanidad. Y cuando, a pesar de todo, se llega a ella, hay que salvaguardar al menos los principios esenciales de humanidad y los valores que fundamentan toda convivencia civil, estableciendo normas de comportamiento que limiten lo más posible sus daños y ayuden a aliviar el sufrimiento de los civiles y de todas las víctimas de los conflictos⁷.

⁷A este respecto, el *Catecismo de la Iglesia Católica* ha impartido unos criterios muy severos y precisos: cf. nn. 2307-2317.

15. Otro elemento que suscita gran inquietud es la voluntad, manifestada recientemente por algunos Estados, de *poseer armas nucleares*. Esto ha acentuado ulteriormente el clima difuso de incertidumbre y de temor ante una posible catástrofe atómica. Es algo que hace pensar de nuevo en los tiempos pasados, en las ansias abrumadoras del período de la llamada “guerra fría”. Se esperaba que, después de ella, el peligro atómico habría pasado definitivamente y que la humanidad podría por fin dar un suspiro de sosiego duradero. A este respecto, qué actual parece la exhortación del Concilio Ecuménico Vaticano II: “Toda acción bélica que tiende indiscriminadamente a la destrucción de ciudades enteras o de amplias regiones con sus habitantes es un crimen contra Dios y contra el hombre mismo que hay que condenar con firmeza y sin vacilaciones”⁸. Lamentablemente, en el horizonte de la humanidad siguen formándose nubes amenazadoras. La vía para asegurar un futuro de paz para todos consiste no sólo en los acuerdos internacionales para *la no proliferación de armas nucleares*, sino también en el compromiso de intentar con determinación su disminución y desmantelamiento definitivo. Ninguna tentativa puede dejarse de lado para lograr estos objetivos mediante la negociación. ¡Está en juego la suerte de toda la familia humana!

LA IGLESIA, TUTELA DE LA TRASCENDENCIA DE LA PERSONA HUMANA

16. Deseo, por fin, dirigir un llamamiento apremiante al Pueblo de Dios, para que todo cristiano se sienta comprometido a ser un trabajador incansable en favor de la paz y un valiente defensor de la dignidad de la persona humana y de sus derechos inalienables. El cristiano, dando gracias a Dios por haberlo llamado a pertenecer a su Iglesia, que es “signo y salvaguardia de la trascendencia de la persona humana”⁹ en el mundo, no se cansará de implorarle el bien fundamental de la paz, tan importante en la vida de cada uno. Sentirá también la satisfacción de servir con generosa dedicación a la causa de la paz, ayudando a los hermanos, especialmente a aquellos que, además de sufrir privaciones y pobreza, carecen también de este precioso bien. Jesús nos ha revelado que “*Dios es amor*” (1 Jn 4,8), y que la vocación más grande de cada persona es el amor. En Cristo podemos encontrar las razones supremas para hacernos firmes defensores de la dignidad humana y audaces constructores de la paz.

17. Así pues, que nunca falte la aportación de todo creyente a la promoción de un *verdadero humanismo integral*, según las enseñanzas de las Cartas encíclicas *Populorum progressio* y *Sollicitudo rei socialis*, de las que nos preparamos a celebrar este año precisamente el 40 y el 20 aniversario. Al comienzo del año 2007, al que nos asomamos –aun entre peligros y problemas– con el corazón lleno de esperanza, confío mi constante oración por toda la humanidad a la Reina de la Paz, Madre de Jesucristo, “*nuestra paz*” (Ef 2,14). Que María nos enseñe en su Hijo el camino de la paz, e ilumine nuestros ojos para que sepan reconocer su Rostro en el rostro de cada persona humana, corazón de la paz.

⁸Const. past. *Gaudium et spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, 80.

⁹*Ibid.*, 76.

FE, RAZÓN Y UNIVERSIDAD.
RECUERDOS Y REFLEXIONES
Discurso de S.S. Benedicto XVI
en la Universidad de Ratisbona
(Martes 12 de septiembre de 2006)*

Eminencias;
rectores magníficos;
excelencias;
ilustres señores; amables señoras:

Para mí es un momento emocionante encontrarme de nuevo en esta universidad y poder impartir una vez más una lección magistral. A la vez, mi pensamiento vuelve a aquellos años en los que, tras un hermoso período en el Instituto superior de Freising, inicié mi actividad de profesor académico en la Universidad de Bonn. Era el año 1959, cuando la antigua universidad todavía tenía profesores ordinarios. Para las cátedras no existían ni asistentes ni dactilógrafos, pero en compensación había un contacto muy directo con los alumnos y sobre todo entre los profesores. Nos reuníamos antes y después de las clases en las salas de los profesores. Los contactos con los historiadores, los filósofos, los filólogos y naturalmente también entre las dos facultades teológicas eran muy estrechos. Una vez cada semestre había un *dies academicus*, en el que los profesores de todas las facultades se presentaban ante los estudiantes de toda la universidad, haciendo así posible una experiencia de *universitas* –algo a lo que hace poco también ha aludido usted, señor rector–; es decir, la experiencia de que nosotros, a pesar de todas las especializaciones, que a veces nos impiden comunicarnos entre nosotros, formamos un todo y trabajamos en el todo de la única razón con sus diferentes dimensiones, colaborando así también en la responsabilidad común por el recto uso de la razón. Se trataba de una experiencia viva.

Sin duda, la universidad también se sentía orgullosa de sus dos facultades teológicas. Estaba claro que también ellas, interrogándose sobre la racionalidad de la fe, realizan un trabajo que necesariamente forma parte del “todo” de la *universitas scientiarum*, aunque no todos podían compartir la fe, por cuya correlación con la razón común se esfuerzan los teólogos. Esta cohesión interior en el cosmos de la razón no se alteró ni siquiera cuando, en cierta ocasión, se supo que uno de los profesores había dicho que en nuestra universidad había algo extraño: dos facultades que se ocupaban de algo que no existía, de Dios. En el conjunto de la universidad existía la convicción, que nadie ponía en discusión, de que incluso frente a un escepticismo tan radical seguía siendo necesario y razonable interro-

* Viaje Apostólico de Su Santidad Benedicto XVI a Munich, Altötting y Ratisbona (9-14 de septiembre de 2006) Encuentro con el Mundo de la Cultura.

garse sobre Dios por medio de la razón y que se debía hacer en el contexto de la tradición de la fe cristiana.

Recordé todo esto recientemente cuando leí la parte editada por el profesor Theodore Khoury (Münster) del diálogo que el docto emperador bizantino Manuel II Paleólogo, tal vez en los cuarteles de invierno del año 1391 en Ankara, mantuvo con un persa culto sobre el cristianismo y el islam, y sobre la verdad de ambos. Probablemente fue el mismo emperador quien anotó, durante el asedio de Constantinopla entre 1394 y 1402, ese diálogo. Así se explica que sus razonamientos se recojan mucho más detalladamente que las respuestas de su interlocutor persa. El diálogo se extiende a todo el ámbito de las estructuras de la fe contenidas en la Biblia y en el Corán, y se detiene sobre todo en la imagen de Dios y del hombre, pero necesariamente también en la relación entre las “tres Leyes”, como se decía, o tres “órdenes de vida”: Antiguo Testamento, Nuevo Testamento y Corán. No quiero hablar ahora de eso en este discurso; solo quisiera aludir a un aspecto –más bien marginal en la estructura de todo el diálogo– que en el contexto del tema “fe y razón” me ha fascinado y que servirá como punto de partida para mis reflexiones sobre este tema.

En el séptimo coloquio (διάλεξις, controversia) editado por el profesor Khoury, el emperador toca el tema de la “yihad”, la guerra santa. Seguramente el emperador sabía que en la *sura* 2, 256 está escrito: “Ninguna constricción en las cosas de fe”. Según dicen los expertos, es una de las *suras* del período inicial, en el que Mahoma mismo aún no tenía poder y estaba amenazado. Pero, naturalmente, el emperador conocía también las disposiciones, desarrolladas sucesivamente y fijadas en el Corán, acerca de la guerra santa.

Sin detenerse en detalles, como la diferencia de trato entre los que poseen el “Libro” y los “incrédulos”, con una brusquedad que nos sorprende, se dirige a su interlocutor simplemente con la pregunta central sobre la relación entre religión y violencia en general, diciendo: “Muéstrame también lo que Mahoma ha traído de nuevo, y encontrarás solamente cosas malas e inhumanas, como su directriz de difundir por medio de la espada la fe que predicaba”.

El emperador, después de pronunciarse de un modo tan duro, explica luego minuciosamente las razones por las cuales la difusión de la fe mediante la violencia es algo irracional. La violencia está en contraste con la naturaleza de Dios y la naturaleza del alma. “Dios no se complace con la sangre –dice–; no actuar según la razón (σὺν λόγῳ) es contrario a la naturaleza de Dios. La fe es fruto del alma, no del cuerpo. Por tanto, quien quiere llevar a otra persona a la fe necesita la capacidad de hablar bien y de razonar correctamente, y no recurrir a la violencia ni a las amenazas. (...) Para convencer a un alma razonable no hay que recurrir al propio brazo ni a instrumentos contundentes ni a ningún otro medio con el que se pueda amenazar de muerte a una persona”.

En esta argumentación contra la conversión mediante la violencia, la afirmación decisiva es: no actuar según la razón es contrario a la naturaleza de Dios. El editor, Theodore Khoury, comenta: para el emperador, como bizantino educado en la filosofía griega, esta afirmación es evidente. En cambio, para la doctrina musulmana, Dios es absolutamente trascendente. Su voluntad no está vinculada a ninguna de nuestras categorías, ni siquiera a la de la racionalidad. En este contexto Khoury cita una obra del conocido islamista francés R. Arnaldez, quien observa que Ibn Hazm llega a decir que Dios no estaría vinculado ni siquiera por su misma

palabra y que nada le obligaría a revelarnos la verdad. Si fuese su voluntad, el hombre debería practicar incluso la idolatría.

Aquí se abre, en la comprensión de Dios y por tanto en la realización concreta de la religión, un dilema que hoy nos plantea un desafío muy directo. La convicción de que actuar contra la razón está en contradicción con la naturaleza de Dios, ¿es solamente un pensamiento griego o vale siempre y por sí mismo? Pienso que en este punto se manifiesta la profunda concordancia entre lo que es griego en el mejor sentido y lo que es fe en Dios según la Biblia.

Modificando el primer versículo del libro del Génesis, el primer versículo de toda la Sagrada Escritura, san Juan comenzó el prólogo de su Evangelio con las palabras: “En el principio existía el *λόγος*”. Esta es exactamente la palabra que usa el emperador: Dios actúa *σὺν λόγῳ*, con *logos*. *Logos* significa tanto razón como palabra, una razón que es creadora y capaz de comunicarse, pero precisamente como razón. Así san Juan nos dio la palabra conclusiva sobre el concepto bíblico de Dios, la palabra en la que todos los caminos a menudo arduos y tortuosos de la fe bíblica alcanzan su meta, encuentran su síntesis.

En el principio existía el *logos*, y el *logos* es Dios, nos dice el evangelista. El encuentro entre el mensaje bíblico y el pensamiento griego no era una simple casualidad. La visión de san Pablo, ante quien se habían cerrado los caminos de Asia y que en sueños vio un macedonio que le suplicaba: “Pasa a Macedonia y ayúdanos” (cf. *Hch* 16, 6-10), puede interpretarse como una “condensación” de la necesidad intrínseca de un acercamiento entre la fe bíblica y la filosofía griega.

En realidad, este acercamiento ya había comenzado desde hacía mucho tiempo. Ya el nombre misterioso de Dios, pronunciado desde la zarza ardiente, que distingue a este Dios del conjunto de las divinidades con múltiples nombres afirmando sólo su “Yo soy”, su ser, en comparación con el mito es una respuesta con la que está en íntima analogía el intento de Sócrates de vencer y superar al mito mismo. El proceso iniciado junto a la zarza alcanza, dentro del Antiguo Testamento, una nueva madurez durante el destierro, donde el Dios de Israel, entonces privado de la tierra y del culto, se anuncia como el Dios del cielo y de la tierra, presentándose con una simple fórmula que prolonga las palabras de la zarza: “Yo soy”.

Juntamente con este nuevo conocimiento de Dios se da una especie de ilustración, que se expresa drásticamente con la burla de las divinidades que no son sino obra de las manos del hombre (cf. *Sal* 115). De este modo, a pesar de toda la dureza del desacuerdo con los soberanos helenísticos, que querían obtener con la fuerza la adecuación al estilo de vida griego y a su culto idolátrico, la fe bíblica, durante la época helenística, salía interiormente al encuentro de lo mejor del pensamiento griego, hasta llegar a un contacto recíproco que después se dio especialmente en la literatura sapiencial tardía.

Hoy sabemos que la traducción griega del Antiguo Testamento, realizada en Alejandría –la Biblia de los “Setenta”–, es algo más que una simple traducción del texto hebreo (sobre la cual habría que dar quizá un juicio poco positivo): en efecto, es un testimonio textual en sí mismo y un importante paso específicos de la historia de la Revelación, en el cual se realizó este encuentro de un modo que tuvo un significado decisivo para el nacimiento del cristianismo y su divulgación. En el fondo, se trata del encuentro entre fe y razón, entre auténtica ilustración y religión. Partiendo verdaderamente de la íntima naturaleza de la fe cristiana y, al mismo

tiempo, de la naturaleza del pensamiento griego ya fundido con la fe, Manuel II podía decir: No actuar “con el *logos*” es contrario a la naturaleza de Dios.

Por honradez, en este punto es preciso anotar que, en la tardía Edad Media, en la teología se desarrollaron tendencias que rompen esta síntesis entre espíritu griego y espíritu cristiano. En contraposición al así llamado intelectualismo agustiniano y tomista, con Juan Duns Escoto comenzó un planteamiento voluntarista que, tras sucesivos desarrollos, llevó al final a la afirmación de que sólo conoceríamos de Dios la *voluntas ordinata*. Más allá de esta existiría la libertad de Dios, en virtud de la cual él habría podido crear y hacer también lo contrario de todo lo que efectivamente ha hecho.

Aquí se perfilan posiciones que, sin lugar a dudas, pueden acercarse a las de Ibn Hazm y podrían llevar incluso a la imagen de un Dios arbitrario, que no está vinculado ni siquiera a la verdad y al bien. La trascendencia y la diversidad de Dios se acentúan de una manera tan exagerada, que incluso nuestra razón, nuestro sentido de la verdad y del bien dejan de ser un auténtico espejo de Dios, cuyas posibilidades abismales permanecen para nosotros eternamente inalcanzables y escondidas tras sus decisiones efectivas.

En contraposición a esa visión, la fe de la Iglesia se ha atenido siempre a la convicción de que entre Dios y nosotros, entre su eterno Espíritu creador y nuestra razón creada, existe una verdadera analogía, en la que ciertamente –como dice el IV concilio de Letrán, en el año 1215– las diferencias son infinitamente más grandes que las semejanzas, pero a pesar de ello no llegan a abolir la analogía y su lenguaje. Dios no se hace más divino por el hecho de que lo alejemos de nosotros con un voluntarismo puro e impenetrable; el Dios verdaderamente divino es el Dios que se ha manifestado como *logos* y ha actuado y actúa como *logos* lleno de amor por nosotros. Ciertamente el amor, como dice san Pablo, “rebasa” el conocimiento y por eso es capaz de percibir más que el simple pensamiento (cf. *Ef 3, 19*); sin embargo, sigue siendo el amor del Dios-Logos, por lo cual el *λατρεία*, un culto que, culto cristiano, como dice también san Pablo, es *λογικη*, concuerda con el Verbo eterno y con nuestra razón (cf. *Rm 12, 1*).

Este acercamiento interior recíproco, que se ha dado entre la fe bíblica y el planteamiento filosófico del pensamiento griego, es un dato de importancia decisiva no sólo desde el punto de vista de la historia de las religiones, sino también desde el de la historia universal, un dato que se nos impone también hoy. Teniendo en cuenta este encuentro, no es sorprendente que el cristianismo, a pesar de su origen y de cierto importante desarrollo en Oriente, haya encontrado por fin su huella históricamente decisiva en Europa. Podemos expresarlo también al contrario: este encuentro, al que se une sucesivamente el patrimonio de Roma, creó a Europa y permanece como fundamento de lo que, con razón, se puede llamar Europa.

A la tesis según la cual el patrimonio griego, críticamente purificado, forma parte integrante de la fe cristiana se opone la pretensión de la deshelenización del cristianismo, pretensión que desde el inicio de la época moderna domina cada vez más la investigación teológica. Si se analiza con esmero, se pueden observar tres oleadas en el programa de la deshelenización: aunque están vinculadas entre sí, son claramente distintas la una de la otra en sus motivaciones y en sus objetivos.

La deshelenización surge al inicio en conexión con los postulados de la Reforma del siglo XVI. Considerando la tradición de las escuelas teológicas, los reformadores se veían ante una sistematización de la fe condicionada totalmente

por la filosofía, es decir, ante una determinación de la fe desde el exterior en virtud de una manera de pensar que no derivaba de ella. Así la fe ya no aparecía como palabra histórica viva, sino como un elemento insertado en la estructura de un sistema filosófico.

La *sola Scriptura*, en cambio, busca la forma pura primordial de la fe, tal como está presente originariamente en la Palabra bíblica. La metafísica se presenta como un presupuesto que deriva de otra fuente, de la que es preciso liberar la fe para que vuelva a ser totalmente lo que era. Con su afirmación de que había tenido que renunciar a pensar para dejar espacio a la fe, Kant actuó según este programa con un radicalismo que los reformadores no pudieron prever. De este modo, ancló la fe exclusivamente en la razón práctica, negándole el acceso a toda la realidad.

La teología liberal de los siglos XIX y XX aportó una segunda oleada en el programa de la deshelenización; su representante más destacado es Adolf von Harnack. En mis años de estudio y en los primeros años de mi actividad académica este programa ejercía un gran influjo también en la teología católica. Como punto de partida se utilizaba la distinción que Pascal hizo entre el Dios de los filósofos y el Dios de Abraham, Isaac y Jacob. En mi discurso inaugural en Bonn, en 1959, traté de afrontar este asunto y no quiero repetir aquí todo lo que dije en aquella ocasión, pero me gustaría tratar de poner de relieve, al menos brevemente, la novedad que caracterizaba esta segunda oleada de deshelenización con respecto a la primera.

La idea central de Harnack era sencillamente volver al hombre Jesús y a su mensaje fundamental, anterior a todas las lucubraciones de la teología y, precisamente, también antes de las helenizaciones: este mensaje fundamental constituiría la verdadera culminación del desarrollo religioso de la humanidad. Jesús habría acabado con el culto sustituyéndolo con la moral. En definitiva, se presentaba a Jesús como padre de un mensaje moral humanitario.

El objetivo de Harnack, en el fondo, era hacer que el cristianismo estuviera en armonía con la razón moderna, precisamente librándolo de elementos aparentemente filosóficos y teológicos, como, por ejemplo, la fe en la divinidad de Cristo y en la trinidad de Dios. En este sentido, la exégesis histórico-crítica del Nuevo Testamento, en su visión, volvió a situar la teología en el cosmos de la universidad: para Harnack, la teología es algo esencialmente histórico y, por tanto, estrictamente científico. Lo que investiga sobre Jesús mediante la crítica es, por decirlo así, expresión de la razón práctica y en consecuencia también se puede sostener en el conjunto de la universidad.

En el trasfondo subyace la autolimitación moderna de la razón, expresada de un modo clásico en las "críticas" de Kant, pero mientras tanto radicalizada ulteriormente por el pensamiento de las ciencias naturales. Este concepto moderno de la razón se basa, por decirlo brevemente, en una síntesis entre platonismo (cartesianismo) y empirismo, confirmada por el éxito de la técnica.

Por una parte, se presupone la estructura matemática de la materia, por decirlo así, su racionalidad intrínseca, que hace posible comprenderla y utilizarla en su eficacia práctica: este presupuesto de fondo es, por decirlo así, el elemento platónico en el concepto moderno de la naturaleza. Por otra, se trata de la posibilidad de explotar la naturaleza para nuestros propósitos, y en este caso sólo la posibilidad de controlar la verdad o la falsedad a través de la experimentación puede llevar a la certeza decisiva. El peso entre los dos polos, dependiendo de las

circunstancias, puede estar más en uno que en otro. Un pensador tan fuertemente positivista como J. Monod se declaró platónico convencido.

Esto implica dos orientaciones fundamentales para nuestra cuestión. Sólo el tipo de certeza que deriva de la sinergia de matemática y método empírico puede considerarse científica. Lo que pretenda ser ciencia tiene que confrontarse con este criterio. De este modo, también las ciencias referidas al hombre, como la historia, la psicología, la sociología y la filosofía, trataban de acercarse a este canon de valor científico. Por lo demás, para nuestras reflexiones es importante constatar que el método como tal excluye el problema de Dios, presentándolo como un problema acientífico o precientífico. Pero así nos encontramos ante una reducción del ámbito de la ciencia y de la razón que es preciso poner en discusión.

Volveré más tarde sobre este asunto. Por el momento basta tener presente que en un intento, a la luz de esta perspectiva, de conservar a la teología el carácter de disciplina "científica", del cristianismo no quedaría más que un miserable fragmento. Pero debemos decir más: si la ciencia en su conjunto es solo esto, entonces el hombre mismo sufriría una reducción, pues los interrogantes propiamente humanos, es decir, "de dónde" viene y "a dónde" va, los interrogantes de la religión y de la ética, no pueden encontrar lugar en el espacio de la razón común descrita por la "ciencia" entendida de este modo y tienen que desplazarse al ámbito de lo subjetivo. El sujeto, basándose en su experiencia, decide lo que considera sostenible en el ámbito religioso, y la "conciencia" subjetiva se convierte, en definitiva, en la única instancia ética.

Sin embargo, de este modo la ética y la religión pierden su poder de crear una comunidad y se convierten en un asunto totalmente personal. La situación que se crea es peligrosa para la humanidad, como se puede constatar en las patologías que amenazan a la religión y la razón, patologías que necesariamente deben explotar cuando la razón se reduce hasta tal punto que las cuestiones de la religión y la ética ya no le interesan. Lo que queda de esos intentos de construir una ética partiendo de las reglas de la evolución, de la psicología o de la sociología, es simplemente insuficiente.

Antes de llegar a las conclusiones a las que lleva todo este razonamiento, quiero referirme brevemente a la tercera oleada de la deshelenización, que se está difundiendo actualmente. Teniendo en cuenta el encuentro entre múltiples culturas, se suele decir hoy que la síntesis con el helenismo, realizada en la Iglesia antigua, fue una primera inculturación, que no debería ser vinculante para las demás culturas. Estas deberían tener derecho a volver atrás hasta el punto anterior a esa inculturación, para descubrir el mensaje fundamental del Nuevo Testamento e inculturarlo de nuevo en sus ambientes particulares.

Esta tesis no está totalmente equivocada, pero es torpe e imprecisa. En efecto, el Nuevo Testamento fue escrito en griego e implica el contacto con el espíritu griego, un contacto que había madurado en el desarrollo precedente del Antiguo Testamento.

Ciertamente, en el proceso de formación de la Iglesia antigua hay elementos que no deben integrarse en todas las culturas. Sin embargo, las decisiones fundamentales que atañen precisamente a la relación de la fe con la búsqueda de la razón humana forman parte de la fe misma y son sus desarrollos, acordes con su naturaleza.

Así llego a la conclusión. Este intento, realizado solo a grandes rasgos, de crítica de la razón moderna desde su interior, de ninguna manera incluye la opinión de que hay que regresar al período anterior a la Ilustración, rechazando las convicciones de la época moderna. Se debe reconocer sin reservas lo que tiene de positivo el desarrollo moderno del espíritu: todos nos sentimos agradecidos por las maravillosas posibilidades que ha abierto al hombre y por los progresos que se han logrado en el campo humano.

Por lo demás, la ética de la investigación científica –como ha aludido usted, rector magnífico– debe implicar una voluntad de obediencia a la verdad y, por tanto, debe ser expresión de una actitud que forma parte de las decisiones esenciales del espíritu cristiano. Por consiguiente, nuestra intención no es retirarnos o hacer una crítica negativa, sino ampliar nuestro concepto de razón y de su uso. Porque, mientras nos alegramos por las nuevas posibilidades abiertas a la humanidad, también vemos los peligros que emergen de estas posibilidades y debemos preguntarnos cómo podemos evitarlos. Solo lo lograremos si la razón y la fe se vuelven a encontrar unidas de un modo nuevo, si superamos la limitación, autodecretada, de la razón a lo que se puede verificar con la experimentación, y le abrimos nuevamente toda su amplitud. En este sentido, la teología, no sólo como disciplina histórica y ciencia humana, sino como teología auténtica, es decir, como ciencia que se interroga sobre la razón de la fe, debe encontrar espacio en la universidad y en el amplio diálogo de las ciencias.

Sólo así se puede entablar un auténtico diálogo entre las culturas y las religiones, un diálogo que necesitamos con urgencia. En el mundo occidental está muy difundida la opinión según la cual solo la razón positivista y las formas de la filosofía derivadas de ella son universales. Pero las culturas profundamente religiosas del mundo consideran que precisamente esta exclusión de lo divino de la universalidad de la razón constituye un ataque a sus convicciones más íntimas. Una razón que sea sorda a lo divino y que relegue la religión al ámbito de las subculturas, es incapaz de entrar en el diálogo de las culturas. Con todo, como he tratado de demostrar, la razón moderna propia de las ciencias naturales, con su elemento platónico intrínseco, conlleva un interrogante que la trasciende, como trasciende las posibilidades de su método.

La razón moderna tiene que aceptar sencillamente la estructura racional de la materia y la correspondencia entre nuestro espíritu y las estructuras racionales que actúan en la naturaleza como un dato de hecho, en el que se basa su método. Pero de hecho se plantea la pregunta sobre el porqué de este dato, y las ciencias naturales deben dejar que respondan a ella otros niveles y otros modos de pensar, es decir, la filosofía y la teología.

Para la filosofía y, de modo diferente, para la teología, escuchar las grandes experiencias y convicciones de las tradiciones religiosas de la humanidad, especialmente las de la fe cristiana, constituye una fuente de conocimiento; no aceptar esta fuente de conocimiento sería una grave limitación de nuestra escucha y nuestra respuesta.

Aquí me vienen a la mente unas palabras que Sócrates dijo a Fedón. En los diálogos anteriores se habían referido muchas opiniones filosóficas erróneas; y entonces Sócrates dice: “Sería fácilmente comprensible que alguien, a quien le molestaran todas estas opiniones erróneas, desdeñara durante el resto de su vida y se burlara de toda conversación sobre el ser; pero de esta forma renunciaría a la verdad de la existencia y sufriría una gran pérdida”.

Occidente, desde hace mucho, está amenazado por esta aversión contra los interrogantes fundamentales de su razón, y así solo puede sufrir una gran pérdida. La valentía para abrirse a la amplitud de la razón, y no la negación de su grandeza, es el programa con el que una teología comprometida en la reflexión sobre la fe bíblica entra en el debate de nuestro tiempo. “No actuar según la razón, no actuar con el *logos*, es contrario a la naturaleza de Dios”, dijo Manuel II, partiendo de su imagen cristiana de Dios, respondiendo a su interlocutor persa. En el diálogo de las culturas invitamos a nuestros interlocutores a este gran *logos*, a esta amplitud de la razón. Redescubrirla constantemente nosotros mismos es la gran tarea de la universidad**.

** El Santo Padre desea publicar más adelante una redacción del mismo enriquecida con notas. Por tanto, la actual debe considerarse provisional.

HOMILÍA DE S.S. BENEDICTO XVI EN LA EXPLANADA DE ISLING (Ratisbona, martes 12 de septiembre de 2006)*

Queridos hermanos en el ministerio episcopal y sacerdotal;
queridos hermanos y hermanas:

“El que cree nunca está solo”. Permitidme repetir una vez más el lema de estos días y expresar mi alegría porque podemos verlo realizado aquí: la fe nos reúne y nos regala una fiesta. Nos da la alegría en Dios, la alegría por la creación y por estar juntos. Sé que esta fiesta ha requerido mucho empeño y mucho trabajo previo. Por las noticias de los periódicos he podido conocer un poco cuántas personas han dedicado su tiempo y sus fuerzas para preparar esta explanada de un modo tan digno; gracias a ellos está la cruz aquí, sobre la colina, como signo de Dios para la paz del mundo; los caminos de entrada y de salida están libres; la seguridad y el orden están garantizados; se han preparado alojamientos, etc.

No podía imaginar –e incluso ahora lo sé sólo sucintamente– cuánto trabajo, hasta los mínimos detalles, ha sido necesario para que pudiéramos reunirnos todos hoy aquí. Por todo ello quiero decir sencillamente: “¡Gracias de todo corazón!” Que el Señor os lo pague todo y que la alegría que ahora podemos experimentar gracias a vuestra preparación vuelva centuplicada a cada uno de vosotros.

Me conmovió conocer cuántas personas, especialmente de las escuelas profesionales de Weiden y Amberg, así como empresas y particulares, hombres y mujeres, han colaborado para embellecer mi casa y mi jardín. Me emociona tanta bondad, y también en este caso quiero decir solamente un humilde “¡gracias!” por este esfuerzo. No habéis hecho todo esto por un hombre, por mi pobre persona; en definitiva, lo habéis hecho por la solidaridad de la fe, impulsados por el amor a Cristo y a la Iglesia. Todo esto es un signo de verdadera humanidad, que brota de haber sido tocados por Jesucristo.

Nos hemos reunido para una fiesta de la fe. Ahora, sin embargo, surge la pregunta: ¿Pero qué es lo que creemos en realidad? ¿Qué significa creer? ¿Puede existir todavía, de hecho, algo así en el mundo moderno? Viendo las grandes “Sumas” de teología redactadas en la Edad Media o pensando en la cantidad de libros escritos cada día a favor o contra de la fe, podemos sentir la tentación de desalentarnos y pensar que todo esto es demasiado complicado. Al final, por ver los árboles, ya no se ve el bosque.

Es verdad: la visión de la fe abarca el cielo y la tierra; el pasado, el presente, el futuro, la eternidad; por ello no se puede agotar jamás. Ahora bien, en su núcleo es muy sencilla. El Señor mismo habló de ella con el Padre diciendo: “Has revelado estas cosas a los pequeños, a los que son capaces de ver con el corazón”

*Viaje apostólico de Su Santidad Benedicto XVI a Munich, Altötting y Ratisbona (9-14 de septiembre de 2006).

(cf. Mt 11, 25). La Iglesia, por su parte, nos ofrece una pequeña “Suma”, en la cual se expresa todo lo esencial: es el así llamado “Credo de los Apóstoles”. Se divide normalmente en doce artículos, como el número de los Apóstoles, y habla de Dios, creador y principio de todas las cosas; de Cristo y de su obra de la salvación, hasta la resurrección de los muertos y la vida eterna. Pero en su concepción de fondo, el Credo sólo se compone de tres partes principales y, según su historia, no es sino una amplificación de la fórmula bautismal, que el Señor resucitado entregó a los discípulos para todos los tiempos cuando les dijo: “Id, pues, y haced discípulos a todas las gentes bautizándolas en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo” (Mt 28, 19).

Esta visión demuestra dos cosas: en primer lugar, que la fe es sencilla. Creemos en Dios, principio y fin de la vida humana. En el Dios que entra en relación con nosotros, los seres humanos; que es nuestro origen y nuestro futuro. Así, la fe es al mismo tiempo esperanza, es la certeza de que tenemos un futuro y de que no caeremos en el vacío. Y la fe es amor, porque el amor de Dios quiere “contagiarnos”. Esto es lo primero: nosotros simplemente creemos en Dios, y esto lleva consigo también la esperanza y el amor.

La segunda constatación es la siguiente: el Credo no es un conjunto de afirmaciones, no es una teoría. Está, precisamente, anclado en el acontecimiento del bautismo, un acontecimiento de encuentro entre Dios y el hombre. Dios, en el misterio del bautismo, se inclina hacia el hombre; sale a nuestro encuentro y así también nos acerca los unos a los otros. Porque el bautismo significa que Jesucristo, por decirlo así, nos adopta como hermanos y hermanas suyos, acogiéndonos así como hijos en la familia de Dios. Por consiguiente, de este modo hace de todos nosotros una gran familia en la comunidad universal de la Iglesia. Sí, el que cree nunca está solo. Dios nos sale al encuentro. Encaminémonos también nosotros hacia Dios, pues así nos acercaremos los unos a los otros. En la medida de nuestras posibilidades, no dejemos solo a ninguno de los hijos de Dios.

Creemos en Dios. Esta es nuestra opción fundamental. Pero, nos preguntamos de nuevo: ¿es posible esto aún hoy? ¿Es algo razonable? Desde la Ilustración, al menos una parte de la ciencia se dedica con empeño a buscar una explicación del mundo en la que Dios sería superfluo. Y si eso fuera así, Dios sería inútil también para nuestra vida. Pero cada vez que parecía que este intento había tenido éxito, inevitablemente resultaba evidente que las cuentas no cuadran. Las cuentas sobre el hombre, sin Dios, no cuadran; y las cuentas sobre el mundo, sobre todo el universo, sin él no cuadran. En resumidas cuentas, quedan dos alternativas: ¿Qué hay en el origen? La Razón creadora, el Espíritu creador que obra todo y suscita el desarrollo, o la Irracionalidad que, carente de toda razón, produce extrañamente un cosmos ordenado de modo matemático, así como el hombre y su razón. Esta, sin embargo, no sería más que un resultado casual de la evolución y, por tanto, en el fondo, también algo irracional.

Los cristianos decimos: “Creo en Dios Padre, Creador del cielo y de la tierra”, creo en el Espíritu Creador. Creemos que en el origen está el Verbo eterno, la Razón y no la Irracionalidad. Con esta fe no tenemos necesidad de escondernos, no debemos tener miedo de encontrarnos con ella en un callejón sin salida. Nos alegra poder conocer a Dios. Y tratamos de hacer ver también a los demás la racionalidad de la fe, como san Pedro exhortaba explícitamente, en su primera carta (cf. 1 P 3, 15), a los cristianos de su tiempo, y también a nosotros.

Creemos en Dios. Lo afirman las partes principales del Credo y lo subraya sobre todo su primera parte. Pero ahora surge inmediatamente la segunda pregunta: ¿en qué Dios? Pues bien, creemos precisamente en el Dios que es Espíritu Creador, Razón creadora, del que proviene todo y del que provenimos también nosotros.

La segunda parte del Credo nos dice algo más. Esta Razón creadora es Bondad. Es Amor. Tiene un rostro. Dios no nos deja andar a tientas en la oscuridad. Se ha manifestado como hombre. Es tan grande que se puede permitir hacerse muy pequeño. “El que me ha visto a mí, ha visto al Padre”, dice Jesús (*Jn 14, 9*). Dios ha asumido un rostro humano. Nos ama hasta el punto de dejarse clavar por nosotros en la cruz, para llevar los sufrimientos de la humanidad hasta el corazón de Dios. Hoy, que conocemos las patologías y las enfermedades mortales de la religión y de la razón, las destrucciones de la imagen de Dios a causa del odio y del fanatismo, es importante decir con claridad en qué Dios creemos y profesar con convicción este rostro humano de Dios. Sólo esto nos impide tener miedo a Dios, un sentimiento que en definitiva es la raíz del ateísmo moderno. Sólo este Dios nos salva del miedo del mundo y de la ansiedad ante el vacío de la propia vida. Sólo mirando a Jesucristo, nuestro gozo en Dios alcanza su plenitud, se hace gozo redimido. Durante esta solemne celebración de la Eucaristía dirijamos nuestra mirada al Señor, que está aquí ante nosotros clavado en la cruz, y pidámosle el gran gozo que él prometió a sus discípulos en el momento de su despedida (cf. *Jn 16, 24*).

La segunda parte del Credo concluye con la perspectiva del Juicio final, y la tercera parte con la de la resurrección de los muertos. Juicio: ¿se nos quiere infundir de nuevo el miedo con esta palabra? Pero, ¿acaso no deseamos todos que un día se haga justicia a todos los condenados injustamente, a cuantos han sufrido a lo largo de la vida y han muerto después de una vida llena de dolor? ¿Acaso no queremos todos que el exceso de injusticia y sufrimiento, que vemos en la historia, al final desaparezca; que todos en definitiva puedan gozar, que todo cobre sentido?

Este triunfo de la justicia, esta unión de tantos fragmentos de historia que parecen carecer de sentido, integrándose en un todo en el que dominen la verdad y el amor, es lo que se entiende con el concepto de Juicio del mundo. La fe no quiere infundirnos miedo; pero quiere llamarnos a la responsabilidad. No debemos desperdiciar nuestra vida, ni abusar de ella; tampoco debemos conservarla sólo para nosotros mismos. Ante la injusticia no debemos permanecer indiferentes, siendo conniventes o incluso cómplices. Debemos percibir nuestra misión en la historia y tratar de corresponder a ella. No se trata de miedo, sino de responsabilidad; se necesita responsabilidad y preocupación por nuestra salvación y por la salvación de todo el mundo. Cada uno debe contribuir a esto. Pero cuando la responsabilidad y la preocupación tiendan a convertirse en miedo, recordemos las palabras de san Juan: “Hijos míos, os escribo esto para que no pequéis. Pero si alguno peca, tenemos a uno que abogue ante el Padre: a Jesucristo, el Justo” (*1 Jn 2, 1*). “En caso de que nos condene nuestra conciencia, Dios es mayor que nuestra conciencia y conoce todo” (*1 Jn 3, 20*).

Celebramos hoy la fiesta del “Nombre de María”. A quienes llevan este nombre –mi mamá y mi hermana lo llevaban, como ha recordado el Obispo– quisiera expresarles mi más cordial felicitación por su onomástico. María, la Madre del

Señor, recibió del pueblo fiel el título de “Abogada”, pues es nuestra abogada ante Dios. Desde las bodas de Caná la conocemos como la mujer benigna, llena de solicitud materna y de amor, la mujer que percibe las necesidades ajenas y, para ayudar, las lleva ante el Señor.

Hoy hemos escuchado en el evangelio cómo el Señor la entrega como Madre al discípulo predilecto y, en él, a todos nosotros. En todas las épocas los cristianos han acogido con gratitud este testamento de Jesús, y junto a la Madre han encontrado siempre la seguridad y la confiada esperanza que nos llenan de gozo en Dios y en nuestra fe en él.

Acojamos también nosotros a María como la estrella de nuestra vida, que nos introduce en la gran familia de Dios. Sí, el que cree nunca está solo. Amén.

LA CIENCIA AL SERVICIO DEL SER HUMANO
Discurso de S.S. Benedicto XVI en la
Universidad Pontificia Lateranense
(21 de octubre de 2006)

Señores cardenales;
venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; ilustres señores y amables señoras; queridos estudiantes:

Me alegra mucho poder compartir con vosotros el inicio del Año académico, que coincide con la solemne inauguración de la nueva biblioteca y de esta aula magna. Agradezco al gran canciller, señor cardenal Camillo Ruini, las palabras de bienvenida que tan cordialmente me ha dirigido en nombre de toda la comunidad académica. Saludo al rector magnífico, monseñor Rino Fisichella, y le agradezco lo que ha dicho dando inicio a este solemne acto académico. Saludo a los cardenales, a los arzobispos y obispos, a las autoridades académicas y a todos los profesores, así como al personal que trabaja en la Universidad. Saludo asimismo con especial afecto a todos los estudiantes, porque la Universidad fue creada para ellos.

Recuerdo con agrado mi última visita a esta Universidad Lateranense y, como si no hubiera pasado el tiempo, quisiera referirme al tema que se trató entonces, como si lo hubiéramos interrumpido sólo por algunos momentos. Un contexto como el académico invita de un modo muy peculiar a entrar de nuevo en el tema de la *crisis de cultura y de identidad*, que en estos decenios se presenta no sin dramatismo ante nuestros ojos.

La Universidad es uno de los lugares más cualificados para tratar de encontrar los caminos oportunos para salir de esta situación, pues en ella se conserva la riqueza de la tradición que permanece viva a lo largo de los siglos y precisamente la biblioteca es un medio esencial para conservar la riqueza de la tradición; en ella se puede ilustrar la fecundidad de la verdad cuando es acogida en su autenticidad con espíritu sencillo y abierto.

En la Universidad se forman las nuevas generaciones, que esperan una propuesta seria, comprometedora y capaz de responder en nuevos contextos al interrogante perenne sobre el sentido de la propia existencia. Esta expectativa no debe quedar defraudada. El contexto contemporáneo parece conceder primacía a una inteligencia artificial cada vez más subyugada por la técnica experimental, olvidando de este modo que *toda ciencia debe defender siempre al hombre y promover su búsqueda del bien auténtico*. Conceder más valor al "hacer" que al "ser" no ayuda a restablecer el equilibrio fundamental que toda persona necesita para dar a su existencia un sólido fundamento y una finalidad válida.

En efecto, todo hombre está llamado a dar sentido a su obrar sobre todo cuando se sitúa en el horizonte de un descubrimiento científico que va contra la esencia misma de la vida personal. Dejarse llevar por el gusto del descubrimiento sin salvaguardar los criterios que derivan de una visión más profunda haría caer

fácilmente en el drama del que se hablaba en el mito antiguo: el joven Icaro, arrastrado por el gusto del vuelo hacia la libertad absoluta, desoyendo las advertencias de su anciano padre Dédalo, se acerca cada vez más al sol, olvidando que las alas con las que se ha elevado hacia el cielo son de cera. La caída desastrosa y la muerte son el precio que paga por esa engañosa ilusión. El mito antiguo encierra una lección de valor perenne. En la vida existen otras ilusiones engañosas, en las que no podemos poner nuestra confianza, si no queremos correr el riesgo de consecuencias desastrosas para nuestra vida y para la de los demás.

El profesor universitario no sólo tiene como misión investigar la verdad y suscitar perenne asombro ante ella, sino también promover su conocimiento en todos los aspectos y defenderla de interpretaciones reductivas y desviadas. *Poner en el centro el tema de verdad* no es un acto meramente especulativo, restringido a un pequeño círculo de pensadores; al contrario, *es una cuestión vital* para dar profunda identidad a la vida personal y suscitar la responsabilidad en las relaciones sociales (cf. *Ef 4, 25*). De hecho, si no se plantea el interrogante sobre la verdad y no se admite que cada persona tiene la posibilidad concreta de alcanzarla, la vida acaba por reducirse a un abanico de hipótesis sin referencias ciertas.

Como decía el famoso humanista Erasmo: “Las opiniones son fuente de felicidad barata. Aprender la verdadera esencia de las cosas, aunque se trate de cosas de mínima importancia, cuesta gran esfuerzo” (*Elogio de la locura* XL, VII). Este es el esfuerzo que la Universidad debe tratar de realizar; se lleva a cabo mediante el estudio y la investigación, con espíritu de paciente perseverancia. En cualquier caso, este esfuerzo permite entrar progresivamente en el núcleo de las cuestiones y suscita la pasión por la verdad y la alegría por haberla encontrado.

Siguen siendo muy actuales las palabras del santo obispo Anselmo de Aosta: “Que yo te busque deseando; que te desee buscando; que te encuentre amando; y que te ame encontrándote” (*Proslogion*, 1). Ojalá que el espacio del silencio y de la contemplación, que son el escenario indispensable donde se sitúan los interrogantes que la mente suscita, encuentre entre estas paredes personas atentas que sepan valorar su importancia, su eficacia y sus consecuencias tanto para la vida personal como para la social.

Dios es la verdad última a la que toda razón tiende naturalmente, impulsada por el deseo de recorrer a fondo el camino que se le ha asignado. Dios no es una palabra vacía ni una hipótesis abstracta; al contrario, es el fundamento sobre el que se ha de construir la propia vida. Vivir en el mundo “*veluti si Deus daretur*” conlleva la aceptación de la responsabilidad que impulsa a investigar todos los caminos con tal de acercarse lo más posible a Él, que es el fin hacia el cual tiende todo (cf. *1 Co 15, 24*).

El creyente sabe que este Dios tiene un rostro y que, una vez para siempre, en *Jesucristo* se hizo cercano a cada hombre. Lo recordó con agudeza el concilio Vaticano II: “El Hijo de Dios, con su encarnación, se ha unido, en cierto modo, con todo hombre. Trabajó con manos de hombre, pensó con inteligencia de hombre, obró con voluntad de hombre, amó con corazón de hombre. Nacido de la Virgen María, se hizo verdaderamente uno de nosotros, en todo semejante a nosotros excepto en el pecado” (*Gaudium et spes*, 22). Conocerlo a él es conocer la verdad plena, gracias a la cual se encuentra la libertad: “Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres” (*Jn 8, 32*).

Antes de concluir, deseo expresar vivo aprecio por la realización de las nuevas instalaciones, que completan el complejo de edificios de la Universidad, haciéndola cada vez más adecuada para el estudio, la investigación y la animación de la vida de toda la comunidad. Habéis querido dedicar a mi pobre persona esta aula magna. Os agradezco el gesto. Espero que sea un centro fecundo de actividad científica a través del cual la Universidad Lateranense se transforme en instrumento de un fecundo diálogo entre las diversas realidades religiosas y culturales, en la búsqueda común de caminos que favorezcan el bien y el respeto de todos.

Con estos sentimientos, a la vez que pido al Señor que derrame sobre este lugar la abundancia de sus luces, encomiendo el camino de este año académico a la protección de la Virgen santísima, e imparto a todos la propiciadora bendición apostólica.

DISCURSO DE S.S. BENEDICTO XVI
A LA ASAMBLEA PLENARIA
DE LA ACADEMIA PONTIFICIA DE CIENCIAS
(Lunes 6 de noviembre de 2006)

Excelencias;
distinguidas señoras y señores:

Me complace saludar a los miembros de la Academia pontificia de ciencias con ocasión de esta asamblea plenaria, y agradezco al profesor Nicola Cabibbo las amables palabras de saludo que me ha dirigido en vuestro nombre. El tema de vuestro encuentro –“La posibilidad de predicción en la ciencia: exactitud y limitaciones”– se refiere a un aspecto característico de la ciencia moderna. De hecho, la posibilidad de predicción es una de las razones principales del prestigio de la ciencia en la sociedad contemporánea. La creación del método científico ha dado a las ciencias la capacidad de prever los fenómenos, estudiar su desarrollo y controlar así el ambiente en el que el hombre vive.

El creciente “avance” de la ciencia, y especialmente su capacidad de controlar la naturaleza a través de la tecnología, en ocasiones ha ido acompañado por una correspondiente “retirada” de la filosofía, de la religión e incluso de la fe cristiana. De hecho, algunos han visto en el progreso de la ciencia y de la tecnología modernas una de las principales causas de la secularización y el materialismo: ¿por qué invocar el dominio de Dios sobre esos fenómenos, cuando la ciencia ha mostrado su propia capacidad de hacer lo mismo?

Ciertamente, la Iglesia reconoce que el hombre “gracias a la ciencia y a la técnica ha ampliado y continuamente amplía su dominio sobre casi toda la naturaleza”, de manera que “muchos bienes que esperaba antes principalmente de fuerzas superiores, hoy se los obtiene ya con su propia habilidad” (*Gaudium et spes*, 33).

Al mismo tiempo, el cristianismo no plantea un conflicto inevitable entre la fe sobrenatural y el progreso científico. El verdadero punto de partida de la revelación bíblica es la afirmación de que Dios creó a los seres humanos, los dotó de razón, y les dio el dominio sobre todas las criaturas de la tierra. De este modo, el hombre se ha convertido en administrador de la creación y en “ayudante” de Dios.

Si pensamos, por ejemplo, en cómo la ciencia moderna, al prever los fenómenos naturales, ha contribuido a la protección del ambiente, al progreso de los países en vías de desarrollo, a la lucha contra las epidemias y al aumento de las expectativas de vida, resulta evidente que no hay conflicto entre la providencia de Dios y la acción del hombre. En efecto, podríamos decir que la labor de prever, controlar y gobernar la naturaleza, que la ciencia hace hoy más factible que en el pasado, forma parte del plan del Creador.

Sin embargo, la ciencia, aunque es generosa, da sólo lo que puede dar. El hombre no puede poner en la ciencia y en la tecnología una confianza tan radical

e incondicional como para creer que el progreso de la ciencia y la tecnología puede explicarlo todo y satisfacer plenamente todas sus necesidades existenciales y espirituales. La ciencia no puede sustituir a la filosofía y a la revelación, dando una respuesta exhaustiva a las cuestiones fundamentales del hombre, como las que atañen al sentido de la vida y la muerte, a los valores últimos, y a la naturaleza del progreso mismo.

Por esta razón, el concilio Vaticano II, después de reconocer los beneficios conseguidos gracias a los progresos científicos, señaló que “el método de investigación utilizado por estas disciplinas se considera sin razón como la regla suprema para hallar toda la verdad”, y añadió que “existe el peligro de que el hombre, confiando demasiado en los modernos inventos, crea que se basta a sí mismo y no busque ya cosas más altas” (*ib.*, 57).

La posibilidad de predicción científica también plantea la cuestión de las responsabilidades éticas del científico. Sus conclusiones deben guiarse por el respeto a la verdad y por un reconocimiento honrado tanto de la exactitud como de las limitaciones inevitables del método científico.

Ciertamente, esto significa evitar predicciones innecesariamente alarmantes, cuando no se apoyan en datos suficientes o superan la actual capacidad de la ciencia de hacer previsiones. Al mismo tiempo, se debe evitar lo contrario: callar por temor ante los auténticos problemas.

La influencia de los científicos en la formación de la opinión pública, en virtud de su conocimiento, es demasiado importante como para ser contrarrestada por una indebida precipitación o por una publicidad superficial. Como dijo en cierta ocasión mi predecesor el Papa Juan Pablo II: “Los científicos, precisamente porque “saben más”, están llamados a “servir más”. Dado que la libertad de que gozan en la investigación les permite el acceso al conocimiento especializado, tienen la responsabilidad de usarlo sabiamente en beneficio de toda la familia humana” (*Discurso a la Academia pontificia de ciencias*, 11 de noviembre de 2002: *L’Osservatore Romano*, edición en lengua española, 15 de noviembre de 2002, p. 7).

Queridos académicos, nuestro mundo sigue contando con vosotros y con vuestros colegas para comprender claramente las posibles consecuencias de muchos importantes fenómenos naturales. Pienso, por ejemplo, en las continuas amenazas al medio ambiente que afectan a poblaciones enteras, y la necesidad urgente de descubrir fuentes de energía alternativas, seguras y que estén al alcance de todos.

Los científicos encontrarán el apoyo de la Iglesia en su esfuerzo por afrontar estas cuestiones, porque ha recibido de su divino Fundador la misión de guiar las conciencias de los hombres hacia el bien, la solidaridad y la paz. Precisamente por esta razón, considera que tiene el deber de insistir en que la capacidad de la ciencia de predecir y controlar no se debe emplear jamás contra la vida y la dignidad del ser humano, sino que debe ponerse siempre a su servicio, al servicio de esta generación y de las futuras.

Hay, por último, una reflexión que nos puede sugerir hoy el tema de vuestra asamblea. Como han puesto de relieve algunas de las relaciones presentadas en los últimos días, el mismo método científico, al acumular datos, procesarlos y utilizarlos en sus proyecciones, tiene limitaciones inherentes que restringen necesariamente la posibilidad de predicción científica en determinados contextos y enfoques. Por

tanto, la ciencia no puede pretender proporcionar una representación completa y determinista de nuestro futuro y del desarrollo de cada fenómeno que estudia.

La filosofía y la teología pueden dar una importante contribución a esta cuestión fundamentalmente epistemológica, por ejemplo, ayudando a las ciencias empíricas a reconocer la diferencia entre la incapacidad matemática de predecir ciertos acontecimientos y la validez del principio de causalidad, o entre el indeterminismo científico o contingencia (casualidad) y la causalidad a nivel filosófico, o más radicalmente entre la evolución como origen de una sucesión en el espacio y en el tiempo, y la creación como origen último del ser participado en el Ser esencial.

Al mismo tiempo, hay un nivel más elevado que necesariamente trasciende todas las predicciones científicas, a saber, el mundo humano de la libertad y la historia. Mientras que el cosmos físico puede tener su propio desarrollo espacio-temporal, sólo la humanidad, estrictamente hablando, tiene una historia, la historia de su libertad. La libertad, como la razón, es una parte preciosa de la imagen de Dios en nosotros, y no puede reducirse nunca a un análisis determinista.

Su trascendencia con respecto al mundo material debe reconocerse y respetarse, puesto que es un signo de nuestra dignidad humana. Negar esta trascendencia en nombre de una supuesta capacidad absoluta del método científico de prever y condicionar el mundo humano implicaría la pérdida de lo que es humano en el hombre, y, al no reconocer su singularidad y trascendencia, podría abrir peligrosamente la puerta a su explotación.

Queridos amigos, al concluir estas reflexiones, os aseguro una vez más mi gran interés por las actividades de esta Academia pontificia y mis oraciones por vosotros y por vuestras familias. Sobre todos vosotros invoco las bendiciones de Dios todopoderoso de sabiduría, alegría y paz.

LA PÍLDORA Y EL RESPETO POR LA AUTONOMÍA

Resulta de interés conocer la opinión de uno de los principales investigadores e impulsores de la anticoncepción de emergencia (AE), en un editorial de agosto de 2006 de la revista *Contraception*.

James Trussell, uno de los principales investigadores e impulsores de la anticoncepción de emergencia (AE), afirma en el editorial de agosto de 2006 de la revista *Contraception*: “Para tomar una decisión informada, las mujeres deben saber que las píldoras de AE pueden prevenir el embarazo retardando o inhibiendo la ovulación, inhibiendo la fecundación o inhibiendo la implantación de un huevo fecundado en el endometrio”. Entre los AE está la llamada píldora del día después (PDD).

Aunque tenemos profundas discrepancias con Trussell en cuanto al respeto a la vida que merece el ser humano en sus primeras etapas de desarrollo y a las estrategias sanitarias para disminuir el embarazo de las adolescentes y el llamado “embarazo no deseado”, nos alegra coincidir en su respeto por informar veraz y claramente a las mujeres sobre los efectos de la AE, incluyendo específicamente la inhibición de la implantación. El derecho a la información está profundamente arraigado en la bioética moderna como expresión del respeto por uno de sus principios básicos: el respeto por la autonomía. Éste se basa en el respeto por las personas y su dignidad, que fundamenta el derecho de los seres humanos a ser informados sobre aspectos que conciernen a su propia vida y así poder tomar decisiones libres y responsables. “Toda intervención médica sólo puede ser llevada a cabo previo consentimiento libre e informado basado en una adecuada información” (*Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos*, Unesco, octubre de 2006). El derecho a la información trasciende el ámbito de la medicina y es uno de los pilares de las sociedades verdaderamente democráticas y pluralistas.

El principio de autonomía incluye un segundo aspecto: la protección por parte de la sociedad de los seres humanos que aún no pueden ejercer su autonomía. Tema muy sensible dadas las graves transgresiones en que se incurrió al usar seres humanos sin capacidad de consentimiento para experimentos que no tenían ningún beneficio para ellos. Refiriéndose a las personas sin capacidad de consentimiento, la *Declaración* de la Unesco señala que “las investigaciones deben ser hechas cuando vayan en directo beneficio de el o la que participa”. Y luego agrega: “Individuos o grupos especialmente vulnerables deben ser protegidos y su integridad personal, respetada”. Éste es el caso del ser humano en sus primeras etapas de vida, lo que coincide con la recientemente aprobada Ley del Genoma, que protege la vida y la integridad de todos los seres humanos sin discriminaciones desde el inicio de la vida en la concepción hasta la muerte.

La forma como se ha implementado en Chile el uso de la PDD *transgrede el principio de autonomía de las personas* en los dos aspectos mencionados. La información que se entrega es parcial, y se vulnera la protección de la vida de seres humanos indefensos. Las “Normas nacionales de regulación de la fertili-

dad” dicen al respecto: “Cuando la mujer toma la AE en un momento de su ciclo menstrual en que aún puede interferir con la ovulación o el transporte de los espermatozoides, previene la fecundación. Si la toma cuando ya es muy tarde para impedir estos eventos, el método falla y la mujer se embaraza si es que ese ciclo era fértil”. Esto último no es cierto. Hay información epidemiológica que lo contradice: la afirmación arriba citada de J. Trussell y la información que la FDA entrega en Estados Unidos incluyen el efecto sobre la implantación.

Además, independiente del nivel de evidencia disponible sobre este aspecto, lo relevante es que el embrión humano *no obtiene ningún beneficio* con el uso de la PDD, que la inhibición de la implantación estuvo en la intención original de los propulsores de la AE y que existen datos epidemiológicos que muestran que sí lo hace. Esta información es indispensable que sea proporcionada por las autoridades de salud a la población, al margen de los valores y posiciones ideológicas que ellas tengan sobre el respeto que merece el ser humano en esta etapa de su desarrollo. Las informaciones de las últimas semanas demuestran que son muchos los chilenos para quienes el derecho a la vida es intransable, y que el derecho a una información transparente es indispensable para una convivencia democrática.

DR. PATRICIO VENTURA-JUNCÁ, DR. MANUEL SANTOS,
DR. CLAUDIO BARROS, DR. MAURICIO BESIO*

*Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile) el 30.11.2006.

MORAL Y PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

Los sabios discuten acerca de si la llamada píldora del día después puede tener efecto antinplantatorio o abortivo. Seguirán discutiendo. Pero nadie se atreve a negar que en algún caso aquello pueda ocurrir. El juicio sobre una acción respecto de la cual hay alguna duda acerca de su bondad ha sido largamente desarrollado por la enseñanza de la moral fundada en el cristianismo. En caso de duda práctica acerca de si un acto es bueno o malo, no se puede éste realizar. San Pablo en la Carta a los Romanos dice que “el que dudando come, se condena, porque no obra según la fe; y todo lo que no viene de la fe es pecado” (Rom. 14,23). Un autor tan conocido como el padre G. Lagrange, al comentar estas palabras dice: “aquí la vacilación está en la conciencia. Y, sin embargo, se actúa sin haber resuelto la cuestión de si la acción es lícita o culpable; uno es por tanto culpable por correr conscientemente el riesgo de ofender a Dios”. Por esta razón los moralistas están de acuerdo que en estos casos antes de realizar una acción dudosa es necesario buscar seriamente aclarar la duda antes de actuar. Si sucede que no se puede salir de esa duda positiva porque incluso quienes tienen competencia científica para asegurarlo no pueden hacerlo dada la complejidad de los mecanismos con que actúan los elementos químicos usados, entonces se trata de un caso en que la duda obliga a abstenerse de usarla, porque existe el riesgo cierto de que con su uso se pueda poner fin a una vida humana ya en desarrollo. Se trata de una duda práctica, es decir, se refiere al modo concreto de actuar y no a controversias doctrinales, pues estamos ante el caso de una mujer que duda acerca de si el fármaco inhibirá en ella el proceso de fecundación antes de que este se produzca o lo hará después, es decir, cuando ya la vida nueva se haya formado y pese a los intentos de dilucidar esa duda no hay elementos suficientes para hacerlo. Se aplica en este caso, entonces, un principio clásico, que señala que cuando están en juego cuestiones graves –y aquí lo están, pues se trata de una posible vida humana– se ha de elegir la actuación más segura o, dicho de otra manera, se ha de actuar de manera que se tenga la máxima seguridad de hacerlo correctamente, actuación que en este caso lleva a negarse a usar el fármaco.

En efecto, una situación así obliga a actuar en la duda, con menos datos de los necesarios, lo cual crea conflictos. Quienes profesan un respeto profundo a todos los seres humanos sin excepción, estiman que jamás uno de ellos puede ser expuesto al riesgo próximo de ser destruido, aunque ese riesgo no esté cuantificado. Basta con que la píldora sea de hecho capaz de privar de la oportunidad de vivir al embrión humano para que la acción de tomarla sea condenable. Quienes no profesan aquel respeto prefieren negar el problema ético valiéndose de ciertos cambios del lenguaje. Para ellos, mudar el nombre de las acciones transmuta su moralidad. Afirma un editorial del *New England Journal of Medicine*: “...aun cuando la contracepción de emergencia actuara exclusivamente impidiendo la implantación del cigoto, no sería abortiva”. Pero no se nos dice qué es. Quebrar la vida de un ser humano, por minúscula que sea la víctima, es algo que merece ser llamado de alguna manera. Impedir la implantación del embrión humano es

un hecho de notable importancia ética que no se puede volatilizar por el fácil expediente de dejarlo sin nombre. Su sustancia moral no desaparece aunque se recurra a la redefinición de gestación y concepción que hace años pactaron algunos organismos mundiales de salud y las multinacionales del control de la natalidad. A este cambio semántico, que no modifica la esencia del problema, vienen resistiendo año tras año, con una tenacidad sensata, muchos hombres y mujeres de buena voluntad, las sucesivas ediciones de los diccionarios generales y médicos y los libros de embriología humana (Gonzalo Herranz).

También es necesario que quienes sean llevados al límite de tener que usar esta píldora en razón de una política que intentando vanamente salvar la libertad de la persona concreta, impone una forma de ver las cosas con el apoyo del poder de Estado, sean informados de que pueden hacerse cómplices del más fiero de todos los delitos: matar al que ya ha comenzado el recorrido de una vida en sus inicios, vida que es don de Dios para los hombres.

† JUAN IGNACIO GONZÁLEZ ERRÁZURIZ*
Obispo de San Bernardo

*Publicado en *La Segunda*/Digital el 13.10.2006.

UN EJEMPLO DE DOBLE ESTÁNDAR: LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS Y EL USO DE LAS ARMAS

El argumento que más se escucha estos días para justificar la entrega de la píldora del día después, incluso a menores de edad, es el de la equidad. Es evidente que la equidad es un bien y una virtud, pero ella no impone de buenas a primeras que todo lo que algunos poseen lo deban poseer los otros o tener derecho a acceder a ello. Si lo que algunos poseen son armas para una legítima defensa contra terceros –cosa que la misma ley reconoce– no por ello la autoridad deber procurar que los que no tienen puedan acceder a ellas e incluso darlas a quienes no pueden adquirirlas. El primer punto del análisis debe ser si aquello que se quiere hacer asequible a todos es algo bueno y procura el bien común de nuestros compatriotas. En el caso de las armas, es motivo de legítima discusión que la posesión de las mismas sea una forma efectiva de impedir ser motivo de un asalto. *Pareciera más conforme con bien común que la autoridad procure buenos servicios de policía que el hecho que reparta armas a un bajo precio o las regale en el caso de personas que no puedan adquirirlas.*

Llevando el tema de la equidad a la llamada píldora del día después, la autoridad pública expresa que siendo ella la que determina las políticas de salud y encontrando que no es equitativo que personas de ciertos ingresos puedan acceder a este fármaco, ella estima un deber ponerla a disposición de todas las personas que la soliciten, pues considera injusto que algunas mujeres puedan acceder a ella y otras no y que esa diferencia se dé por razones de orden económico. El razonamiento es aparentemente adecuado. Pero el punto central que debe tenerse en cuenta es si la distribución de aquel fármaco es un elemento necesario del bien común y por tanto un bien para la población, particularmente la más joven, cuya actividad sexual fuera de los cauces del matrimonio genera problemas de embarazos juveniles que se estima necesario impedir.

Ya hay suficiente evidencia de que el uso de la llamada píldora del día después puede, en ciertos casos, ser “interceptiva” o abortiva, como lo señala un extenso documento estudiado por los médicos de la Universidad Católica, dado a conocer hace pocos días. Es decir, el mundo científico tiene dudas y esas dudas hacen que sus afirmaciones acerca de la manera de operar del fármaco no sean unívocas. La autoridad suprema conoce bien esos razonamientos y puede que no los comparta, pero no puede desoírlos al momento de adoptar una resolución. No podría, de buenas a primeras, decir que a ella le parece que el reparto de esta píldora sea un bien. *Tendría que aceptar que su distribución puede poner en riesgo una vida humana ya formada que viene a ser interceptada por el mecanismo químico de la píldora.* Es decir, siendo la autoridad garante del primero de los derechos humanos, el derecho a la vida, la sola duda sobre los efectos de esta píldora debería ya detener cualquier juicio de bondad. *Pues bien, razonado lo anterior, habría que concluir que quienes por medios propios pueden acceder a la llamada píldora*

también están poniéndose en una ocasión próxima de eliminar una vida humana ya formada y por tanto su acto no puede ser catalogado de bueno de por sí. Por el contrario, si llegara a ocurrir que efectivamente se quitara la vida a un inocente ya concebido, se trataría de un acto condenable. Siendo un acto muy grave quitar la vida ya iniciada mediante la compra de un fármaco, lo es igualmente grave que esa vida sea quitada en razón del uso del mismo fármaco, pero entregado gratuitamente. Los ciudadanos tienen derecho a un razonamiento más profundo de la autoridad pública y no a que se les impongan sus propias maneras de ver las cosas, incluso contrarias a la evidencia científica.

Volviendo al tema de las armas. La decisión de la autoridad –si se sigue el razonamiento que ha guiado toda su actuación en el caso de la píldora– sería el reparto de armas a la población que no puede conseguírselas por falta de medios. Diría exactamente que la equidad exige que aquello a que pueden procurarse los más ricos –pistolas para su defensa personal– debe el Estado procurárselo gratuitamente a los más pobres. Pero en el caso de las armas, la autoridad ha procedido precisamente al revés, porque considera que es un mal –y lo es– que los ciudadanos se tomen la justicia por sus manos y nos convirtamos en un nuevo oeste americano y ha propiciado por medio de leyes y normas administrativas que quienes tengan armas las entreguen a la autoridad que ha procedido a su destrucción, buscando asegurar mejor la protección ciudadana con nuevos medios, recursos a las policías, etc. El bien común exigía proceder así.

Pues bien, la autoridad pública no ha seguido el mismo camino en el caso de la píldora. La diferencia, sin embargo, es esencial. En el caso de las armas, es posible que alguien sostuviera la bondad de detener el delito armando a la población, invocando la legítima defensa propia o de terceros. Hay que reconocer que éste podría ser este un camino posible. Pero en el caso de la píldora nunca puede ser un camino posible y bueno que una autoridad incite al uso de medios que pueden poner fin a la vida humana ya iniciada. Allí la equidad se convierte en iniquidad porque se trata de normas manifiestamente injustas.

Otra cosa es que la ideología guíe las decisiones. Allí todos estos razonamientos nada alcanzan y se impone la tiranía del más fuerte. Por algo los Obispos de Chile señalaron que estas normas les recordaban los regímenes totalitarios pasados.

DEPARTAMENTO COMUNICACIONES
OBISPADO DE SAN BERNARDO*

*Publicado en *Iglesia en San Bernardo*, febrero 2007, 30-31.

¿QUÉ LE DIJE?

Se lo había dicho a la Ministra. Pero no me quiso creer.

No era propio dictar “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” que recortaban los derechos que la Carta Fundamental y las leyes otorgan a los padres sobre sus hijos menores de edad.

Ni era racional saltarse, en materias tan delicadas, al Congreso, el gabinete, todos los partidos de gobierno (incluido el mayor de éstos, la DC) u oposición, las iglesias, las entidades científicas... ¡saltarse incluso la toma de razón de Contraloría! Para no hablar de la despreciada opinión pública. Todos, todos supeditados a lo que he llamado “la pandilla”, un grupo de tecnócratas-médicos del Ministerio de Salud, grupo que se halla convencido de su superior y única sabiduría en semejantes materias. Son los nuevos monarcas absolutos, los “déspotas ilustrados”, ante los cuales –como decía a los mexicanos un virrey del siglo XVIII– los humildes súbditos chilenos debían “callar y obedecer”... nada más.

Ni era tampoco lógico continuar haciendo confianza y otorgando esos poderes –sin un debate profundo– a los responsables de una “regulación de fertilidad” que ha llevado al país al borde de una crisis severa de despoblación, y a otra parecida de familia. ¿No acaba de decir la Presidenta que este 2007 tendremos escuálidos 240.000 nacimientos y robustas 110.000 demandas de alimentos?

Pero ni la Ministra ni la pandilla hicieron las consideraciones que preceden, tan evidentes, e infligieron a la Presidenta el bochorno de ver invalidadas las “Normas” por el Tribunal Constitucional.

¿Y cómo han reaccionado los culpables de este paso en falso? De una manera descorazonante, pues evidencia el firme propósito de insistir en el mal camino... el camino de imponer sin debatir. Así, han dicho:

–Que el fallo no ha sido unánime, sino de mayoría. Esta “crítica” se comenta sola.

–Que el Tribunal tendría competencia para pronunciarse sólo sobre decretos supremos, y no sobre resoluciones. Lo que el organismo dice es, justamente, que la materia de la seudoresolución exigía un decreto supremo. ¡Qué fácil, de otro modo, eludir tanto el control constitucional como la toma de razón de los decretos! Cosa de bautizarlos “resoluciones”...

–Que hace cuarenta años que el Ministerio de Salud dicta políticas de planificación familiar, sin que jamás se le haya cuestionado la constitucionalidad de hacerlo. Pero –parte de los malos resultados de estas políticas– ahora fue cuestionada, y era obligación del Tribunal pronunciarse al respecto.

–Que sería “muy grave” que el Tribunal pudiera coartar “la posibilidad de que los ministerios puedan (sic) emitir políticas públicas” (varios diputados, *La Segunda*, 12 de enero). ¿Por qué tan grave, si éstas fueren inconstitucionales de forma o de fondo? ¿“Licencia de inconstitucionalidad” para las políticas públicas de los ministerios?

–Que se trata de reparos sólo “de forma”, y que el Gobierno los subsanará dictando un decreto supremo que diga “exactamente lo mismo” que la resolución objetada (Ministro Secretario General de Gobierno, *El Mercurio*, 13 de enero).

Otra vez, rehuir el debate.

Pero habrá, además, que prestar atención para que la autoridad –y ahora directamente la Presidenta– no perpetre una segunda inconstitucionalidad.

En efecto, el decreto supremo es el ejercicio que hace el Jefe del Estado de su “potestad reglamentaria”, la cual consiste en regular el detalle de materias que la Constitución o una ley determinada han establecido previamente en líneas generales. Si las materias no están allí –en la Carta o en una ley–, no cabe reglamentarlas, ni aun por el Presidente, y no procede, en consecuencia es inconstitucional, dictar un decreto supremo.

¿Es constitucional y legal que el Estado asesore sexualmente a menores de edad, contra la voluntad o sin el conocimiento de sus padres? ¿O que en las mismas circunstancias –negativa o ignorancia de los padres– el Estado suministre a niñas de 14 años hacia arriba un fármaco cualquiera, máxime si se discute ser o no abortivo? ¿O que la autoridad, respecto de una de estas menores, zanje ella misma la polémica “abortiva o no abortiva” sin que los padres lo sepan y quieran?

Cuidado. Ya el Tribunal Constitucional le dio un palmetazo en los nudillos a la Ministra y a la pandilla por este motivo. Sería extravagante hacer incurrir a la Presidenta por la misma materia en igual descrédito.

GONZALO VIAL CORREA*

*Publicado en *La Segunda* (Santiago de Chile) el 17.1.2007.

(N.R.). La Presidenta de la República dictó dichas “Normas”, ahora, a través de un Decreto Supremo, N° 48 / Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 3.2.2007, habiendo sido tomado razón por la Contraloría General de la República de inmediato.

LA FAMILIA, CÉLULA VIVA
DE LA SOCIEDAD Y DE LA IGLESIA
Palabras de Benedicto XVI al presidir el Ángelus en
festividad de la Sagrada Familia de Nazaret
(Plaza de San Pedro, 31 de diciembre de 2006)

¡Queridos hermanos y hermanas!

En este último domingo del año celebramos la *fiesta de la Sagrada Familia de Nazaret*. Con alegría dirijo un saludo a todas las familias del mundo, deseándoles la paz y el amor que Jesús nos ha dado, viniendo entre nosotros en Navidad. En el Evangelio no hallamos discursos sobre la familia, sino *un acontecimiento* que vale más que cualquier palabra: Dios quiso nacer y crecer en una familia humana. De esta manera la ha consagrado como camino primero y ordinario de su encuentro con la humanidad. En la vida que pasó en Nazaret, Jesús honró a la Virgen María y al justo José, permaneciendo sometido a la autoridad de ellos durante todo el tiempo de su infancia y adolescencia (*Lc 2,51-52*). De tal forma puso en evidencia el valor primario de la familia en la educación de la persona. Por María y José, Jesús fue introducido en la comunidad religiosa, frecuentando la sinagoga de Nazaret. Con ellos aprendió a realizar la peregrinación a Jerusalén, como relata el pasaje del Evangelio que la liturgia del día propone para nuestra meditación. Cuando cumplió doce años, se quedó en el Templo, y sus padres necesitaron tres días para encontrarle. Con aquel gesto les dio a entender que Él se debía “ocupar de las cosas de su Padre”, esto es, de la misión que le había confiado Dios (*Lc 2,41-52*).

Este episodio evangélico revela la más auténtica y profunda vocación de la familia: la de acompañar a cada uno de sus miembros en el camino del descubrimiento de Dios y del proyecto que Él ha dispuesto para ellos. María y José educaron a Jesús ante todo con su ejemplo: en sus Padres, Él conoció toda la belleza de la fe, del amor por Dios y por su Ley, así como las exigencias de la justicia, que halla pleno cumplimiento en el amor (*Rm 13,10*). De ellos aprendió que en primer lugar hay que hacer la voluntad de Dios, y que el vínculo espiritual vale más que el de la sangre. La Sagrada Familia de Nazaret es verdaderamente el “prototipo” de cada familia cristiana que, unida en el Sacramento del matrimonio y alimentada de la Palabra y de la Eucaristía, está llamada a llevar a cabo la estupenda vocación y misión de ser célula viva no sólo de la sociedad, sino de la Iglesia, signo e instrumento de unidad para todo el género humano.

Invoquemos ahora juntos la protección de María Santísima y de San José para cada familia, especialmente para aquellas en dificultad. Que las sostengan para que sepan resistir a los impulsos disgregadores de cierta cultura contemporánea que mina las bases mismas de la institución familiar. Que ayuden a las familias cristianas a ser, en toda parte del mundo, imagen viva del amor de Dios.

Al concluir la oración mariana, el Santo Padre dirigió saludos en distintos idiomas. En español dijo:

Doy mi bienvenida a los peregrinos de lengua española que participan en el rezo del *Ángelus*, en este domingo en el que celebramos la Sagrada Familia. Pidamos por todas las familias del mundo para que en sus hogares se viva y transmita la fe, siendo así testigos del amor en el mundo. ¡Feliz día del Señor!

S.S. BENEDICTO XVI

EL PAPA RECUERDA A CHILE QUE EL DERECHO A LA VIDA, LA FAMILIA Y LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS SON UN DERECHO INALIENABLE DE TODO SER HUMANO

Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al señor Pedro Pablo Cabrera Gaete, nuevo embajador de Chile ante la Santa Sede, el cual presentó hoy sus cartas credenciales*.

Señor Embajador:

1. Me complace recibirle en esta Audiencia en la que me presenta las Cartas Credenciales que lo acreditan como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República de Chile ante la Santa Sede. Le doy la bienvenida al asumir la alta responsabilidad que su Gobierno le ha confiado, y le expreso los mejores deseos de que su misión sea fructuosa para continuar y fortalecer las buenas relaciones diplomáticas existentes entre su país y esta Sede Apostólica.

Le agradezco las amables palabras que me ha dirigido, así como el deferente saludo que la señora Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet, ha querido hacerme llegar por medio de Vuestra Excelencia, expresión de la cercanía espiritual del pueblo chileno al Sucesor de Pedro, labrada a lo largo de la historia en concomitancia con la continua labor de la Iglesia a través de sus miembros e instituciones.

2. Chile se aproxima a su bicentenario como República con las esperanzas que nacen de un periodo particularmente significativo, en el cual se han logrado metas de desarrollo notables, se han ido consolidando las instituciones y parece prosperar el clima de una convivencia pacífica. La trayectoria económica favorable ha propiciado también avances en campos como el de la educación o la salud, así como en iniciativas sociales encaminadas a conseguir que todos los ciudadanos puedan vivir plenamente de acuerdo con su dignidad.

Estos factores, así como la apertura a horizontes que van más allá de los propios confines, son ciertamente motivo de satisfacción, y también un nuevo llamado al sentido de responsabilidad, para mantener vigorosos los más altos ideales que dan vida a todo verdadero progreso y, a la larga, lo hacen posible. Como Vuestra Excelencia ha recordado con sus palabras, el desarrollo perenne de los valores, que han de inspirar las realizaciones técnicas, es una dimensión en la que debe crecer tanto la comunidad nacional como internacional para promover el bien común.

3. A este respecto, la Iglesia cumple su misión anunciando el Evangelio de Cristo, proyectando su luz sobre las realidades del mundo y del ser humano, proclamando por ello su más alta dignidad. En efecto, "la fe lo ilumina todo con luz nueva y manifiesta el plan divino sobre la vocación integral del hombre, y por

*Octubre 2006.

ello orienta la mente hacia soluciones plenamente humanas" (*Gaudium et spes*, 11). En este sentido, comparte los anhelos de una justicia que no se vea mermada por el insuficiente respeto de la dignidad del hombre y los derechos inalienables que de ella se derivan.

Estos derechos son inalienables precisamente porque el hombre los posee por su propia naturaleza y, por tanto, no están al servicio de otros intereses. Entre ellos cabe mencionar, ante todo, el derecho a la vida en todas las fases de su desarrollo o en cualquier situación en que se encuentre.

También el derecho a formar una familia, basada en los vínculos de amor y fidelidad establecidos en el matrimonio entre un hombre y una mujer, y que ha de ser protegida y ayudada para cumplir su incomparable misión de ser fuente de convivencia y célula básica de toda sociedad. En ella, como institución natural, reside, además, el derecho primario a educar a los hijos según los ideales con los que los padres desean enriquecerlos tras haberles acogido con gozo en sus vidas.

4. Vuestra Excelencia sabe bien que la querida Patria chilena cuenta con abundantes recursos históricos y espirituales para afrontar el futuro con fundadas esperanzas de alcanzar nuevas metas de humanidad, contribuyendo así a favorecer también en el concierto de las naciones vínculos de cooperación y convivencia pacífica. Muestra de ello son los Santos, que tanto renombre han adquirido por doquier, como Teresa de Los Andes o el Padre Alberto Hurtado. Los muchos dones que el Creador ha otorgado en la naturaleza a los hijos a hijas de Chile han de seguir dando frutos que abran un futuro más próspero a las nuevas generaciones, y sean amantes de la paz y tengan un sentido trascendente de la vida, acorde con las seculares raíces cristianas del país.

Al terminar este encuentro, renuevo mi saludo y bienvenida. Le deseo una feliz estancia en Roma, no solamente rica de experiencias profesionales, sino también personales. Esta es una ciudad que ofrece tantas posibilidades en sí misma y, en cierto modo, una atalaya privilegiada para comprender los avatares del orbe.

Con estos sentimientos invoco la maternal protección de la Santísima Virgen María que, bajo la advocación del Carmelo, es Patrona de los chilenos, e imparto de corazón a usted, a su distinguida familia y demás seres queridos, así como a sus colaboradores en la Embajada, la Bendición Apostólica.

S.S. BENEDICTO XVI

ACOGER Y PROMOVER LA VIDA Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile

1. Por el gran regalo que es la vida humana, el Comité Permanente de la Conferencia Episcopal desea compartir estas reflexiones acerca de nuestra responsabilidad con el don de la existencia humana. En nuestra carta pastoral "Matrimonio y Familia Una buena noticia para la humanidad", afirmábamos:

"el don de la vida pasa a ser principio de discernimiento entre lo bueno y lo malo: bueno será todo aquello que ayude a engendrar debidamente la vida, a cuidarla, a hacerla crecer. Malo será todo aquello que atente contra la vida o que simplemente tienda a ahogar su vitalidad, dañar su salud o su integridad, a someterla a tratos crueles o inhumanos, pasando por el desamor, el desprecio, la humillación, la calumnia o el odio" (Carta Pastoral, 25 de noviembre de 2005, n. 74).

2. Es tan sagrado el don de la vida que, después del pecado original, Dios mismo afirma la inviolabilidad de la vida del hombre pecador y la toma bajo su protección (cfr. *Gén.* 9, 5). El reconocimiento del derecho a la vida es el fundamento de la convivencia humana y de la misma comunidad política.

3. Denunciar lo que se opone a la vida no es oscurecer el mensaje cristiano como Buena Noticia; por el contrario, es una forma concreta de defender a quienes sufren la injusticia de no permitirles vivir con dignidad o simplemente no se permite la existencia. El Concilio Vaticano II denunció con fuerza los numerosos delitos y atentados contra la vida humana: *"Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones infrahumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonoran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador"* (Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, n. 27).

4. Una página de dramática actualidad, así valoró el Papa Juan Pablo II este texto profético, porque en vez de disminuir surgen nuevas formas de agresión contra la dignidad del ser humano, *"a la vez que se va delineando y consolidando una nueva situación cultural, que confiere a los atentados contra la vida un aspecto inédito y –podría decirse– aún más inicuo(...): amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad individual, y sobre este presupuesto pretenden no sólo la impunidad, sino incluso la autorización por parte del Estado, con el fin de practicarlos con*

absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias (...). El hecho de que las legislaciones de muchos países, alejándose tal vez de los mismos principios fundamentales de sus Constituciones, hayan consentido no penar o incluso reconocer la plena legitimidad de estas prácticas contra la vida es, al mismo tiempo, un síntoma preocupante y causa no marginal de un grave deterioro moral” (Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, 4).

5. Hoy queremos compartir con los creyentes y personas de buena voluntad acerca de los peligros contra la vida que se filtran desde diversas instancias en nuestra convivencia. Una de ellas tiene que ver con las *“Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”*. Por eso, el pasado 7 de septiembre de 2006, entregamos a la opinión pública una declaración en la que manifestamos nuestra profunda decepción por las políticas implementadas a partir del mencionado texto, emanado del Ministerio de Salud. Entendemos la preocupación de la autoridad por enfrentar la realidad social del embarazo adolescente; sin embargo, si bien compartimos la preocupación, no compartimos las políticas propuestas.

6. A nuestro parecer, la primera palabra que necesita nuestro país no se refiere a la *“regulación”* de la fertilidad humana, sino a la valoración de la procreación en el contexto del matrimonio y la familia; de la vida y del desarrollo del país. Asimismo, se ha hecho del todo necesaria la educación a la responsabilidad de ese maravilloso don de Dios que es la sexualidad humana. Hablar de la procreación es hablar de un derecho humano. Al Estado le cabe, en primer lugar, respetarlo, protegerlo, apoyarlo y, al mismo tiempo, velar para que la enseñanza que se imparta en el país eduque a los jóvenes a valorarlo. Respetando todos los derechos de los ciudadanos y de los cónyuges, el Estado también debe guiarlos y apoyarlos a optar por una paternidad y una maternidad responsables. *“En el hombre y en la mujer, la paternidad y la maternidad, como el cuerpo y como el amor, no se pueden reducir a lo biológico: la vida sólo se da enteramente cuando juntamente con el nacimiento se dan también el amor y el sentido que permiten decir sí a esta vida. Precisamente esto muestra claramente cuán contrario al amor humano, a la vocación profunda del hombre y de la mujer, es cerrar sistemáticamente la propia unión al don de la vida y, aún más, suprimir o manipular la vida que nace”* (Benedicto XVI, Discurso de apertura de la Asamblea Eclesial de la diócesis de Roma, 6 de junio de 2005).

7. Una respuesta a esas *Normas* nos exigió un análisis acucioso y multidisciplinario de aquellas afirmaciones que, revisadas y estudiadas con detenimiento por académicos y profesionales de reconocida trayectoria, son ajenas a la promoción de la dignidad humana y de una cultura con valores auténticamente fundados en ella. Algunas de esas *Normas* claramente atentan contra bienes sociales tan fundamentales como la libertad de los padres sobre la educación de sus hijos, mientras que otras no se detienen ante fundadas aprensiones de estar poniendo en peligro vidas humanas ya concebidas y completamente indefensas.

8. De frente a esta normativa, faltaríamos a nuestro deber de pastores si no entregásemos esta reflexión a la comunidad eclesial y a la sociedad de la que formamos parte. A la vez, tampoco seríamos fieles a nuestra tradición eclesial y de servicio al país, si hoy no defendiéramos el derecho inalienable a la vida, tal como lo hicieron nuestros predecesores en el episcopado y como, por nuestras convicciones de ser discípulos del Señor de la vida, haremos siempre. Ayer la defensa de los derechos humanos exigió el acompañamiento solidario de las víctimas de todo tipo de violencia; hoy exige la defensa del más indefenso.

9. Por eso, a partir de los estudios de distinguidos académicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile acerca de las *Normas* queremos compartir nuestro aporte desde la cosmovisión cristiana.

UNA APROXIMACIÓN ÉTICA ANTROPOLÓGICA

10. Un documento que de suyo es “normativo”, resulta ambivalente al pretender simultáneamente mantener una postura moralmente neutra, cuando en toda decisión técnica subyace un punto de vista valórico. Las *Normas* adhieren claramente a la así llamada “perspectiva de género” y a la corriente “principalista” de la bioética, que enfatizan una autonomía individual que pasa incluso por sobre el derecho a la vida y a la dignidad de otros seres humanos, lo que contradice sus pretensiones de neutralidad.

11. El texto, a la vez, revela inconsistencia. Pese a repetir su expresa intención de no interferir en la decisión de las personas acerca de su forma de encarar el tema de la regulación de la fertilidad, critica a “*algunas religiones [que] sostienen que no es posible separar el fin unitivo del fin reproductivo del acto sexual*” (p. 25). Esta es una alusión clara a la doctrina de la Iglesia Católica.

12. Además, el texto está redactado de tal modo que no permite el necesario desarrollo y profundización que exigen temas como éste. Una lectura más detenida revela, en efecto, serias insuficiencias teóricas. Estas se manifiestan, principalmente, en la omisión o poca consideración que hay acerca de conceptos fundamentales como *amor, libertad y responsabilidad* (personal y social), *familia*. Y esto se debe en gran medida a que tampoco trata con claridad el concepto de *persona*. Así se diluye toda su argumentación frente a los derechos y la dignidad humana, entregando una imagen reductiva de la persona, que aparece como un ser hedonista, materialista e individualista.

13. En las *Normas* aparecen un relativismo ético y una visión antropológica que ponen en riesgo el respeto por la vida y la dignidad de las personas, al menos de los más desvalidos y sin voz frente a los organismos de poder. Entre ellos están no sólo las posibles víctimas de la violencia sexual y de la pobreza, sino también las personas aún no-nacidas (los embriones), de cuya dignidad personal no se habla ni una sola vez en el documento.

ACERCAMIENTO PSICOSOCIAL Y DE SALUD PÚBLICA

14. La situación demográfica en términos de fecundidad en Chile muestra una caída significativa de la tasa global de fecundidad. Sin embargo, existe evidencia estadística que la fecundidad deseada por las mujeres chilenas es bastante mayor que la que efectivamente se realiza. Por otra parte, se observa desde hace algún tiempo en nuestro país una fuerte tendencia al envejecimiento de la población. Por eso, las políticas de regulación de la fecundidad deberían equilibrarse con políticas que incentiven la fecundidad.

15. En este contexto, de acuerdo al último Censo del año 2002, hay un aumento en la precocidad de la maternidad adolescente, especialmente de jóvenes solteras. A la vez, datos disponibles también constatan que hay diferencia en el país en la edad de iniciación sexual, como también en la edad del acceso y uso

de anticonceptivos. Esta iniciación es más temprana en niñas de menor nivel socioeconómico, cuya falta de oportunidades sociales muchas veces les hace ver la maternidad como finalidad y como algo deseado. Estos antecedentes permiten plantear la necesidad de enfatizar políticas que resuelvan las brechas socioeconómicas y educacionales. Desde el punto de vista de salud eso supone enfatizar uno de los objetivos sanitarios propuesto para la década (Ministerio de Salud, 2002): “Retraso de la edad de inicio de la actividad sexual”.

16. Las *Normas* presentadas por el Ministerio de Salud pretenden ser instrumento de apoyo para el logro de los Objetivos Sanitarios en esta materia. Sin embargo, según demuestra la experiencia de otros países, los objetivos de impacto que proponen las *Normas* no son posibles de alcanzar exclusivamente mediante las estrategias propuestas por ellas. Para que las políticas sanitarias sean efectivas, en particular en los adolescentes, se requiere de un abordaje integrado que permita cerrar las brechas socioeconómicas y educacionales del país y promover la integración social. A la vez, se hace necesario un fuerte trabajo en el ámbito psicosocial, que avance hacia un enfoque preventivo y especialmente promocional para los adolescentes.

17. Asimismo, los estudios subrayan por doquier la importancia de apoyar, educar y proteger el desarrollo adolescente. Principalmente la familia, y también la escuela, comunidades y organizaciones que rodean al adolescente, pueden ayudarlo a lograr las tareas propias de su desarrollo, pero también pueden ser una barrera para su logro. Los adolescentes necesitan entornos que les ofrezcan información, orientación y apoyo emocional, como también reglas, estructuras, expectativas claras y elevadas y límites coherentes bien definidos. Así, los planes, políticas y programas de salud dirigidos a fortalecer el desarrollo y la salud integral del adolescente deben hacer partícipe a la familia y a los adultos cercanos como algo fundamental para un desarrollo armónico, en el que se integren valores como respeto, solidaridad, generosidad, afectividad, humildad, espiritualidad y honradez. En cambio, en las *Normas* se propone privilegiar el derecho a la intimidad y al ejercicio de la autonomía individual por parte de los adolescentes, lo que en la práctica significa que ellos se vean privados del derecho a recibir el apoyo y la orientación de sus padres en un momento importante y delicado de su desarrollo afectivo.

CONSIDERACIONES BIOMÉDICAS

18. Las *Normas* se centran fundamentalmente en impulsar y ofrecer a la población diversos tipos de anticonceptivos, la mayoría de ellos enfocados a la mujer y de largo tiempo de uso en nuestro país. El ofrecimiento de técnicas de esterilización quirúrgica de acuerdo a la normativa vigente desde el año 2000 (Ministerio de Salud, Resolución Exenta 2326) incluye procedimientos que los médicos podrían realizar ante la sola petición informada de un mayor de edad sin el conocimiento ni consentimiento de su cónyuge. Esto implica un cambio radical en el concepto y ética del ejercicio de la medicina cuya gravedad y trascendencia no han sido suficientemente destacadas: se reemplaza la evaluación de las acciones de salud como un bien objetivo para la vida de las personas por la sola petición autónoma del requirente. Por otra parte, aceptar que la esterilización masculina y femenina puedan ser demandadas por los casados sin el acuerdo del otro cónyuge, implica

suprimir la procreación como compromiso mutuo del contrato matrimonial, lo que es contrario al Código Civil (art. 102).

19. Entre los aspectos biomédicos, se destaca el tema de la Anticoncepción de Emergencia (ACE), específicamente la recomendada en las *Normas*, el Levonorgestrel (LNG), conocido también como “píldora del día después” (PDD), dado que además de los reparos éticos y sanitarios que se le puedan hacer como anticonceptivo, hay un elemento adicional relevante, es decir, su posible efecto abortivo.

20. Desde el punto de vista ético, el solo hecho de que existan datos que muestran que es probable que la ACE tenga un efecto “interceptivo” o abortivo hace que sea éticamente inadmisibles su uso para quienes respetan la vida de todos los seres humanos. Tradicionalmente se ha aceptado que la sociedad tiene el deber de proteger especialmente los derechos de aquellos miembros suyos que no pueden defender esos derechos por sí mismos. En este sentido, se puede afirmar que el respeto por la autonomía de las personas exige que la sociedad proteja a los seres humanos que no pueden ejercer la autonomía, como es el caso del ser humano antes de su implantación.

21. Sobre la base del mismo principio, las personas tienen derecho a una información completa y veraz para tomar decisiones autónomas y en conciencia. El público tiene derecho a saber que la ACE, incluido el LNG, tiene como uno de sus fines el lograr un efecto “interceptivo” o abortivo; que hay hechos que muestran que es probable que el LNG tenga este efecto cuando es usado en determinados días del ciclo menstrual; y que los estudios publicados no han descartado este efecto.

22. Para afirmar que el LNG no es abortivo se requerirían estudios con el mayor nivel de evidencia y donde el peso de la prueba recaería, como sucede con cualquier otro compuesto farmacéutico, sobre quienes comercializan o distribuyen el LNG. Sin embargo, tal experimentación conlleva el riesgo de matar seres humanos. ¿Sería ético realizarlo?

ASPECTOS LEGALES

23. Las *Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad* afectan el ordenamiento jurídico chileno y se alejan del cumplimiento de los deberes del Estado hacia las personas y las familias.

24. La Constitución reconoce que “el Estado está al servicio de la persona humana”, centrando en ello toda eventual regulación posterior y considerando que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, limitando su actuar en el respeto a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. En razón de ello, al estar sujeto el carácter instrumental del Derecho a la búsqueda del bien común y a protección de la persona, el hecho de hacerse cargo de la realidad del embarazo adolescente en el país no puede servir de modo alguno como justificación para la intervención del Estado en la vida privada de las personas o para atentar contra los derechos de los involucrados, lo que incluye al no nacido.

25. Las *Normas* contienen una visión ideológica de cómo debe formarse la familia, que excede largamente la competencia que el Estado tiene en relación a

ella, pues su deber constitucional y civil se traduce en su resguardo y protección garantizando su adecuada autonomía.

26. Las *Normas*, según numerosos juristas, evidencian inconstitucionalidades de fondo, pues contienen serias vulneraciones a tres garantías fundamentales de nuestro derecho, como el derecho a la vida, el derecho a la vida privada y el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos.

CONCLUSIONES

27. La contundencia de los informes recibidos nos anima a expresar nuestra profunda inquietud por la vigencia de estas *Normas* que, lejos de ayudar a vivir en un país más humano, promueven medidas unilaterales que impiden asumir la responsabilidad y el desafío de construir un camino seguro hacia el desarrollo humano integral basado en la promoción de valores.

28. Miramos con decepción y preocupación las alusiones peyorativas que contienen determinadas afirmaciones de las *Normas* del Ministerio de Salud acerca de las reflexiones y los planteamientos que “algunas religiones” pueden hacer frente a estos temas. Por lo mismo, preocupa que puedan ser expresión de ciertas posturas ideológicas que sustentan que la religión es algo carente de racionalidad o que toda referencia a Dios debe quedar reducida al ámbito de lo privado o a la conciencia individual. *“Es indudable que el hombre puede organizar la tierra sin Dios; pero sin Dios, al fin y al cabo, no puede organizarla sino contra el hombre”* (Pablo VI, Encíclica *Populorum Progressio*, 42).

29. El debate, ese noble ejercicio del espíritu humano tan fundamental en el fortalecimiento de la democracia, no puede ser pretexto para inducir y justificar eventuales ataques a los cimientos de la sociedad. El respeto a la vida humana no es debatible.

30. Por lo mismo, valoramos inmensamente la opción por la vida de parlamentarios de distintas agrupaciones políticas. Con ellos tenemos una deuda no sólo de gratitud, sino también de acompañamiento en sus fundamentales responsabilidades de legislar a favor de la vida desde su concepción hasta la muerte natural, y que se exprese en una coherente opción por los más pobres y marginados, por los ancianos y enfermos, por los niños, los jóvenes y las mujeres, por los esposos y las familias, por el derecho al trabajo y a salarios dignos, es decir, por una opción gratuita por promover la vida, don de Dios y responsabilidad de los seres humanos.

31. Con el Papa Juan Pablo II, afirmamos que no queremos para Chile lo que ha sucedido o está sucediendo en otras latitudes donde *“la democracia, a pesar de sus reglas, va por un camino de totalitarismo fundamental. El Estado deja de ser la casa común donde todos pueden vivir según los principios de igualdad fundamental, y se transforma en Estado tirano, que presume de poder disponer de la vida de los más débiles e indefensos, desde el niño aún no nacido hasta el anciano, en nombre de una utilidad pública que no es otra cosa, en realidad, que el interés de algunos. Parece que todo acontece en el más firme respeto de la legalidad, al menos cuando las leyes que permiten el aborto o la eutanasia son votadas según las, así llamadas, reglas democráticas. Pero en realidad estamos sólo ante una trágica apariencia de legalidad, donde el ideal democrático, que es verdaderamente tal cuando reconoce y tutela la dignidad de toda persona humana, es traicionado en sus mismas bases (...). Reivindicar el derecho al aborto,*

al infanticidio, a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás. Pero ésta es la muerte de la verdadera libertad: En verdad, en verdad os digo: todo el que comete pecado es un esclavo (Jn 8, 34)" (Evangelium Vitae, 20).

32. El mundo cristiano y la Iglesia Católica han celebrado las fiestas de Navidad, del nacimiento de Jesús, culminando con la Epifanía, es decir, el misterio de la manifestación de Dios en la vulnerabilidad del Niño Dios. A ese Niño lo reconocieron los pastores y los magos de Oriente. Con alegría constatamos que en nuestra cultura la Navidad a nadie deja indiferente, ya sea reconociendo y profesando que el Niño del pesebre es el Hijo de Dios, ya sea adhiriendo a sentimientos de paz y felicidad para todos. El intercambio de regalos es un signo elocuente con el que expresamos la bondad originaria que anida en nuestros corazones y que queremos compartir con los demás, especialmente con los seres queridos, con los niños, con los ancianos, con los más pobres. Han sido innumerables los gestos y las acciones solidarias a favor de la vida concreta de nuestros hermanos y hermanas más pobres que han dado sentido a estos días de la celebración del nacimiento del Niño Dios.

33. Porque el Evangelio de la vida está en el centro del mensaje de Jesús, queremos renovar nuestra acogida a El, anunciándolo como buena noticia para nuestra Patria. En efecto, *"en la aurora de la salvación, el nacimiento de un niño es proclamado como gozosa noticia: 'Os anuncio una gran alegría, que lo será para todo el pueblo: os ha nacido hoy, en la ciudad de David, un salvador, que es el Cristo Señor' (Lc 2, 10-11). El nacimiento del Salvador produce ciertamente esta "gran alegría"; pero la Navidad pone también de manifiesto el sentido profundo de todo nacimiento humano, y la alegría mesiánica constituye así el fundamento y realización de la alegría por cada niño que nace (cfr. Jn 16, 21)" (Evangelium Vitae, 1).*

34. Nuestras reflexiones están también animadas por los jóvenes que participan en las comunidades eclesiales, en las distintas instancias de voluntariado y de solidaridad que despliegan en su Iglesia; en las misiones a lo largo del país. Ellos nos dan ejemplo de la sensibilidad ante la vida en el servicio de los niños enfermos en hospitales, de las personas encarceladas, de los ancianos, de los habitantes de nuestras calles. Como la Virgen María en su visita a su prima Isabel son solícitos a acudir donde los más pobres y débiles portando a Cristo, llevando alegría y buenas noticias, valorando la vida de sus hermanos.

35. Proponemos estas reflexiones a los creyentes y a los hombres y mujeres de buena voluntad para meditar responsable e integralmente sobre los problemas que nos aquejan como sociedad, para buscar soluciones que enaltezcan el alma de Chile, pensando en el país que queremos construir de cara al Bicentenario.

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 Andreollo, Arzobispo electo de Concepción;

† Cristián Contreras Villarroel, Obispo Auxiliar de Santiago, Secretario General.

Santiago de Chile, 10 de enero de 2007.

A DESPERTAR LA CONCIENCIA MORAL Y SOCIAL Declaración de la Conferencia Episcopal de Chile

1. En nuestra Asamblea Plenaria hemos orado y reflexionado sobre nuestras tareas y responsabilidades de pastores atentos a la convivencia nacional, con sus luces y sus sombras. Hemos preparado el aporte de nuestro Episcopado a la V Conferencia General del Episcopado de América Latina y el Caribe, que se realizará el próximo año en el Santuario Mariano de Aparecida, Brasil, con el tema “Discípulos misioneros de Jesucristo, para que nuestros pueblos en Él tengan vida. Yo Soy el Camino, la Verdad y la Vida (*Jn 14,6*)”.

2. Nos ha alentado la participación entusiasta de muchos fieles y sus comunidades a lo largo de Chile que, como una Iglesia santa y siempre necesitada de purificación, nos han hecho llegar valiosos aportes estudiando el Documento preparatorio de dicha Conferencia.

LUCES Y SOMBRAS Y DE NUESTRA CONVIVENCIA

3. Caminamos en la fe por los caminos de nuestra patria. Ella permite discernir luces y sombras y reconocer el paso de Dios por nuestra vida. Sabemos que Cristo, muerto y resucitado, nos ha invitado a participar de la gracia de ser discípulos y misioneros suyos. Es esta vocación la que nos invita a estar presentes activamente y dar respuestas positivas a los desafíos históricos de una patria que se prepara a celebrar el Bicentenario de su vida independiente.

4. Queremos alentar a nuestros fieles a la esperanza, sabiendo que ésta “no defrauda, porque el amor de Dios se ha derramado en nuestros corazones, gracias al Espíritu Santo que nos ha sido dado” (*Rom 5, 5-6*). Por eso, nos preocupa que algunas corrientes extrañas a nuestra cultura intenten alejar a Chile de su fe en Dios, que ha sido motivación de las realizaciones más altas y bellas, además de ser el fundamento de la convivencia pacífica y de la superación de pruebas muy variadas en nuestra patria.

5. Junto a muchas personas de nuestro país, reconocemos estar viviendo situaciones desafiantes y algunas particularmente negativas, que requieren juicios de sabiduría y decisiones acertadas para no detener el paso hacia una vida que queremos, cada vez más auténticamente humana y cristiana.

6. Hemos visto y seguido atentamente los acontecimientos que han marcado los últimos meses de nuestra convivencia nacional: las manifestaciones estudiantiles que revelan el grave malestar que sufren nuestros jóvenes en su proceso educativo y los brotes de violencia que han surgido en diversos ámbitos de nuestra sociedad. En particular, nos asociamos a la conciencia nacional por los graves signos de corrupción que han aparecido en el horizonte de la vida política y social, puesto que la vocación política es una de las más altas formas del ejercicio de la caridad. Nos siguen preocupando los delitos consumados en el seno de la familia, los asaltos

por motivo de dinero y los índices de drogadicción; todo esto, en un país donde crecen los bienes materiales y las posibilidades reales de una mejor vida social. Hemos levantado nuestra voz para defender el derecho y la dignidad de la vida humana, reiteradamente amenazada por proposiciones sobre el aborto. Hemos defendido también la belleza del amor y la vida familiar, ante intervenciones públicas que no respetan su sentido integral.

CON LA MIRADA PUESTA EN CHILE

7. Como un servicio al Chile del Bicentenario, en este momento del acontecer nacional, todos los miembros de la Iglesia, desde nuestra fe e identidad cristiana, queremos ser los primeros en dar testimonio en estos aspectos:

8. *Despertar la conciencia moral y social.* Creemos de vital importancia mantener viva y despierta la conciencia moral, educándola a la luz de la recta razón y del Evangelio, para contribuir a la construcción de un país más justo y transparente, agradecido del don de la vida y por todo aquello que la hace más digna. No podemos acostumbrarnos o justificar formas de corrupción personal o institucionalizada, que pasan por encima de la ley, aunque sean pequeñas, o estilos de vida que no manifiestan lo bello, lo bueno y lo generoso que hay en la herencia de nuestro pueblo y del servicio público.

9. *Renovar el compromiso social:* Invitamos también a todos a contribuir activamente en la construcción de proyectos sociales y políticos que superen visiones mezquinas de intereses partidistas o de categoría social y que tengan, en cambio, como objetivo un Chile más humano y más justo, especialmente a favor de los más pobres. Pensamos en los campos de la familia, de la educación, del trabajo, de la vivienda digna, de la relación con los pueblos originarios, de la ecología y de las comunicaciones sociales.

10. *Volver la mirada y el corazón a Dios:* Es bueno reconocer que la semilla de muchas incoherencias sociales se encuentran en la pretensión de ignorar y alejar a Dios de la vida pública para recluirlo al estrecho ámbito de lo individual y de lo íntimo. Un mundo privado de Dios se vuelve contra el hombre. Mirando nuestra sociedad sentimos la actualidad de la interpelación de San Alberto Hurtado: “La inmensa amargura del alma contemporánea, su pesimismo, su soledad..., la neurosis y hasta la locura, tan frecuentes en nuestro siglo, ¿no son el fruto de un mundo que ha perdido a Dios?” (En: La búsqueda de Dios, pág. 124). Con el Papa Benedicto XVI reafirmamos la convicción que el “sí” a Dios es también el “sí” más grande a la convivencia humana, guiada por la verdad y el amor.

RENOVANDO LA ESPERANZA CRISTIANA

11. En estos días estamos celebrando el mes de María, que es expresión de piedad popular, y también una de las grandes riquezas culturales de nuestra patria. Muchas personas se acercan a Dios, a la Iglesia y los Sacramentos, a través de la devoción a la Madre del Señor. Durante este mes de María oramos para que la Iglesia sea dócil discípula de “la Palabra divina y la proclame siempre con firme confianza, de

modo que todo el mundo oyendo crea, creyendo espere, y esperando ame". Que en este ya cercano Adviento, tiempo de vigilancia, oración y conversión, el Señor Jesús y su Madre Santísima colmen de bendiciones a todos los fieles, a sus familias, especialmente a los que sufren, y a todas las personas de nuestra patria.

OBISPOS DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE
Punta de Tralca

17 de noviembre de 2006.

JUSTICIA Y BIEN SOCIAL DE LA FAMILIA*

LA FAMILIA, BIEN SOCIAL A PROTEGER EN JUSTICIA

24. El matrimonio y la familia son un bien social de primer orden: “La familia expresa siempre una nueva dimensión del bien para los hombres, y por esto suscita una nueva responsabilidad. Se trata de la responsabilidad por aquel singular bien común en el cual se encuentra el bien del hombre: el bien de cada miembro de la comunidad familiar; es un bien ciertamente “difícil” (“bonum arduum”), pero atractivo”¹. Ciertamente no todos los cónyuges ni todas las familias desarrollan de hecho todo el bien personal y social posible², de ahí que la sociedad deba corresponder poniendo a su alcance del modo más accesible los medios para facilitar el desarrollo de sus valores propios, pues “conviene hacer realmente todos los esfuerzos posibles para que la familia sea reconocida como *societas primordial* y, en cierto modo, “soberana”. Su “soberanía” es indispensable para el bien de la sociedad”³.

VALORES SOCIALES OBJETIVOS A FOMENTAR

25. Así entendido, el matrimonio y la familia constituyen un bien para la sociedad porque protegen un bien precioso para los cónyuges mismos, pues “la familia, sociedad natural, existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, y posee unos derechos propios que son inalienables⁴. De una parte, la dimensión social de la condición de casados postula un principio de seguridad jurídica: porque el hacerse esposa o esposo pertenece al ámbito del ser –y no del mero obrar– la dignidad de este nuevo signo de identidad personal tiene derecho a su reconocimiento público y que la sociedad corresponda como merece el bien que constituye⁵. Es obvio que el buen orden de la sociedad es facilitado cuando el matrimonio y la familia se configuran como lo que son verdaderamente: una realidad estable⁶. Por lo demás, la integridad de la donación como varón y mujer en su potencial paternidad y maternidad, con la consiguiente unión –también exclusiva y permanente– entre los padres y los hijos expresa una confianza incondicional que se traduce en una fuerza y un enriquecimiento para todos⁷.

*Publicamos el capítulo IV del Documento *Familia, matrimonio y uniones de hecho*, del Pontificio Consejo para la Familia, de 26.7.2000, que presenta consideraciones muy útiles para un correcto entendimiento de lo que es la familia y su importancia fundamental para el bien común.

¹Juan Pablo II, Carta *Gratissimam sane* (Carta a las Familias), n. 11.

²*Ibid.*, n. 14.

³*Ibid.*, n. 17 *in fine*.

⁴*Carta de los Derechos de la Familia*, Preámbulo, D.

⁵*Ibid.*, Preámbulo (*passim*) y art. 6.

⁶*Ibid.*, Preámbulo, B e I.

⁷*Ibid.*, Preámbulo, C y G.

26. De una parte, la dignidad de la persona humana exige que su origen provenga de los padres unidos en matrimonio; de la unión íntima, íntegra, mutua y permanente –debida– que proviene del ser esposos. Se trata, por tanto, de un bien *para los hijos*. Este origen es el único que salvaguarda adecuadamente el principio de identidad de los hijos, no sólo desde la perspectiva genética o biológica, sino también desde la perspectiva biográfica o histórica⁸. Por otra parte, el matrimonio constituye el ámbito de por sí más humano y humanizado para la acogida de los hijos: aquel que más fácilmente presta una seguridad afectiva, aquel que garantiza mayor unidad y continuidad en el proceso de integración social y de educación. “La unión entre madre y concebido y la función insustituible del padre requieren que el hijo sea acogido en una familia que le garantice, posiblemente, la presencia de ambos padres. La contribución específica ofrecida por ellos a la familia, y a través de ella, a la sociedad, es digna de gran consideración”⁹. Por lo demás, la secuencia continuada entre conyugalidad, maternidad/paternidad, y parentesco (filiación, fraternidad, etc.), evita muchos y serios problemas a la sociedad que aparecen precisamente cuando se rompe la concatenación de los diversos elementos de modo que cada uno de ellos viene a actuar con independencia de los demás¹⁰.

27. También para *los demás miembros de la familia* la unión matrimonial como realidad social aporta un bien. En efecto, en el seno de la familia nacida de un vínculo conyugal, no sólo las nuevas generaciones son acogidas y aprenden a cooperar con lo que les es propio, sino que también las generaciones anteriores (abuelos) tienen la oportunidad de contribuir al enriquecimiento común: aportar las propias experiencias, sentir una vez más la validez de su servicio, confirmar su dignidad plena de personas siendo valoradas y amadas por sí mismas, y aceptadas en un diálogo intergeneracional tantas veces fecundo. En efecto, “la familia es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social”¹¹. A la vez, las personas de la tercera edad pueden mirar con confianza y seguridad el futuro porque se saben rodeadas y atendidas por aquellos a quienes han atendido durante largos años. Por lo demás, es conocido que, cuando la familia vive realmente como tal, la calidad en la atención a las personas ancianas no puede ser suplida –al menos en determinados aspectos– por la atención prestada desde instituciones ajenas a su ámbito, aunque sea esmerada y cuente con avanzados medios técnicos¹².

28. Se pueden considerar también otros bienes para *el conjunto de la sociedad*, derivados de la comunión conyugal como esencia del matrimonio y origen de la familia. Por ejemplo, el principio de identificación del ciudadano, el principio del carácter unitario del parentesco –que constituye las relaciones originarias de la vida en sociedad– así como su estabilidad; el principio de transmisión de

⁸Juan Pablo II, Carta *Gratissimam sane* (Carta a las Familias) nn. 9-11.

⁹Juan Pablo II, Alocución de 26-12-1999.

¹⁰Cfr. Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris consortio*, n. 21; cfr. Juan Pablo II, Carta *Gratissimam sane* (Carta a las Familias) nn. 13-15.

¹¹*Carta de los Derechos de la Familia*, Preámbulo, F; cfr. Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris consortio*, n. 21.

¹²Juan Pablo II, Enc. *Evangelium Vitae*, nn. 91; 94.

bienes y valores culturales; el principio de subsidiariedad: pues la desaparición de la familia obligaría al Estado a la carga de sustituirla en tareas que le son propias por naturaleza; el principio de economía también en materia procesal: pues donde se rompe la familia el Estado debe multiplicar su intervencionismo para resolver directamente problemas que deberían mantenerse y solucionarse en el ámbito privado, con elevados costos traumáticos y también económicos. En resumen, además de lo expuesto hay que recordar que “la familia constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad”¹³. Por lo demás, la desmembración de la familia, lejos de contribuir a una esfera mayor de libertad, dejaría al individuo cada vez más inerme e indefenso ante el poder del Estado, y lo empobrecería al exigir una progresiva complejidad jurídica.

LA SOCIEDAD Y EL ESTADO DEBEN PROTEGER Y PROMOVER LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO

29. En definitiva, la promoción humana, social y material de la familia fundada en el matrimonio y la protección jurídica de los elementos que la componen en su carácter unitario, no sólo es un bien para los componentes de la familia individualmente considerados, sino para la estructura y el funcionamiento adecuado de las relaciones interpersonales, de los equilibrios de poderes, de las garantías de libertad, de los intereses educativos, de la personalización de los ciudadanos y de la distribución de funciones entre las diversas instituciones sociales: “el papel de la familia en la edificación de la cultura de la vida es determinante e insustituible”¹⁴. No podemos olvidar que si la crisis de la familia ha sido en determinadas ocasiones y aspectos la causante de un mayor intervencionismo estatal en su ámbito propio, también es cierto que en muchas otras ocasiones y aspectos ha sido la iniciativa de los legisladores la que ha facilitado o promovido las dificultades y rupturas de no pocos matrimonios y familias. “La experiencia de diferentes culturas a través de la historia ha mostrado la necesidad que tiene la sociedad de reconocer y defender la institución de la familia (...) La sociedad, y de modo particular el Estado y las Organizaciones Internacionales, deben proteger la familia con medidas de carácter político, económico, social y jurídico, que contribuyan a consolidar la unidad y la estabilidad de la familia para que pueda cumplir su función específica”¹⁵.

Hoy más que nunca se hace necesaria –para la familia y para la sociedad misma– una atención adecuada a los problemas actuales del matrimonio y la familia, un respeto exquisito de la libertad que le corresponde, una legislación que proteja sus elementos esenciales y que no grave las decisiones libres: respecto a un trabajo de la mujer no compatible con su situación de esposa y madre¹⁶, res-

¹³Carta de los Derechos de la Familia, Preámbulo, E.

¹⁴Juan Pablo II, Enc. *Evangelium Vitae*, n. 92.

¹⁵Carta de los Derechos de la Familia, Preámbulo, H-I.

¹⁶Cfr. Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nn. 23-24.

pecto a una “cultura del éxito” que no permite a quien trabaja hacer compatible su competencia profesional con la dedicación a su familia¹⁷, respecto a la decisión de tener los hijos que en su conciencia asuman los cónyuges¹⁸, respecto a la protección del carácter permanente al que legítimamente aspiran las parejas casadas¹⁹, respecto a la libertad religiosa y a la dignidad e igualdad de derechos²⁰ respecto a los principios y ejecución de la educación querida para los hijos²¹, respecto a al tratamiento fiscal y a otras normas de tipo patrimonial (sucesiones, vivienda, etc.), respecto al tratamiento de su autonomía legítima y al respeto y fomento de su iniciativa en el ámbito social y político, especialmente en lo referente a la propia familia²². De ahí la necesidad social de distinguir fenómenos diferentes en sí mismos, en su aspecto legal, y en su aportación al bien común, y de tratarlos adecuadamente como distintos. “El valor institucional del matrimonio debe ser reconocido por las autoridades públicas; la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído”²³.

¹⁷*Ibid.*, n. 25.

¹⁸Cfr. Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nn. 28-35; *Carta de los Derechos de la Familia*, art. 3.

¹⁹Cfr. Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nn. 20; *Carta de los Derechos de la Familia*, art. 6.

²⁰*Carta de los Derechos de la Familia*, art. 2, b y c; art. 7.

²¹Cfr. Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nn. 36-41; *Carta de los Derechos de la Familia*, art. 5; *Carta Gratissimam sane* (Carta a las Familias), n. 16.

²²Cfr. Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nn. 42-48; *Carta de los Derechos de la Familia*, arts. 8-12.

²³*Carta de los Derechos de la Familia*, art. 1, c.

A 17 AÑOS DEL ESLOGAN: “LA ALEGRÍA QUE VIENE”*

Los jóvenes, que el próximo 5 de octubre cumplirán 17 años, llegaron a este mundo cuando sus padres celebraban –al menos en muchos casos– “La alegría que viene”.

En esos años, el país parecía haberse cansado de los enfrentamientos y de las divisiones ideológicas entre quienes habían sido los promotores de la UP y sus adversarios. Se quería dejar atrás el pasado de luchas y combates, olvidar incluso las causas que dieron origen a esas situaciones y sumergirse cómodamente en un nuevo Chile, reconciliado y consensual, en el cual la principal preocupación sería no tener adversarios que combatir.

Los partidos políticos que se reunían en torno a la Concertación prometían a los chilenos aquello que parecían anhelar: “la alegría”.

Para simbolizar este futuro radiante se utilizó como emblema el arco iris. Así se quería indicar que después de los tormentosos años vividos saldría nuevamente el sol. Estos nuevos tiempos harían brillar un arco iris en el que todos los colores, sin ninguna excepción, tendrían cabida y derecho de expresión.

La fuerza de esta promesa pareció calar tan a fondo en la psicología nacional que desde entonces hasta la fecha se han sucedido cuatro Gobiernos de este conglomerado, que han dirigido al país por un lapso análogo al Gobierno surgido en 1973 como repudio a la experiencia socialista.

Transcurridos casi 17 años bajo el mando de quienes nos prometieron un futuro de “alegría”, cabe preguntarse si ella llegó y en qué forma.

Para responder a esta pregunta lo haremos desde el punto de vista de la familia. Y esto no sólo porque ella es la célula básica de la sociedad, y por lo tanto un indicador fidedigno del estado del conjunto de la Nación, sino también porque de acuerdo a las encuestas sobre felicidad, los chilenos en un 70% asocian la felicidad con su vida familiar¹.

Hagamos un rápido análisis de la situación de la familia. Lo haremos abordando siete puntos muy sintomáticos de su estado.

1. DIVORCIO

El primer “logro”, y quizás el más substancial alcanzado, fue acabar con el matrimonio indisoluble. Después de varios años de discusión parlamentaria, se terminó aprobando el divorcio vincular, propuesto por dos ex parlamentarios DC y que contó con votos favorables de la oposición. La ley en cuestión contiene cláusulas

*Publicado en *Acción Familia*, Informativo N° 29, septiembre 2006.

¹Cf. “Un aspecto clave en la felicidad de los chilenos, sobre todo en el caso de las mujeres, es la vida en familia (...), la que se alza como el factor más importante dentro de su felicidad”. “El Mercurio”, 21/05/06.

—como la disolución por la sola voluntad de una de las partes— que transformaron al matrimonio en el más frágil y precario de los contratos civiles.

Este primer hachazo en el tronco de la familia, que es la estabilidad del vínculo, no demoró en producir sus lamentables consecuencias.

2. POLÍTICA DE ANTICONCEPCIÓN

A medida que se fue debilitando el vínculo conyugal, se produjo un descenso vertiginoso de la natalidad. Así, el último censo muestra que las tasas de natalidad bajaron en un 50% en 40 años.

Chile es hoy en día un país cuya natalidad no alcanza a cubrir los índices de mortalidad. En términos más claros, nuestra sociedad envejece, con todas las consecuencias que ello supone para un país.

Para “educar” a los jóvenes en esta postergación de cualquier compromiso serio y para toda la vida, los Ministerios de Salud y Educación han venido durante años promoviendo la difusión masiva de preservativos, para lograr lo que ellos llaman el “sexo seguro”.

Sin entrar en la calificación moral de esta medida, ella no ha hecho sino multiplicar los hijos tenidos fuera del matrimonio, los que ya superan el 50% del total de los nacidos, con los perjuicios que eso trae para los recién nacidos, para sus padres y para el conjunto de la sociedad.

3. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Sin embargo, los Gobiernos de la Concertación agregaron a su plan de “sexo seguro” la píldora abortiva, llamada “del día siguiente”, distribuida de modo cada vez más masivo, llegando a anunciar recientemente su entrega gratuita y sin receta médica.

Para evitar cualquier intromisión de los padres de familia en estos “derechos sexuales” de los menores de edad, la Ministra de Salud acaba de declarar que la píldora se entregará, a partir de los 14 años, de modo “confidencial”. Es decir, sin que los padres tengan siquiera conocimiento de la deformación moral que el Estado está realizando con sus hijos e hijas menores de edad.

Interrogada al respecto de “proyectos como la píldora de emergencia o el aborto terapéutico, la Ministra responde (...): ‘El Programa de la Presidente es bastante claro, y yo estoy aquí para cumplirlo’”².

En realidad, el hecho de fijar la “confidencialidad” a partir de los 14 años es una graciosa concesión del Estado, pues el Proyecto de Derechos Sexuales, que realmente hace parte del Programa de Gobierno, establece que estos derechos deben tener vigor “desde la más temprana edad”, sin límites de ninguna especie³.

²Cf. “Secretaría de Estado aborda los temas más explosivos”, “El Mercurio”, 11/08/06.

³El Proyecto de derechos sexuales los define como la facultad de: “decidir por sí mismo cuándo y con quién tener relaciones sexuales (...) sin otro límite que la no trasgresión de la libertad sexual de las otras personas (...) significa autodeterminar la vivencia, experiencia y significación de la propia sexualidad, tenga esta o no una finalidad procreativa”. Y con respecto a los límites de edad el mismo Proyecto establece: “Se prohíbe toda discriminación que implique menoscabo, restricción o limitación al ejercicio de este derecho por razones de edad

La Ministra de Salud declara que la totalidad de los derechos sexuales y reproductivos “no los estamos abordando en este momento”⁴, lo que significa que lo hará de modo paulatino.

4. CRIOPRESERVACIÓN

A pesar del reciente rechazo del Senado al veto de Lagos a la ley que prohíbe la clonación humana, la Ministra, “socialista y agnóstica”, garantiza que se continuará con la congelación de embriones. Ella declara, sin mayor preocupación, que no sabe si estos embriones, es decir esas vidas humanas, “se regalan, se botan o se venden”. Sin embargo, considera que esta congelación de embriones “no es ilegal”⁵.

De este modo, los hijos, como otro producto de supermercado, podrán venir “a pedido”, para lo cual deberán esperar en congeladores que los padres, o quienes deseen “adquirirlos”, los soliciten a un banco *ad hoc*.

Entre los interesados por estos seres en estado embrionario podrán estar parejas de lesbianas o de homosexuales deseosos de estar acompañados de un tercer elemento en sus uniones. Negarles este derecho sería “discriminar por orientación sexual”, delito que el Gobierno busca arrancar de raíz.

Estas políticas antinatalistas junto con disminuir la natalidad están haciendo desaparecer de la sociedad aquello que es la cúspide de la gratuidad en las relaciones humanas. En efecto, la entrega, el afecto, la bondad, el dar sin esperar reciprocidad, que es lo propio de una madre, va entrando en un ocaso cada día más acentuado.

De este modo, se está imponiendo en el conjunto de la sociedad chilena, como único tipo de relaciones, aquella que consiste en el mero intercambio de bienes y servicios, con todo lo que esto tiene de frío, de mecánico; en una palabra, de inhumano.

¿Podrá alguien afirmar que esta realidad, que constatamos diariamente, puede traer más alegría a los chilenos?

5. EUTANASIA

Los ingenieros de esta “alegría” concertacionista no han dejado nada al azar.

Ellos han pretendido encontrar una solución al sufrimiento y al dolor en esta vida. Los diputados socialistas Rossi y Bustos han presentado el último producto del plan “alegría”. Este consiste en un proyecto de ley de eutanasia, lo que en otras palabras se podría traducir por una muerte “alegre”, o el “buen morir”⁶.

(...) En particular la discriminación contra los y las jóvenes en edad escolar” (Artículo 5°). Aún más, el Proyecto insiste en que la vida sexual debe poder comenzar: “desde la más temprana edad”. Cf. Proyecto Marco de derechos sexuales y reproductivos, Bol. N° 2608-11.

⁴Cf. “El Mercurio”, *ídem*.

⁵Cf. “El Mercurio”, *ídem*.

⁶Cf. Boletín N° 4201-11 en estudio en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados.

El Gobierno, quizás asustado por las reacciones a esta iniciativa legal, se apresuró a presentar una forma más mitigada de lo mismo, pero hay que preguntarse si el proyecto no será radicalizado durante el trámite en el Congreso. Así los socialistas están transformando hasta la muerte en algo placentero...

6. ¿FIN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

En el arco iris de la Concertación están permitidos todos los colores, salvo aquel que, según sus dogmas relativistas, pueda desentonar de los demás.

Es la lógica del espíritu liberal. Según enseña el profesor Plinio Corrêa de Oliveira, a éste “poco le importa la libertad para el bien. Sólo le interesa la libertad para el mal. Cuando está en el poder, fácilmente y hasta alegremente cohibe la libertad al bien, en toda la medida de lo posible”⁷.

Como se recordará, el senador Girardi y la diputada Saa declararon en su oportunidad que las críticas formuladas por la autoridad eclesiástica a la distribución de la píldora del día siguiente constituían: “un llamado a la desobediencia civil y puede considerarse (...) como sedición”⁸.

Esta limitación a la libertad de expresión es la que hemos visto agravarse en estos últimos meses.

En este sentido, uno de los proyectos más persecutorios es el que “Establece medidas contra la discriminación”. La iniciativa legal podrá constituir el instrumento para silenciar a las autoridades eclesiásticas y a los católicos o enviarlos a la cárcel por “discriminación por orientación sexual”. ¡Y esto con penas de hasta cinco años de cárcel!⁹

En el pasado mes de julio, *Acción Familia* pidió a sus adherentes que dirigieran una carta, a través de correo electrónico, a los presidentes de los partidos que se dicen de inspiración cristiana, la DC, RN y la UDI.

En el mensaje dirigido a la señora Alvear y a los señores Carlos y Hernán Larraín se les solicita comunicar a sus parlamentarios su rechazo a este proyecto, añadiendo que “de lo contrario no podremos votar por sus candidatos en las próximas elecciones”.

Según consta, han llegado más de mil doscientos pedidos a los respectivos destinatarios, quienes hasta la fecha no han respondido a nuestros adherentes¹⁰.

En virtud de este proyecto, la amenaza de cárcel, para todos los que se opongan a las conductas homosexuales, pende sobre nuestras cabezas como una espada de Damocles.

⁷Cf. Plinio Corrêa de Oliveira, *Revolución y Contra Revolución*, p. 72, Perú, julio 2005.

⁸Cf. “El Mercurio”, 05/05/04.

⁹El Proyecto ya fue aprobado en la Cámara de Diputados y también lo fue en general por el Senado, Bol. N° 3815-07.

¹⁰Ver documento: <http://www.accionfamilia.org/actualidad/discriminacion/discriminacion.htm>.

7. DELINCUENCIA

Como no podía dejar de suceder, los promotores de la “alegría” vieron con malos ojos a quienes defendían el “Orden y Patria” y también a los jueces que aplicaban el rigor de la ley a los pobres ladrones, excluidos de los bienes de consumo, por culpa del egoísmo de los capitalistas y empresarios.

Movidos por el espíritu de lucha de clases, se modificaron las leyes y, gracias al Ministro Cumplido, se impidieron las detenciones por sospecha y otras medidas destinadas al control de la delincuencia.

Al cabo de 17 años, las consecuencias de estas reformas son tan evidentes que nos dispensamos de comentarlas, sólo diremos que ellas han conseguido transformar los otrora tranquilos hogares en verdaderas trincheras defensivas... a veces impotentes frente a la agresividad de la delincuencia.

El corto espacio de que disponemos no nos permite extendernos, detallando otros síntomas que están afectando a la convivencia social y a la estabilidad de la familia. Mencionamos, sólo a modo de ejemplo, el aumento de la drogadicción entre los adolescentes, cuyos índices de consumo son superiores a todo el continente.

CONCLUSIÓN

Transcurridos estos 17 años de políticas socialistas, ¿es Chile un país más “alegre”?

Juzgue el lector.

Una cosa es clara, los jóvenes que han nacido y crecido en estos 17 años no parecen estar contentos con el producto ofrecido...

Y no podrían estarlo, pues la verdadera alegría sólo puede nacer de enfrentar la vida con espíritu de Fe, acatando plenamente las normas morales establecidas por Dios, y nunca de intentar hacer “un mundo feliz”.

Menos aún cuando este “mundo feliz” se inspira en el socialismo agnóstico.

ANTEPROYECTO DE LA OEA PRETENDE IMPONER EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, LOS DERECHOS SEXUALES Y LA DOCTRINA DE GÉNERO

El informativo electrónico Noticias Globales, de Buenos Aires, fue el primero que dio la alarma, avisando a sus lectores que, entre el 26 y el 28 de julio pp., se celebraría en Brasilia la Conferencia Regional de las Américas, en la cual se presentaría un *Anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas conexas de Intolerancia*.

Esta Convención podría ser un intento de imponer a toda América –bajo pretexto de no discriminación y de derechos humanos– el aborto, las uniones homosexuales y otras “conquistas sociales” antifamilia. El estudio de la propuesta vendría a revelar una gran radicalidad en los medios propuestos para alcanzar esos nefastos fines.

En efecto, con el pretexto de reprimir el racismo y las discriminaciones injustas, se incluye entre estas últimas la supuesta discriminación por “orientación sexual”, con lo cual las prácticas *contra natura* pasarían a tener, por fuerza de dicha Convención, la misma aceptación que las relaciones normales.

Como consecuencia, los Estados americanos se verían obligados a reconocer jurídicamente la legitimidad de las conductas homosexuales y un supuesto derecho al “matrimonio” homosexual. Por otra parte, el Anteproyecto –refiriéndose a la oposición a esas conductas– establece que los Estados firmantes deben adoptar “políticas destinadas a prevenir, sancionar y erradicar tales prácticas”¹.

Como se puede constatar en la lectura de diversos artículos del Anteproyecto, éste establece el derecho de contraer matrimonio con quien se desee, sin aclarar –como lo establecen las leyes vigentes de muchos países– que los contrayentes deban ser de sexo diferente.

Esta Convención dará ciudadanía a las conductas homosexuales, la doctrina de género y los llamados “derechos sexuales y reproductivos” y, al mismo tiempo, sancionará “*la difusión de ideas*” que se opongan a tales conductas, por considerarlas discriminatorias.

Para asegurar la eficacia demoleadora de esta tenaza, el Anteproyecto establece un mecanismo de denuncias que puede activarse por la mera sospecha de “ánimo discriminatorio”.

Así, afirmar que el matrimonio es la unión para toda la vida entre un hombre y una mujer, o sostener la enseñanza del Catecismo de la Iglesia Católica que la homosexualidad es un desorden objetivo, podrán ser duramente sancionadas como “delito de odio”².

¹*Anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 18 de abril, 2006, Capítulo IV, Deberes del Estado, artículo 6.

²El Estado se obliga a “promulgar leyes que definan el delito de odio como el practicado con ánimo o motivación (...) de género, de orientación sexual (...) sancionando tal práctica en el ámbito penal y civil”. (Capítulo IV, Deberes del Estado, artículo xviii).

Los grupos de presión homosexuales escogieron la Organización de Estados Americanos (OEA) para promover estas medidas porque la Santa Sede y los Estados Unidos tienen menos influencia dentro de ella que en los organismos de derechos humanos de la ONU.

De hecho, Estados Unidos manifestó su desacuerdo con la idea de firmar una convención regional relativa a esta materia ya que existe “*un régimen de tratados internacionales sólido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual 170 países son Estados Partes. Así, un mecanismo regional no es necesario y corre el riesgo de crear incongruencias con este régimen mundial*”³.

En análogo sentido se pronunció la Procuraduría de Costa Rica en carta dirigida al Ministro del Interior de esa Nación: “En primer término, de la relación de los artículos 2, incisos ix) y 4, inciso xviii), se infiere que la Convención estaría reconociendo y protegiendo como un derecho humano a favor de las personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio y a elegir el cónyuge”⁴.

Sin embargo, a pesar de la oposición norteamericana y de las reservas de Costa Rica, el Anteproyecto fue aprobado en la reunión de Brasilia, dándose como plazo a los gobiernos el pasado 27 de octubre para hacer sugerencias.

Los medios de comunicación chilenos, que se apresuran a divulgar una infinidad de hechos sin importancia, no hicieron mención digna de nota de la reunión en Brasilia, ni del Anteproyecto de Convención, ni tampoco del plazo para presentar enmiendas.

Al silencio de los medios se sumó el silencio del Gobierno. Este hermetismo impidió que el público chileno tomara conocimiento de este grave asunto. Por este motivo la opinión formulada por el Gobierno con relación al Anteproyecto, carece totalmente de representatividad.

Este ya habitual “secretismo” gubernamental también impidió que se divulgaran las sugerencias presentadas por la Misión Permanente de Chile ante la OEA. Sin embargo, tenemos razones para sospechar que ellas fueron favorables a la inclusión de la “orientación sexual”, como merecedora de una protección contra la discriminación y del supuesto “derecho al matrimonio” para los homosexuales.

En efecto, la nota enviada por dicha Misión, el pasado 10 de enero, a la Presidencia del Grupo de Trabajo encargado de redactar la primera versión del Anteproyecto de Convención, sugiere un “mecanismo de cumplimiento” de la futura Convención, que otorgue a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplios poderes para sancionar a los Estados considerados remisos. Esto equivale a establecer una especie de “inquisición laica” contra lo que desagrade al activismo homosexual o a los promotores de la “liberación” sexual⁵.

³cf. “Noticias Globales”, 24 de julio de 2006.

⁴cf. “Procuraduría de la República de San José de Costa Rica”, Dr. Fernando Castillo Viquez, Procurador Constitucional, 23 de octubre del 2006.

⁵“No debiéramos desaprovechar la oportunidad de crear un instrumento internacional vinculante y obligatorio para los Estados miembros de la OEA. La Convención debería establecer, en consecuencia, un mecanismo que permita la exigibilidad de esta responsabilidad y establecer directrices para que el Estado resarza los daños causados” (Misión Permanente de Chile ante la OEA, 10 de enero, 2006).

Así, en caso de aprobarse esta normativa, ni el Parlamento de Chile, ni el Poder Judicial serán en definitiva los que legislen o juzguen estas materias. La pauta para hacerlo será dada por esta Convención, fraguada a espaldas de la opinión pública y de la institucionalidad vigente.

Sería muy grave que este Gobierno, sin el conocimiento del país, firme una Convención que le afectará gravemente, comprometerá su soberanía y otorgará el reconocimiento a los mal llamados “matrimonios homosexuales”. A lo que se suma poder imponer el aborto y otros “derechos sexuales” y establecer los mecanismos de persecución internacional contra los que divulguen la doctrina católica a respecto de tales conductas.

Las autoridades religiosas, los parlamentarios y todos los católicos debemos movilizarnos para evitar que el Gobierno de la Concertación haga realidad las reivindicaciones injustas y antinaturales que los lobbies homosexual y abortista pretenden imponer a toda la sociedad chilena.

Si este Anteproyecto se aprueba por desidia de quienes deben oponerse a él, se estará sumando a los escándalos de corrupción algo mucho peor: el colocar en la condición de perseguidos a los fieles católicos, y en la condición de protegidos a los que se entregaron al vicio antinatural.

ACCIÓN FAMILIA*

**Acción Familia*, Informativo N° 30/Diciembre 2006.

PINOCHETISMO Y ANTIPINOCHETISMO DESPUÉS DE PINOCHET

Cuando el lector recorra estas líneas, del general Pinochet no quedará en la tierra sino un puñado de cenizas.

Pero su muerte ha sido acompañada de hechos inauditos.

Sólo nuestra ya escasa capacidad para asombrarnos explica que hayan pasado punto menos que desapercibidos, o como normales. Por ejemplo:

- A. El ministro del Interior insulta al difunto, públicamente, aún antes de que se disponga de sus restos, imputándole delitos que no han sido judicialmente probados, y que ya nunca lo serán, y de los cuales la víctima de la injuria por supuesto no puede ni podrá nunca –del modo más irremisible y definitivo– defenderse.

¿Es un arrebato así, de odiosidad sin control, la actitud propia de quien ejerce una cartera tan delicada, la que maneja la seguridad de los chilenos, y lleva anexa la representación general del Ejecutivo? ¿La presunción de inocencia rige sólo para los funcionarios del Gobierno, o para todo el mundo? En mi larga vida nunca vi antes que un ministro del Interior se ensañara en un compatriota muerto, todavía tibio el cadáver. Si el ministro no pasa a la Historia por otro motivo, sin duda lo hará por éste.

- B. Algunos han “festejado” la muerte del general Pinochet. En quienes deben al régimen militar sufrimientos irreparables –torturas, muertes de seres queridos– ha sido una actitud inhumana, pero explicable. Mas ¿por qué incluir en las celebraciones el asalto y arrasamiento de una estación de combustible, y una tienda vecina; la quema con pérdida total de un jeep Cherokee y un automóvil Renault; y herir a bala y perdigón a veintidós carabineros?

- C. Y ¿por qué, mientras tanto, miles de chilenos –muchos de ellos muy pobres– formaban durante horas fatigosas filas para echar una última mirada al rostro del general? ¿Qué le agradecían a este hombre sin poder, sin actuación pública desde años atrás, sin siquiera prestancia física –carcomida por la edad y sus múltiples dolencias– y respecto del cual, esos años, cualquier sabandija pudo preferir las mayores atrocidades?

Todos estos enigmas tienen las mismas respuestas:

1. El antiguo pinochetismo reconoce y ha hecho su mea culpa por los excesos del régimen militar –especialmente por los abusos contra los derechos humanos–, hasta tal punto que en la práctica se ha disuelto, abandonando (con velocidad a veces un tanto indecente) a su antiguo líder.
2. Contrariamente, el antipinochetismo no puede o no se atreve a separar aguas de quienes, en su interior, justificaron y muchos aún justifican los actos de violencia, anteriores al régimen militar o coetáneos con éste. Así, no condenaron ni condenan los sangrientos bombazos del Partido Comunista, los años 80, y su resultado de muerte y mutilaciones. Bombazos que dirigían un Premio Nacional de Literatura –otorgado ya de vuelta la democracia– y una

ex parlamentaria, después difunta con homenajes varios, duelo oficial y hasta calle de su nombre, en una comuna me parece que de alcalde momio.

Peor todavía, se pasea orondo e incluso es invitado oficial a almuerzos de la Cámara, el capitán de asesinos que comandó el atentado contra el general Pinochet en 1986.

Magnicida frustrado e incompetente, de su inepto terrorismo resultó sólo la muerte de cinco escoltas presidenciales que no le habían hecho nada a nadie. El general mismo escapó ileso. Ahora el "héroe" declara haber sido "positivo para el pueblo" que Augusto Pinochet no muriera entonces. Y que perecieran cinco inocentes... ¿fue igualmente positivo para el pueblo?

Por eso, toda vez que la Concertación aparece en público, aunque sea para la oportunidad "festiva" de una muerte, se dan los desbordes señalados en la letra "B", u otros similares.

E inmediatamente se dice que son obra de "infiltrados".

Y así es. Desde los años 60 que están "infiltrados" en las fuerzas políticas que hoy gobiernan los apóstoles de la violencia de izquierda, y a esa violencia no la condena nadie.

El "héroe" del Cajón del Maipo pudo recibir un almuerzo-homenaje de varios diputados concertacionistas en el comedor oficial de la Cámara. Lo acompañaba un ex jefe del MIR, también con mucha deuda de sangre inocente. No hubo, entonces, una sola protesta. ¿Habría sido igual la tolerancia de ser los invitados de honor ex oficiales de la DINA?

3. De otra parte, ni izquierda civilizada ni DC están dispuestas a reconocer las obras encomiables del régimen militar y de su Presidente. Pero eran ellas las que le conservaban el recuerdo y cariño popular evidenciado estos días. Sólo cuando exista ese reconocimiento, se habrá dado vuelta, definitivamente, la página de las culpas y los odios recíprocos entre pinochetistas y antipinochetistas.

Pues hoy ya no cabe duda razonable, sino en matices, de lo que sigue:

- a. Que el general Pinochet asumió la dirección del golpe militar de 1973 sólo a última hora, sin haberlo organizado ni, es probable, deseirlo. También es probable que lo hiciera para no perder su propia jefatura, pero de hecho esta decisión significó que no se dividieran las Fuerzas Armadas ni, por tanto, hubiese guerra civil. Ella, según el general Prats, hubiera costado 500 mil vidas. Y la impulsaban alegremente los guevaristas del MIR, el MAPU, la IC y el PS, muchos de los cuales merecen respeto porque perdieron la vida... y otros también merecen respeto, pero son actuales y prósperos empresarios, presidentes y directores de grandes sociedades capitalistas, etc. "Nos equivocamos", dicen ahora. El general Pinochet, en esto, no se equivocó.
- b. Que el general Pinochet estableció contra viento y marea, afrontando grandes resistencias –incluso dentro de las Fuerzas Armadas–, el modelo económico que nos rige y que la Concertación ha seguido aplicando con un fidelidad que es la mejor prueba de su acierto. Debíó Pinochet defenderlo en los más difíciles momentos, la crisis del año 1982, cuando todos vituperaban el sistema de economía libre –empresarios incluidos– y éste parecía no poder salir del desprestigio y del fracaso. Al implantarlo, Chile se adelantó un cuarto de siglo al resto del mundo, comprendidos los países desarrollados. Hoy es pan común.

- c. Que esas medidas, por ejemplo: las de equilibrio fiscal, y otras como la autonomía del Banco Central, permitieron el término absoluto de la inflación de que hoy gozamos, después de un siglo de distorsionar ella brutalmente nuestra economía y devorar sueldos y salarios.
- d. Que fue Pinochet quien nos dio las esencias de la Constitución que nos rige, v.gr. los deberes y derechos ciudadanos e instituciones claves de convivencia, como ser la propiedad plena, el recurso de protección, el Tribunal Constitucional, el Banco Central autónomo, etc.
- e. Que con la misma Carta, Pinochet –ese momento, en la plenitud de su poder y de la bonanza económica– fijó cómo y cuándo terminaría el régimen militar, volviendo la democracia; cómo y cuándo se sometería él mismo a la ratificación de un plebiscito; y cómo y cuándo, si lo perdiera, entregaría el mando. Y que ese itinerario de nueve años, con el plebiscito que le fue desfavorable, y la devolución del poder, se cumplió estrictamente, bajo una sola garantía real: el honor del Presidente.
- f. Que Pinochet reemplazó una previsión quebrada y cuyos ahorros se habían hecho humo, por el sistema de capitalización individual que nos rige. Sistema que muchos países del mundo han copiado, y que en estos mismos días ha recibido de la Concertación su mejor espaldarazo: tras largos estudios, proponerle sólo modificaciones que serán buenas o malas, pero que no alteran su esencia.
- g. Finalmente, que Pinochet, ejerciendo una conducción internacional clásica por su habilidad y serenidad, nos dio la paz con países que querían y habían preparado y estaban listos –su fecha fijada– para la guerra... una guerra de inciertos resultados para Chile. Aquélla con Argentina, especialmente, para que pudiésemos ganarla, hubiera debido ser terrestre, larga y muy sangrienta. Cada varón chileno de 45 a 55 años que hoy anda por la calle pudiese haber muerto atrocemente en plena juventud.

Lo que precede (y otros aspectos que el espacio nos obliga a omitir) hace inevitable que la Historia, mañana, plantee al general como la mayor figura, una figura refundadora, de nuestro siglo XX. Esto no atenuará en nada los excesos de su régimen tocante a derechos humanos, u otros errores que haya podido cometer. Pero O'Higgins en el asesinato de Manuel Rodríguez, por ejemplo, jugó un papel tan oscuro como el que se atribuye a Pinochet en la represión. Y sigue siendo el Padre de la Patria.

Yo fui admirador y seguidor de Pinochet, y lo serví.

Después, el problema de los derechos humanos me separó de él –aunque no con la oportunidad, claridad y firmeza que hubiera debido– e hice mi mea culpa. El que se necesita de los antipinochetistas es, por supuesto, mucho más fácil y débil –al fin y al cabo, ellos fueron las víctimas– y por eso es razonable pedirlo y esperarlo. Un reconocimiento y apartamiento de su propia violencia (que ciertamente no justifica la otra) y de los méritos del régimen militar y de su jefe. Y sobre todo, una abdicación del odio (no de la justicia). Que los ministros, por ejemplo, no insulten a los muertos antes de enterrados.

GONZALO VIAL CORREA*

*Publicado en *La Segunda* (Santiago de Chile) el 12.12.2006.

RECLAMACIÓN ANTE LA OIT POR TRABAJO FORZOSO (Denuncia del Colegio de Abogados de Chile, en conjunto con los colegios regionales, de abuso y la ilegalidad que implica el sistema de Abogado de Turno)

El Colegio de Abogados de Chile, por acuerdo de su Consejo Ampliado por participación de los Presidentes de los colegios regionales, presentó una Reclamación ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en contra del Estado de Chile por imponer trabajo forzoso a los abogados. La presentación se funda en la aplicación del sistema de Abogado de Turno, que transgrede directamente el Convenio 29 de la OIT suscrito por Chile y vigente para nuestro país desde 1934.

El Colegio presentó esta Reclamación luego de haber intentado por varios medios corregir los abusos que deben enfrentar los abogados, especialmente en regiones. Son éstos quienes se ven obligados a asumir decenas de causas durante un mes, situación que además se repite una, dos o tres veces en el año, a diferencia de los abogados de Santiago que generalmente están sujetos a turno una vez en la vida.

Además, los poderes Ejecutivo y el Legislativo han aprobado nuevas leyes acordando autorizar a las personas para concurrir a los tribunales sin ser representadas por abogados. De igual manera, los tribunales han extendido ilegítima a ilegalmente el turno a materias no comprendidas en el COT, como al caso de "familia". Entonces, por una parte, el Estado sostiene que no es necesario contratar abogados y por otra le impone al abogado la obligación de asumir turnos. A lo anterior podría sumarse la merma laboral que implicó la aplicación del sistema de Defensoría Penal Pública y Licitada a los abogados que ejercían en materia criminal.

NEGACIÓN DE LA LIBERTAD Y COACCIÓN

Luego de recurrir a diferentes instancias para solucionar el problema, sin haber sido oídos, se acordó por unanimidad de los Consejeros Nacionales y de los Colegios Regionales, quienes asistieron a una reunión ampliada para tratar la materia, presentar la Reclamación ante la OIT contra el Estado por imponer trabajo forzoso a los abogados chilenos.

En la Reclamación se indicó que los artículos 591, 595 y 598 del Código Orgánico de Tribunales que crean el sistema del Abogado de Turno, se encuadran con la definición de trabajo forzoso dada por el Convenio 29, según la cual éste es *"todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"*. Se distinguen entonces dos características: la negación de la libertad y la coacción.

Ambas se dan en este caso, porque los abogados no se inscriben voluntariamente para ser designados por el turno y, por otra parte, quien se niegue a cumplir con el trabajo designado puede ser suspendido por hasta seis meses del ejercicio de la profesión.

Además, se recordó que el Convenio 29 indica que las autoridades competentes de cada país miembro no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares.

En la Reclamación se señaló que el Convenio 29 dispone que *“el trabajo forzoso u obligatorio, en todas sus formas, deberá ser remunerado en metálico y con arreglo a tasas que, para el mismo género de trabajo, no deberán ser inferiores a las vigentes en la región donde los trabajadores estén empleados, ni a las vigentes en la región donde fueron reclutados”*. De más está decir que el trabajo impuesto a los abogados es totalmente gratuito, y como se expresó también en la Reclamación, el abogado debe asimismo pagar los gastos y costos de la defensa, por ejemplo, movilización, fotocopias, teléfonos, etc., sin contar el costo alternativo de su tiempo y la baja de los ingresos que ello puede implicar.

Se agregó que en los casos extraordinarios en que está permitido el trabajo forzoso, además de ser pagado, no puede extenderse por más de 60 días. Sin embargo, para el abogado chileno el trabajo forzoso puede durar años, puesto que por ley debe representar al particular impuesto hasta terminar el asunto encomendado. Y por supuesto, en todo momento está sujeto a las obligaciones éticas propias de la relación cliente-abogado.

Se hizo presente además que al suscribir el Convenio 29, el Estado de Chile se obligó a eliminar el trabajo forzoso e implementar una legislación eficaz que lo prohíba, pero no ha cumplido con esa obligación. Es más, lo impone directamente, todos los días, y desde la ratificación del Convenio hasta ahora ha dictado leyes y adoptado resoluciones que transgreden este principio. La obligación de proveer defensa jurídica a las personas (Art. 19 N° 3 de la Constitución) es una obligación del Estado, y éste no puede cumplirla imponiendo trabajo forzoso a los abogados.

Se recordó también la generosidad de los abogados que deben cumplir con una práctica previa a su juramento, que también es obligatoria y gratuita. Ésta fue organizada originalmente por el propio Colegio cuando Chile era un país muy pobre y estudiar derecho era prácticamente gratis; el abogado cumplía con estas funciones como una forma de colaborar. Hoy no se justifica porque toda carrera es totalmente pagada, salvo unas pocas becas, tanto en universidades estatales como privadas, y el nivel económico del país permite contar con un sistema de asesoría pagado por el Estado.

Al imponer el trabajo forzoso se está atentando contra los derechos humanos, concretamente contra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en 1966, que trata el trabajo forzoso con detalle y estipula en su artículo 8.3, (a) que *“nadie sera constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”*.

Se manifestó que el hecho que existan trabajos forzosos más graves como la explotación sexual de niños, la mendicidad forzosa, trabajo forzoso en régimen penitenciario, servidumbre u otras formas que insultan la conciencia, no puede restar importancia ni atención a la situación de los abogados chilenos. Si en Chile se logra corregir la grave situación que afecta a sus abogados, será el mejor ali-

ciente para evitar, prevenir y sancionar ejemplarmente toda otra forma de trabajo forzoso en este país, sea impuesto por el Estado o por particulares. Concordamos con un informe de la OIT que indica que *“No hay nada que justifique la existencia del trabajo forzoso en el siglo XXI”*.

MEDIDAS ADOPTADAS

Finalmente se pidió a la OIT que recomiende al Estado de Chile que se respeten los compromisos adquiridos como miembro de la OIT, mediante al menos la implementación de las siguientes disposiciones:

- a) Que cesen de inmediato las medidas denunciadas en esta reclamación;
- b) Que se deroguen o modifiquen sin demora los Arts. 595 y 598 del COT, el Art. 19 de la Ley 19.968 y cualquier otra disposición legal o reglamentaria que directa o indirectamente imponga trabajo forzoso, y,
- c) Que las autoridades administrativas o judiciales se abstengan de inmediato de continuar designando abogados conforme al sistema de turno o aplicar cualquier otro sistema parecido.

COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE*

**Revista del Abogado*, N° 38/noviembre 2006, 30-31.

¿QUÉ DICE EL DERECHO INTERNACIONAL?

Una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha suscitado nuevamente un debate acerca de los alcances del derecho internacional en el tema de la sanción de crímenes internacionales. Esa decisión, en cuanto concierne a la definición de crímenes de lesa humanidad, amnistía y reservas, incide en importantes aspectos del derecho internacional y del derecho constitucional. Otros países podrán igualmente expresar inquietud, como es el caso de Colombia, que se debate entre la alternativa de una paz largamente anhelada con amnistía o la guerra continuada en aras de principios no reconocidos por el derecho internacional.

El debate no es nuevo, pues ya se ha planteado respecto de los alcances de la jurisdicción universal. Siendo esa jurisdicción diferente de aquella propiamente internacional, como la de la Corte Interamericana, los problemas jurídicos de fondo son en buena medida los mismos.

Nadie duda de que el derecho internacional ha alcanzado un desarrollo considerable, incluyendo la preocupación por los crímenes internacionales. El debate radica en si acaso el derecho internacional dice lo que se sostiene que dice.

La clave para comprender ese debate se encuentra en la definición de crímenes en el derecho internacional. Los crímenes de genocidio, de guerra, agresión y de lesa humanidad han sido específicamente identificados como materia de esa preocupación. Todos ellos entran en la categoría de crímenes atroces que violentan la conciencia de la humanidad. Sin embargo, sostiene la Corte Interamericana, como antes ya lo había hecho el tribunal especial para la ex Yugoslavia, que un solo caso de asesinato es constitutivo de crimen de lesa humanidad en el contexto de una política represiva. Repudiable como puede ser un asesinato en cualquier circunstancia, no es ésta la situación que ha tenido presente el derecho internacional a partir de los juicios de Nuremberg.

Interpretaciones expansivas se encuentran en decisiones de algunos jueces o fiscales en ciertas capitales europeas y en Santiago. La definición grotesca de genocidio que hizo uno de esos jueces, por ejemplo, llevó a su rechazo unánime por la justicia británica. El propósito apunta a cómo lograr que se considere de lesa humanidad lo que no lo es por su naturaleza. Esas interpretaciones no se reflejan, sin embargo, en la mayoría de las sentencias judiciales.

La Corte considera igualmente que los crímenes de lesa humanidad forman parte de la costumbre internacional, en su categoría máxima de norma de *jus cogens*. Este enfoque no encuentra sustento en el derecho internacional, que en este plano descansa en tratados concretos.

La lista de crímenes de lesa humanidad puede, en tales interpretaciones, crecer sin límite, no porque así se haya convenido, sino porque así lo señalan los jueces, que asumen entonces el papel de legisladores de la comunidad internacional.

Respecto de los crímenes definidos genuinamente por el derecho internacional, éste ha adoptado algunos criterios restrictivos para impedir que pueda producirse una situación de impunidad, como la imprescriptibilidad. La prohibición de la amnistía no es uno de ellos, a pesar de que exista una fuerte presión para que así se declare.

Todo lo anterior incide de una manera evidente en los alcances del derecho constitucional, pues en la práctica el fallo de la Corte equivale a una derogación de una norma legal vigente. Chile aceptó la competencia de la Corte con una reserva, la que ahora tampoco reconoce ese tribunal, por la vía de considerarla una mera declaración. Las normas aplicables a las reservas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, inclusive en su aplicación a cuestiones jurisdiccionales, pasan así a la historia, desconociéndoseles todo valor, al igual que las nuevas normas constitucionales sobre el retiro de reservas, en lo que debe intervenir el Congreso.

Toda interpretación abusiva lleva inexorablemente a una reacción correctiva, y ella ya se observa en la cautela con que muchos países consideran su participación en los mecanismos previstos en el derecho internacional.

Más serio es el hecho de que se comienzan a confirmar las dudas ya existentes sobre el alcance del principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, destinado a asegurar que se respetará el papel de los tribunales nacionales. Entendiéndose la amnistía como expresión del deseo de no ejercer justicia, la garantía de la complementariedad dejaría de aplicarse.

FRANCISCO ORREGO VICUÑA*

*Profesor de Derecho Internacional Público. Premio Nacional de Humanidades y Ciencias. Académico del Instituto de Chile. Ex embajador. Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile), el 22.10.2006, A-2.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA
26.9.2006
Responsabilidad de los Servicios de Salud
por daños producidos por ausencia
de la debida prestación

VISTOS:

En estos autos rol N° 1.968-2006, el demandado, Servicio de Salud de Concepción, interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de esa ciudad, que confirmó la de primer grado, pronunciada por el Segundo Juzgado Civil de Concepción, con declaración que se condena a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$ 100.000.000 a título de indemnización de perjuicios.

Se trajeron los autos en relación para conocer del recurso de casación en el fondo.

CONSIDERANDO:

1º) Que el recurso denuncia la transgresión de lo que denomina “leyes reguladoras de la prueba” y de los artículos 19 inciso 2º y 1698 inciso 1º del Código Civil; 4º y 42 de la Ley N° 18.575, normas éstas de las cuales se desprendería que corresponde probar los supuestos de hecho de las obligaciones a quien invoca la existencia de las mismas, concluyendo el fallo que corresponde a su parte acreditar que la actora no sufrió una infección producto de la intervención quirúrgica que se le efectuó el 12 de noviembre de 1998, en el Hospital Regional de la ciudad de Concepción.

Denuncia, asimismo, que se infringen los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, ya citada, al exigir probar al demandado que la infección que sufrió la demandante no se produjo como consecuencia de la operación realizada en el centro médico señalado y que, por el contrario, la causa fue otra diferente, alterando de esa manera el onus probandi, al exigir probar un hecho negativo, a saber, que la demandante no se infectó por la intervención quirúrgica de fecha 12 de noviembre de 1998;

2º) Que, al explicar la forma en que los errores de derecho denunciados habrían influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, expresa que si las normas legales señaladas como quebrantadas se hubiesen aplicado correctamente, los sentenciadores de segunda instancia debieron arribar a la inequívoca conclusión de que no se encuentra probado que la infección que contrajo la actora tuvo como origen la intervención quirúrgica de fecha 12 de noviembre de 1998 y, conse-

cuencialmente, no habiéndose acreditado la falta de servicio, debió rechazarse la demanda, con costas;

3º) Que, entrando al análisis del asunto, conviene precisar que los sentenciadores del grado establecieron como hechos, en lo pertinente:

- a) que la actora sufrió una infección postoperatoria y que a consecuencia de la misma se le produjeron serias lesiones que implicaron la existencia de cicatrices notorias, necrosis del tejido mamario y pérdida de los pezones en ambas mamas, lo que motivó la necesidad de colocarle implantes de silicona en ambos pechos;
- b) que el facultativo que atendió a la actora dio de alta a la paciente en forma prematura, sin efectuar ninguna acción para controlarla a fin de detectar algún atisbo de infección;
- c) que no se acreditó que la paciente fuera citada a algún tipo de control de su operación; y
- d) que recién el 24 de noviembre de 1998, la actora fue atendida, detectándose en esa fecha que presentaba una avanzada infección;

4º) Que sobre la base de los hechos reseñados precedentemente y examinando la totalidad de los antecedentes allegados al proceso en conformidad a sus facultades legales, los sentenciadores de la instancia concluyeron que la demandada sabiendo o debiendo saber que la infección podía presentarse, no tomó ningún resguardo para constatar su existencia o evitar sus efectos, estimando que la infección fue consecuencia directa de la intervención a que fue sometida y no causada por otros factores y acogieron la demanda de la forma precedentemente indicada;

5º) Que cabe comenzar el análisis de la casación precisando que, aunque el recurrente se esmera en presentar parte de sus alegaciones como dirigidas a la denuncia de infracción de leyes reguladoras de la prueba, denunciando alteración del onus probandi, lo cierto es que lo que impugna, por un lado, es la valoración que los jueces del fondo hicieron de la que se rindió en el proceso, en particular, de la testimonial producida por sus propios testigos y, por otro, su recurso va contra los hechos soberanamente fijados por los jueces del fondo, acorde con las atribuciones que les son propias y ellos no se pueden variar por esta Corte Suprema, revistiendo el carácter de inamovibles, especialmente porque no se ha denunciado la vulneración de leyes reguladoras de la prueba que establezcan parámetros legales fijos o determinados de apreciación, que constituyen la única herramienta jurídica que permitiría a este tribunal anular el fallo impugnado y adentrarse en una nueva fijación de hechos en la correspondiente sentencia de reemplazo que hubiere de dictarse;

6º) Que, en relación a la supuesta infracción del artículo 1698 del Código Civil, debe precisarse que no es efectivo que los sentenciadores hayan invertido el peso de la prueba, puesto que lo que en definitiva se le exigió por éstos a la demandada para exonerarlo de responsabilidad es que ésta hubiese probado un hecho positivo, esto es, que la infección que sufrió la actora fue producto de un agente externo a la intervención quirúrgica a que ésta fue sometida, lo que no acreditó, en la especie;

7º) Que todo lo razonado es suficiente argumentación para concluir que no se han producido las transgresiones de ley que se denunciaron, y por lo tanto, el recurso de casación en el fondo deducido debe ser desestimado.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se *rechaza* el recurso de casación en el fondo interpuesto en la presentación de fojas 148, en contra de la sentencia de veintisiete de marzo del año en curso, escrita a fojas 141.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Álvarez.

Rol N°1.968-2006. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica y Sr. Adalis Oyarzún; y los Abogados Integrantes Sres. Fernando Castro y Hernán Álvarez.

Corte de Apelaciones de Concepción 27.3.2006

VISTO:

I. EN CUANTO AL RECURSO CASACIÓN EN LA FORMA

A fojas 86 se presenta el abogado Oscar Oyarzo Vera, por su representada, e interpone recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de primera instancia que rola a fojas 76. Señala que en la sentencia recurrida se ha incurrido en el vicio del artículo 768 N° 5, en relación con el número 4 del artículo 170, ambos del Código de Procedimiento Civil, teniendo en consideración lo dispuesto en los números 5, 6 y 8 del auto acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias. El vicio se habría cometido en razón de no haberse establecido por el juez a quo en la sentencia recurrida con claridad los hechos sobre los cuales versó la discusión. Concedido el recurso se han traído los autos en relación.

Y TENIENDO PRESENTE:

1. Que el recurrente ha interpuesto recurso de casación alegando que la sentencia de primera instancia fue pronunciada con omisión de algunos de los requisitos enumerados en el artículo 170, fundando dicho vicio en que en la sentencia recurrida no se habrían establecido con precisión los hechos sobre los que versa la cuestión que debe fallarse, dado que en el considerando 5º se hizo referencia a hechos no debatidos en el proceso y en el 8º dio por establecida sin claridad la forma en que se habría manifestado la falta de servicio por parte de la demandada. Estos vicios, a su juicio, sólo pueden ser reparados con la invalidación del fallo, debido que se condenó a la demandada sin que se hayan dado por establecidos,

considerados ni tenidos por acreditados los hechos que ésta controvirtió. Concluye que ello implica que su parte ignora por qué conductas fue sancionada.

2. Que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil faculta al tribunal para desestimar el recurso de casación en la forma, cuando aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo.

3. Que la sentencia en revisión ha dado por establecida la falta de servicio de la demandada, de la cual ha hecho derivar su obligación de indemnizar a la actora los perjuicios ocasionados. Si bien la enunciación de los hechos que el a quo ha considerado como constitutivos de la referida falta de servicio puede no haber sido de la claridad aconsejable, ello no significa que la demandada, como lo alega al interponer su recurso, haya quedado en la imposibilidad de saber por qué fue condenada, permitiéndole a ésta recurrir de apelación precisamente sobre estos puntos, confiriendo de esta forma competencia a esta I. Corte para entrar a conocer de los mismos, lo que lleva necesariamente a concluir que el recurso de casación en la forma deberá ser rechazado, dado que de existir el vicio invocado, los perjuicios que habría ocasionado podrían ser reparados por la vía de la apelación. Por otra parte, y según se analizará al resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, es posible concluir que los vicios enunciados, aún de haber existido, no habrían influido en lo dispositivo del fallo.

II EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN, INTERPUESTOS A FOJAS 82 POR LA DEMANDANTE Y POR LA DEMANDADA EN EL SEGUNDO OTROSÍ DE LA PRESENTACIÓN DE FOJAS 86

Se reproduce la sentencia en alzada de quince de septiembre de dos mil dos, y se le introducen las siguientes modificaciones previas: en la parte expositiva, a fojas 76, se sustituye el número 1988 por 1998; en el considerando 5.– se reemplaza la expresión de 1988 por las palabras de 1998; en el fundamento 6.–, a fojas 78 vta., se sustituyen los números 18575 por 18.575 ; en el raciocinio 7º, se suprime la voz objetiva; en el considerando 10.– se sustituye la palabra cincuenta por cien y, finalmente, en el considerando 13.– se reemplaza la expresión latera por la forma verbal altera.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

4. Que en contra de la sentencia de primera instancia dictada en estos autos, se ha alzado la parte demandante solicitando sea revocada en cuanto desecha la demanda por daño emergente y exonera a la demandada del pago de las costas y confirmada en lo que dice relación al daño moral sufrido por la actora, con declaración que éste es de \$ 100.000.000; aduce que el daño patrimonial, que fue estimado como no acreditado por la sentencia en revisión, es el costo que le significará a la actora las operaciones a que deberá ser sometida para reparar

el daño causado por la demandada, el que es indeterminado, pero no puede ser inferior a \$ 60.000.000. La demandada, a su vez, ha apelado, a fin de que la sentencia sea revocada, y en su lugar se declare que no se hace lugar a la demanda en ninguna de sus partes, con costas o, en subsidio, sea confirmada rebajando el monto de la indemnización condenada a pagar a la cantidad de \$ 10.000.000, o a la suma que esta I. Corte determine. Fundamenta sus peticiones en que en la sentencia recurrida no se señaló de manera precisa el momento en que se presentó la supuesta falta de servicio, esto es, porque no se estableció la causa u origen de la infección que sufrió la actora.

5. Que, si bien la demandante efectúa una estimación de lo que cree costarán las intervenciones quirúrgicas a que deberá someterse con el fin de reconstruir las alteraciones físicas sufridas, ninguna prueba ha rendido en autos con el fin de acreditar, por un lado, qué tipo de cirugías son éstas, en dónde y cuándo se realizarán (en la demanda señala que en el extranjero), cuántas son, ni tampoco los costos de referencia que éstas puedan tener, a través de aranceles tipo u otros que puedan acreditar los costos e n que incurrirá. Como bien señala en el texto de su recurso, las lesiones sufridas son evidentes y notorias y hacen pensar en la necesidad de la práctica de nuevas cirugías, pero ello no es suficiente para permitir la determinación del quantum de la indemnización pedida, dado que en estas condiciones ello sería del todo arbitrario y antojadizo, por lo que la sentencia, en esta parte, deberá ser confirmada.

6. Que, como se dijo, ambas partes apelaron de la sentencia en revisión por estimar la actora insuficiente la indemnización fijada por el daño moral por ella experimentado y por estimar la demandada no acreditados los supuestos de hechos en que descansa.

7. Que son hechos no discutidos y aceptados por ambas partes que la actora sufrió una infección postoperatoria y que a consecuencia de la misma se produjeron serias lesiones que implicaron la existencia de cicatrices notorias, necrosis del tejido mamario y pérdida de los pezones en ambas mamas, lo que motivó la necesidad de colocarle implantes de silicona en ambos pechos, hechos todos los anteriores, reconocidos por la testigo presentada al juicio por la propia demandada (Zaida Patricia Pizarro Zoro), quien además fue la médico que la operó. En cambio, la demandada ha sostenido que no se ha acreditado en estos autos que la infección en cuestión se haya ocasionado en el establecimiento hospitalario ni tampoco el origen de la misma. Asimismo, en la contestación a la demanda alega que la intervención quirúrgica de que fue objeto no tenía un fin estético sino poner fin a una serie de afecciones derivadas de su gigantomastía, las que fueron superadas. Nada se convino con ella con relación a determinados resultados. Sostuvo igualmente que en todas las intervenciones quirúrgicas a que fue sometida la demandante se cumplió con todas las normas establecidas para evitar la ocurrencia de infecciones, por lo que no puede ser responsable de la sufrida por la actora. Concluye alegando que la infección fue contraída fuera del establecimiento, ya que sus signos se presentaron el 24 de noviembre de 1998, es decir, varios días después de ser operada. Todo ello, a su juicio, hace desaparecer la falta de servicio invocada por la actora.

8. Que la falta de servicio ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia como aquella que se tipifica cuando el servicio no se presta, debiendo prestarse, o cuando otorgándose se hace en forma deficiente o tardía (Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Volumen IV. Editorial Jurídica, Santiago, 1996, pág. 246 y siguientes). Así entonces, cabe entrar a analizar si el Servicio demandado omitió actuar debiendo hacerlo o funcionó en forma tardía o deficiente.

9. Que el testigo de la demandada don Jorge Osvaldo Yury Santibáñez (fojas 50 a 51), médico, declara que, de acuerdo con su experiencia, en este tipo de cirugías los signos de infección tardan entre 72 horas y 10 días en manifestarse clínicamente y agrega que si bien no son frecuentes, se encuentran descritas dentro de las complicaciones de la mamografía en todos los textos oficiales de medicina; a su vez, la testigo también presentada por la demandada, doña Zaida Patricia Pizarro Zoro, (fojas 54 a 55 vta.) quien, como se dijo, intervino quirúrgicamente a la actora, señala que los signos de infección en este tipo de cirugías se tornan visibles habitualmente después del cuarto día. Por su parte, la testigo de la actora, Alejandra Margarita Guerrero Castillo (fojas 56 a 57), también médico de profesión, que derivó a la actora desde el Consultorio de Yobilo al Hospital Regional de Concepción, manifiesta que este tipo de infecciones es remota en cirugías limpias, pero es una posibilidad clásica en medicina; agrega que a ello se debe la exigencia de que el paciente manifieste su consentimiento informado y que, en general, en una cirugía en que debe controlarse la herida, el paciente no se da de alta antes de tercer día, o sea 72 horas, para controlar las complicaciones inmediatas que la misma puede acarrear.

10. Que la demandada ha aceptado que la cuestión materia de este juicio debe ser resuelta conforme a las normas y principios de derecho público, pero ha discrepado en cuanto a la existencia de falta de servicio, entendiendo que existe ésta, como sostiene en su presentación de fojas 19 y siguientes, en aquella situación en que los órganos o agentes del Estado no actúan teniendo el deber de hacerlo o lo hacen tardía o imperfectamente provocando un daño a los beneficiarios del servicio público, lo que no ocurrió en el caso en estudio, dado que las afecciones por las cuales la actora recurrió al servicio público fueron superadas, según ella misma lo da a entender en su demanda.

11. Que es posible advertir que, dado el conocimiento que la doctora Zaida Patricia Pizarro poseía de las posibles complicaciones que pueden derivarse de una cirugía de esta naturaleza, no actuó dentro de los límites que la prudencia aconseja, al dar de alta tan prematuramente a la paciente, sin efectuar ninguna acción para controlarla a fin de detectar algún atisbo de infección de manera de evitar las nefastas consecuencias que éstas ocasionaron a la demandante. Así, no hay ningún antecedente en autos que señale que ella fue citada a algún tipo de control o que medió alguna conducta de la médico tratante tendiente a descartar fehacientemente la presencia de alguna infección, máxime si, como indicó el testigo Yury Santibáñez, los riesgos de la misma se encuentran descritos dentro de las complicaciones de la mamografía en todos los textos oficiales de medicina (fojas 51). Este mismo testigo manifiesta que cuando la atendió el 24

de noviembre de 1998, no recuerda si fue en el examen selectivo, pero sí que se hizo en la sala destinado a ese procedimiento, lo que hace pensar, a falta de prueba en contrario, y siendo Yury testigo de la demandada, que la actora fue citada sólo para esa fecha, encontrándose ya la infección tan avanzada que inmediatamente le hizo pensar en la posibilidad de cirugía. Así entonces, no es excusa que la posibilidad de infección esté siempre presente, pues ello permite concluir que la demandada sabiendo o debiendo saber que la infección podía presentarse no tomó ningún resguardo para constatar su existencia o evitar sus consecuencias. Asimismo, todo el análisis efectuado no permite sino concluir que la infección es consecuencia directa de la intervención a que fue sometida y no causada por otros factores como parece pensarlo la demandada, ya que nada acreditó en tal sentido en estos autos, como para desvirtuar las conclusiones a que se ha llegado.

12. Que las partes tampoco están de acuerdo con el monto fijado por el a quo por concepto de indemnización del daño moral. Sabido es que esta es una cuestión de naturaleza compleja, en que no existen parámetros ni tablas exactas que permitan su determinación matemática. No se trata, por otra parte, de la sustitución del daño experimentado, sino de una compensación económica de los mismos, que aminore sus nocivos efectos.

13. Que cabe tener presente que la testigo de la demandada doña Zaida Patricia Pizarro Zoro repreguntada para que explique por qué motivos fue sometida la actora a una operación para colocación de implantes, siendo que la operación de noviembre de 1998 fue de reconstitución mamaria y de formación de nuevas mamas con la glándula mamaria existente, responde que con la infección hubo necrosis y pérdida casi completa del tejido mamario derecho, sólo quedó un remanente de tejido mamario izquierdo con cicatrices deformantes y pérdida de ambos complejos aeróvolos pezones (fojas 55 vta.) Se le ofreció, agrega, mejor dicho se le prometió intentar reconstruir sus mamas, lo que se hizo con prótesis de silicona y se le repararon las cicatrices para adecuar la forma y posteriormente efectuar la reconstrucción de la aerovola y del pezón. Sin embargo, esta oferta de la demandada no se concretó de manera de disminuir el dolor de la actora frente a la legítima expectativa de revertir, por lo menos en parte, la situación sino que, por el contrario, vino a significarle nuevos padecimientos dada la singular seguidilla de postergaciones e intervenciones frustradas, que de por sí no pueden sino significar el aumento en la sensación de pena y dolor experimentado. Efectivamente, como lo señala en su demanda y se acredita en la ficha clínica que figura en la custodia N° 6.217, de esta I. Corte, a pocos días de la primitiva operación debió ser nuevamente intervenida, permaneciendo ahora cinco días en postoperatorio, debiendo regresar diariamente al hospital para curación; luego se le citó para una nueva intervención para colocación de un implante, para el 26 marzo de 1999, la que se postergó por falta de pabellones, siendo citada nuevamente para el 20 de mayo del mismo año, en que fue anestesiada, pero la cirugía se suspendió por no presentación de cirujano. Finalmente fue operada el 20 de octubre de 1999 y también el 30 de marzo de 2000, siendo dada de alta el 3 de abril de 2000 (fojas 16 y 16 vta. de custodia N° 6.217 y documento de fojas 1). Así entonces, las esperas se extendieron por

más de un año ya que como lo demuestra la ficha clínica fue operada en marzo del año 2000 y no de 1999, como señaló la testigo Pizarro Zoro (médico tratante). Así entonces, las aseveraciones de la demandada en orden a que estuvo del primer momento y de modo permanente con la absoluta disposición de prestar a la demandante todas las prestaciones médicas que fuere menester para su completa recuperación, han resultado desvirtuadas o, lo que es prácticamente lo mismo, no acreditadas.

14. Que de lo reseñado es posible concluir que en el caso en estudio resulta de meridiana claridad que la demandada incurrió en falta de servicio, pues en la atención de la actora no sólo se omitieron los cuidados indispensables para evitar que una infección que, como se dijo, era previsible que se produjera, sino que no se tomaron las medidas necesarias para su pronta solución, llegando a provocar en la paciente las serias secuelas que se observan a simple vista en las fotografías no impugnadas que figuran en la custodia N° 6.217, de esta I. Corte.

15. Que en el contexto referido, en el caso en estudio el daño moral resulta ostensible, dado el deplorable estado físico en que quedó la actora manifestándose en el dolor y la pena experimentada por ella no sólo por las lesiones sufridas y por la incertidumbre a que se vio expuesta por las continuas postergaciones en su reparación, sino además, y en mayor medida, por la expectativa de seguir viviendo con serias secuelas que alteran su esencia misma de mujer, viéndose a sus 19 años de edad seriamente mutilada, que permiten lógicamente concluir que se ha visto afectada no sólo su natural actividad sentimental y sexual sino también la legítima y normal actitud propia de la naturaleza humana constituida por la posibilidad de pensar y sentir que sus naturales y esenciales instintos maternos, manifestados en el acto de lactancia, jamás podrán ser desarrollados en toda su magnitud. Bajo estos fundamentos, esta Corte estima como debida indemnización por los daños morales sufridos por la actora la suma de \$ 100.000.000.

16. Que en nada altera lo concluido las aseveraciones de la demandada en orden a que el fin por el que recurrió la actora al servicio público fue cumplido, al superarse las afecciones que sufría, sin que en ningún momento se haya convenido con ella un determinado resultado, ya que, como el mismo reconoce, la falta de servicio también se configura cuando se presta un servicio deficiente, como sin duda lo fue en este caso.

17. Que no es posible atender las alegaciones de la demandada en el sentido de rebajar los montos determinados tomando como base las normas de cuantificación de los daños realizada por la Ley 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, dado que, como es sabido, esa ley establece una indemnización tarifada con el solo fin de objetivar, en lo posible, las indemnizaciones a pagar por los organismos administradores y asegurados que esa misma ley establece. Por lo demás la propia Ley 16.744 se encargó de dejar expresamente establecido que sólo se trata de las indemnizaciones que el sistema le garantiza a todo trabajador accidentado, contemplando la posibilidad de indemnizaciones adicionales en aquellos casos en que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo del propio empleador o de un tercero.

18. Que no se condena en costas a la demandada, por no haber resultado totalmente vencida. Con arreglo a los razonamientos expuestos y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 144, 186, 764, 768 inciso 3 y 798 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia definitiva de quince de septiembre de dos mil cuatro, escrita de fojas 76 a 80, y se confirma la referida sentencia, con declaración que la indemnización a que se condena a la demandada por el daño moral causado a la actora se eleva a \$ 100.000.000 (cien millones de pesos). Cada parte pagará las costas de sus respectivos recursos.

Regístrese, y devuélvase.

Redacción de la Abogado Integrante doña Ruth Gabriela Lanata Fuenzalida.

Rol N° 3434-2004.

CORTE SUPREMA

9.1.2007

Responsabilidad de los Servicios de Salud por daños producidos por ausencia de la debida prestación

VISTOS:

Se ha instruido la presente causa Rol N° 45.513-2 en el Juzgado del Crimen de Castro, a fin de investigar el cuasidelito de lesiones gravísimas cometido el veintuno de septiembre de mil novecientos noventa y ocho en el Hospital de Castro, con motivo de la intervención quirúrgica practicada, en ese recinto, a don Manuel Aillapán Sepúlveda y la participación que pudiere corresponder en el mismo al médico-cirujano Alejandro López Araneda.

La sentencia de primera instancia, de veintiocho de febrero de dos mil tres, que rola a fojas 590 y siguientes del tomo II de autos, absolvió al encausado y, por vía de consecuencia, desestimó la demanda civil seguida en su contra y, solidariamente, contra el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, mediante sentencia de veintidós de febrero de dos mil cinco, escrita a fojas 697 y siguientes, dispuso revocarla y, en su lugar, condenó al procesado López Araneda al pago de una multa de veinte Unidades Tributarias Mensuales, en su calidad de autor del cuasidelito previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal en perjuicio de Manuel Aillapán Sepúlveda, y, además, acogió la demanda civil interpuesta por éste, ordenando a los demandados Alejandro Alfredo López Araneda y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena pagar solidariamente al actor la cantidad de \$ 342.450 por concepto de daño emergente y la suma de cien millones de pesos a título de daño moral, con más reajuste, intereses y costas.

Contra el fallo de alzada se dedujeron sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, tanto por la defensa de López Araneda –a fojas 704– como por la parte del tercero civilmente responsable, quien lo hizo a fojas 719 y siguientes, recursos ambos que, concedidos por la respectiva Corte de Apelaciones, fueron traídos en relación a fojas 741.

CONSIDERANDO:

I. SOBRE LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA DEDUCIDOS POR LAS PARTES

A) *En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por don Alejandro López Araneda*

1°– Que se funda el recurso en la causal 9° del artículo 541, en su relación con el numeral 4° del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal.

En concepto de la recurrente, la sentencia definitiva de segunda instancia da por acreditada la existencia del cuasidelito previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal, así como la relación de causalidad y determinación entre la conducta y el resultado, sin hacer referencia a los hechos argüidos por la defensa en sus descargos, sea para desestimar su existencia o su real importancia.

Entiende que el vicio se configuró con ocasión de haber suprimido el pronunciamiento de alzada las reflexiones 23ª y 24ª de la sentencia de primer grado, que –coincidiendo en lo esencial con el planteamiento sustentado por la defensa– evaluaron como irreversible el resultado producido al cabo de la operación en que intervino el procesado, atribuyéndola a “factores externos a la actuación profesional por la falta de cuidado del enfermo y sus reiteradas desobediencias a las prescripciones que se le impartieron...”, aspectos que, con la eliminación de ambas ponderaciones, dejaron la resolución sin consideraciones sobre este punto. Precisa, adicionalmente, que los fundamentos 11º y 12º de la resolución de segunda instancia –que se limitan a dar por cumplidos en la especie los requisitos del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal respecto del recurrente y a atribuir el daño experimentado por la víctima al desempeño profesional del encausado, carente de la experticia necesaria–, no suplen el defecto denunciado, en cuanto no se señala el fundamento de la relación de causalidad entre la conducta cuestionada y su resultado.

Se sostiene, finalmente, que nada dice la sentencia acerca de lo declarado por cuatro testigos hábiles, presenciales, contestes y que dan razón de sus dichos, así como tampoco de los tres informes periciales, evidencias todas concordantes respecto de la inexistencia del ilícito investigado en autos.

2º– Que la sentencia definitiva que revoque la de otro tribunal, cuyo es el caso de la que ha sido objeto de la casación formal en análisis, debe contener “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en sus descargos, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”, tal como reza el ordinal 4º del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Tal objetivo se alcanza si el fallo consigna las motivaciones que indujeron al sentenciador a adoptar su decisión, siendo suficiente que aquél contenga esas reflexiones, que éstas sean congruentes con la cuestión debatida y que no se contradigan las unas con las otras.

Pues bien, el veredicto cuestionado tiene por acreditada la existencia del hecho cuasidelictual investigado, así como la participación que en él cabe como autor al procesado López Araneda, con el mérito de los medios de prueba relacionados en las consideraciones 10ª y 11ª del fallo de primer grado, que se reproducen en la resolución de segunda instancia y, muy especialmente, a partir de:

- a) las conclusiones establecidas en el sumario administrativo seguido contra aquél en el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena en orden a la impericia del citado profesional para realizar una cirugía que no era de su especialidad y su negligencia al no haber derivado oportunamente al paciente en el comienzo de sus complicaciones, lo que determina su responsabilidad administrativa, por graves irregularidades funcionarias, sancionadas disciplinariamente con una multa (considerandos 5º y 6º);

- b) el resultado del peritaje evacuado por la unidad de Responsabilidad Profesional del Departamento de Clínica Forense del Servicio Médico Legal, obrante a fojas 99, ampliado a fojas 502, del que se infiere que el paciente Aillapán era portador de diabetes mellitus, circunstancia que el cirujano interviniente debió conocer y prever sus posibles complicaciones, teniendo en cuenta los exámenes de sangre correspondientes, a lo que se agrega la circunstancia de haber declarado en el proceso un especialista en urología, quien asevera que, por razón de la enfermedad que sufría el paciente, no era recomendable la intervención practicada, sino sólo un tratamiento (considerando 7°);
- c) las declaraciones de los médicos Sergio Steger Vargas y Alejandro Andrés Caroca Marazi, a fojas 63 y 64, que dan cuenta del peligro de muerte que corría el referido paciente cuando se le hizo amputación del pene, el 6 de octubre de 1998, complementada por este último a fojas 190, dando cuenta de la consulta telefónica que le efectuara el encausado acerca de una “lesión mínima” de Aillapán, para la cual le requería una evaluación ambulatoria en policlínico, sin mencionar la existencia de una necrosis peniana, además de consignarse la consulta hecha por el cirujano López al médico de Temuco señor Pedro Venegas Morales, quien le recomienda hacer evaluar al enfermo por un urólogo, a la brevedad (considerando 8°), y
- d) el Informe sobre Auditoría de Fichas Clínicas, de fojas 210 a 212, donde el médico urólogo Sergio Steger concluye que el sentenciado incurrió en imprudencia al iniciar el manejo de una patología poco o nada conocida por él, prescribiendo una cirugía que no era de su conocimiento e incurriendo, al efectuarla, en un acto médico temerario (considerando 10°).

En lo que toca a los hechos alegados por el acusado en su descargo, para eximirse de la responsabilidad que se le imputa, el sentenciador descarta, por inverosímiles, las versiones de los médicos Omar Véjar Cid (fojas 150 vta.) y Héctor Hugo Romero Castedo (fojas 91 y 147), internista y anestesista, respectivamente, que dan cuenta de relaciones sexuales mantenidas por el paciente a pocos días de haber sido operado, conocimiento que emanaría de comentarios de terceros y del propio Aillapán, formulado al señor Véjar, pero que éste niega haber hecho, en careo de fojas 185 y 185 vta.

Similar ausencia de poder de convicción atribuye el fallo revocatorio materia de este recurso a los testimonios de los médicos Julio Eduardo Figueroa Román y Ricardo Ramón Muñoz González, estimados insuficientes para excluir la responsabilidad del inculpado.

En lo que concierne a la presunta relación de causalidad entre la intervención quirúrgica practicada por el médico cirujano condenado y su resultado terminal, que fue la ablación posterior del miembro viril de paciente, llevada a cabo por otro equipo médico, ante el peligro de muerte a que se encontraba expuesto el enfermo, explica el sentenciador que el resultado producido tuvo por causa la impericia del imputado, al realizar una cirugía que no era de su especialidad “configurando un acto de mala práctica médica” (letra a) de la reflexión 5ª) y de “negligencia”, lo que “condicionó la pérdida del pene del paciente por necrosis y gangrena”.

Del modo descrito, no cabe sino concluir que el veredicto refutado no ha incurrido en la causal de nulidad formal referida en el ordinal 4° del artículo 500,

en relación con la causal 9ª del artículo 541, ambos del Código de Procedimiento Penal, en cuanto contiene consideraciones razonables y armónicas, que no se contradicen entre sí y cumplen, por ende, con los requisitos legales exigibles en las sentencias definitivas como la de autos, lo que conducirá a rechazar el recurso de casación en la forma impetrado por el procesado.

B) *Sobre el recurso de casación en la forma deducido por el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*

3º– Que el señalado Servicio condenado, como tercero civilmente responsable, deduce recurso de casación en la forma contra la sentencia de autos, por las dos causales que se relacionan a continuación.

4º.– Que, como primer presupuesto de la casación formal hecha valer, manifiesta el Servicio que la sentencia no ha resuelto la excepción de fondo deducida por su parte a fojas 334 y siguientes, en su contestación a la demanda civil, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 170, N° 6º; 11 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, e incurriendo en las causales sancionadas en los artículos 541, N° 4º del Código de Procedimiento Penal y 768, N° 5º del Código de Procedimiento Civil.

Este motivo de nulidad será rechazado de plano, toda vez que la recurrente no explicita, de modo alguno, la diligencia de prueba que habría dejado de serle notificada, con infracción de lo previsto en la causal 4ª del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que la motivación 5ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, también presuntamente vulnerada, no tiene aplicación en el juicio criminal, por expresa exclusión que al efecto formula el inciso final del artículo 541 del Código de Procedimiento Civil.

5º.– Que el recurso aduce también, como fundamento, la causal 4ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, haber sido dada la sentencia ultra-petita, defecto que se manifestaría en la circunstancia de haberse interpuesto acción indemnizatoria contra el Servicio de Salud demandado fundándola en su responsabilidad por el hecho ajeno, consagrada en el artículo 2.320 del Código Civil, título que no se corresponde con lo decidido en la sentencia, que establece, de oficio, una responsabilidad objetiva de la recurrente, modificando con ello lo pedido y la causa de pedir aducida por la demandante, lo que “implica ir mucho más allá de lo pedido por la actora en su demanda”.

6º.– Que la configuración de la causal de ultra-petita debe resolverse por confrontación entre lo solicitado por el actor civil en su petición concreta, plasmada en el cuarto otrosí de su demanda civil de fojas 240, y la reparación que le fue efectivamente reconocida por el órgano jurisdiccional en su pertinente decisión.

Tal cotejo determinará la congruencia entre ambos extremos, o, eventualmente, la consonancia existente en torno a los puntos sometidos a la decisión del juzgador y aquello que éste resuelva, en cuanto pudiera extenderse a otros diversos.

En la especie, puede advertirse que la indemnización acordada al tercero civilmente responsable –en orden a pagar al actor civil la suma de \$ 342.450 a título de daño emergente y \$ 100.000.000 por concepto de daño moral,

más reajuste e intereses, solidariamente con el condenado y demandado civil Alejandro Alfredo López Araneda, que debe relacionarse con la petición de la demanda civil en orden a condenar solidariamente a ambos a pagar \$ 20.000.000 por daño emergente y \$ 500.000.000, por daño moral, o las sumas que se determine conforme al mérito de autos, con más reajuste e intereses– no importa una declaración que exceda de lo pretendido por el actor civil, sin que el fundamento o causa de pedir diversos de los presentados por aquél, que sirvieron de basamento al jurisdicente para apoyar su conclusión, generen un defecto de ultra-petita, asociado exclusivamente al quantum de lo reclamado y no a la causa basal de lo resuelto, que el juez puede escoger sin sujeción estricta a la normativa citada por las partes, acorde al principio “iura novit curia”, inherente a la jurisdicción.

Tampoco concurre pues, en el caso sub-iudice, esta segunda causal formal de invalidación.

- a) Sobre el recurso de casación en el fondo deducido por la parte de don Alejandro López Araneda

C.1. *En la parte penal*

7º.– Que también la sentencia impugnada adolecería de errores de derecho, susceptibles de originar las causales de casación en el fondo contempladas en los ordinales 3º y 7º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal y en la coetánea violación de las leyes reguladoras de la prueba, con influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia.

8º.– Que, en orden a la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba –argumentada en primer lugar por el recurrente, en cuanto presupuesto de la segunda de las motivaciones planteadas– la infracción específica se hace consistir en la transgresión de los artículos 108, 456 bis, 459, 472 y 477, todos del Código de Enjuiciamiento Criminal.

9º.– Que para excluir la concurrencia de una eventual violación al primero de estos preceptos, baste señalar que el artículo 108 citado constituye una norma ordenatorio-litis, cuya contravención –aun de producirse– no incide sustancialmente en lo decisorio del fallo, como lo ha resuelto reiteradamente este Tribunal de Casación, razonamiento que es suficiente para descartar su procedencia.

10º.– Que, según se ha fallado, la disposición del artículo 456 bis, citada, tampoco comporta la condición de decisoria litis y, por lo tanto, su posible infracción no puede justificar un recurso de la naturaleza del que se analiza, toda vez que el juez del fondo sólo puede condenar cuando ha adquirido la convicción de la culpabilidad del procesado y de la existencia del hecho punible, disponiendo de la libertad de criterio necesaria para hacer sus inducciones y deducciones. Luego, para condenar “necesita fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley le indica”, según subraya el Mensaje del Código del ramo, de modo tal que, sólo si esos medios no permiten tener por

fehacientemente establecidos los presupuestos de la responsabilidad penal del acusado, por infracción específica de alguno o algunos de ellos, corresponderá dar curso al arbitrio invalidatorio, siempre que esa conclusión se apoye en la contravención de una regla decisoria litis específica y, en modo alguno, en la del precepto invocado en esta oportunidad, inidóneo para el fin propuesto, por lo cual será desestimada.

11°.- Que el recurso da también por infringidos los artículos 459 y 472 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que facultan a los jueces del fondo –a través de la expresión “podrá”– para apreciar, como prueba suficiente de los hechos que se trata de acreditar, la declaración de dos testigos hábiles y contestes y el dictamen de dos peritos perfectamente acordes.

Empero, en ambos casos el legislador autoriza al tribunal de la causa para evaluar las circunstancias concurrentes y, en definitiva, resolver sobre la idoneidad de la evidencia en función del peso específico asignado a cada una de tales circunstancias, evaluación que es privativa de los magistrados de la instancia, sin que esa apreciación sea revisable en vía de casación.

12°.- Que finalmente, la recurrente entiende vulnerado el artículo 477 del Código del ramo, que asigna valor de prueba completa a todo instrumento público, respecto de las circunstancias “de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas”, transgresiones que vincula a las referencias que los considerandos 5° y 6° del fallo referido hacen a las conclusiones del sumario administrativo seguido contra el médico López Araneda en el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena y a la ponderación 10ª del mismo fallo recurrido, que alude al informe sobre auditoría de fichas clínicas, corriente en fojas 210 a 212, antecedentes ambos incriminatorios del recurrente, a los cuales el sentenciador habría atribuido eficacia de prueba completa respecto de la veracidad de su contenido, extremo que no puede tenerse por establecido con el solo mérito de instrumentos públicos, por desbordar ello los límites de la norma reguladora correspondiente.

Sin embargo, la mera lectura de la sentencia atacada es demostrativa que los hechos tipificados como constitutivos del cuasidelito por el cual se condena al encausado, no se han tenido por establecidos con el solo mérito de los documentos cuyo peso probatorio se dubita, sino que éstos constituyen sólo algunas de las evidencias que, concatenadamente con el peritaje de fs. 99, ampliado a fs. 502 (citado en el considerando 7°); las declaraciones de los testigos médicos de fojas 63, 64 y 190 (considerando 8°) y de fojas 92 (considerando 9°), amén de otros “elementos reseñados en el proceso”, a que se alude en la reflexión 11ª y que se contienen en los razonamientos reproducidos del pronunciamiento de primer grado –particularmente en su fundamento 10°– otorgan suficiente consistencia a los antecedentes probatorios que en conjunto con los instrumentos públicos objetados en punto a su fuerza de convicción –no obstante no haber sido impugnados por ninguna de las circunstancias que enumera el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal– contribuyeron a formar la convicción de culpabilidad del juez, sin infracción alguna de la norma probatoria presuntamente quebrantada.

Este capítulo de casación será, por consiguiente, desestimado.

13º.- Que, como segunda causal de casación, se hace valer la del N° 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, que se funda en que la sentencia calificaría como delito un hecho que la ley penal no considera como tal.

Pero sucede que toda la argumentación dirigida a establecer esta presunta aplicación errónea de la ley penal se construye subordinándola a la causal séptima del mismo artículo 546, la que, como se razonó precedentemente, no concurre en este caso.

Luego, la determinación de los hechos por los jueces de fondo no es susceptible de revisión por este Tribunal de Casación, siendo indiscutible que, para esos jueces, quedó definitivamente acreditada “la existencia del hecho cuasidelictual investigado...” (considerando 11º de la decisión de segunda instancia), evidencia que se asentó en los autos sin infracción de las leyes reguladoras de la prueba.

En consecuencia, la calificación delictiva atribuida al hecho ilícito tipificado en autos no ha importado aplicación errónea de la ley penal y, en esa perspectiva, no cabe tener por violentado el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en su causal 3ª.

C.2. *En la parte civil*

14º.- Impugna además la recurrente lo relativo a aquella parte de la sentencia que revoca la de primer grado, que había acogido la excepción dilatoria opuesta en contra de la demanda civil de indemnización de autos, acogiendo en definitiva dicha demanda. Postula que el sentenciador ha infringido los artículos 2 y 491 del Código Penal, al estimar como típico un comportamiento que no es constitutivo de un cuasidelito penal, error de derecho que tendría como consecuencia la condena civil impuesta, con infracción, además, de los artículos 2.314 y 2.339 del Código Civil, preceptos ambos que presuponen la existencia de un cuasidelito que, en la especie, no se ha producido.

Como es dable advertir con la sola presentación de la causal, ningún perjuicio ha podido derivarse del rechazo de la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, toda vez que la reparación civil ordenada tiene como fundamento la condena penal impuesta al querellado y demandado, la que quedará a firme con motivo del rechazo de la casación en el fondo dirigida a cuestionar la sanción penal. En este contexto, no se advierte cómo el rechazo de una excepción puramente formal, sobre lo cual no se expresa razonamiento alguno, pudiera lesionar patrimonialmente al recurrente, representando esta omisión antecedente suficiente para negar lugar al recurso, en la forma en que ha sido planteado.

Por otra parte, la argumentación vertida demuestra cabalmente la intencionalidad del recurrente de replantear una cuestión ya resuelta anteriormente. En efecto, y no obstante que el cuestionamiento incide en el rechazo de una excepción dilatoria, se reproduce exactamente aquí el mismo basamento de la causal precedentemente examinada, en relación con la causal 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto insiste que el comportamiento profesional calificado como cuasidelito sería lícito, conclusión jurídicamente improcedente, acorde lo ya razonado.

Como las únicas normas civiles aducidas habrían sido transgredidas como consecuencia de no haberse incurrido en ilícito alguno por parte del procesado, contra la hipótesis fáctica establecida en autos, sin violación de las leyes reguladoras

de la prueba, no resta más que concluir que esta presunta infracción de ley no se ha configurado.

b) Sobre el recurso de casación en el fondo deducido por el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena

15°.- Finalmente, el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena interpone, conjuntamente con su recurso de casación en la forma –en el primer otrosí de fojas 719– recurso de casación en el fondo contra la sentencia de segunda instancia, en cuanto por ésta se condena a dicho Servicio a pagar la suma de \$ 100.342.450 como responsable solidario de los daños causados al actor civil con ocasión del cuasidelito cometido por el médico-cirujano Sr. Alejandro López Araneda, “en cuanto concurrirían los supuestos de la responsabilidad objetiva extracontractual, en circunstancias que tal declaración excede la causa de pedir de la demandante”, agregando que se condenó también en costas al Servicio, lo cual en derecho no sería procedente.

16°.- Impugna en primer lugar la recurrente la errónea aplicación que haría el sentenciador de la norma del artículo 2.314 del Código Civil, en la medida que extiende su aplicación a un órgano público que, como el Servicio de Salud, no responde por el cuasidelito cometido por el profesional condenado, en circunstancias que no existe coparticipación en los cuasidelitos.

Con todo, cabe recordar que la reflexión 14ª del fallo de segundo grado refiere además, en apoyo de su conclusión sobre procedencia de la acción civil intentada contra el servicio público que en definitiva resultó condenado, la disposición del artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, de 1986, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene actualmente en el DFL. N° 29 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), de diecisiete de noviembre de dos mil uno.

El sentenciador entendió que ese precepto configura una hipótesis general de responsabilidad objetiva del Estado, para cuya concreción es suficiente que concurren los presupuestos propios de esa especie de responsabilidad, cuales son la existencia de un hecho dañoso, el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos, elementos que tiene por concurrentes, en el considerando 15°.

Desborda los límites de competencia de este Tribunal Superior el análisis hermenéutico relativo al alcance de la responsabilidad objetiva que el veredicto elevado en casación atribuye al artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en la medida que no se ha representado por el recurrente violación de la norma decisorio litis del artículo 44 –hoy 42– de esa misma ley, que consagra la falta de servicio como título general de imputabilidad en el ámbito de la responsabilidad del Estado, como por lo demás lo ha venido estableciendo reiterada jurisprudencia reciente. Si bien el recurso discurre, en otro de sus acápites, respecto del alcance de este artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 –como se verá en seguida– no impugna específicamente su falsa aplicación al caso concreto, como debió hacerlo, por tratarse de una norma decisorio litis, por lo cual la equivocada aplicación que efectivamente formuló la sentencia en la ponderación 14ª, respecto de la responsabilidad asignada al Servicio de Salud condenado, en base al artículo 2.314 del Código Civil “que, por incidir en la responsabilidad *directa* de quien ha cometido un delito o cuasidelito, no es extensible a quienes sólo responden *indi-*

rectamente de las consecuencias patrimoniales del mismo, conforme al esquema que inspira a ese Código”, no influye de manera determinante en lo dispositivo de lo resuelto, ya que a la misma conclusión condenatoria en lo civil se ha podido arribar a través de la inclusión del hecho establecido en la norma del artículo 4° de la ley orgánica constitucional reseñada.

17°.- Que, adicionalmente, la recurrente asume que se hace una falsa aplicación del artículo 1.511 del Código Civil, en su relación con el artículo 4° de la aludida Ley N° 18.575, habida consideración que el primero de esos mandatos cita taxativamente las fuentes de las obligaciones solidarias, entre las cuales la ley, en tanto el último no establece, en ningún caso, que la “responsabilidad objetiva extracontractual del Estado” que reconoce –y que el recurso de casación no controvierte– sea de carácter solidario.

Sin embargo, se abstiene, el recurso de precisar cuál sería la regla aplicable para resolver la situación de pluralidad pasiva producida, pues si la obligación no es solidaria, como se postula, podrá ser simplemente conjunta o mancomunada o bien indivisible, según lo sea la prestación que se debe, nomenclatura que hace forzosa la mención de la norma que correspondería superponer, en reemplazo de las falsamente aplicadas.

El arbitrio hecho valer no se hace cargo de este imperativo, inherente a un recurso de derecho estricto, omisión que impide su aceptación, por los motivos de fondo examinados.

18°.- Que representa asimismo el Servicio responsable la violación del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, la que habría tenido lugar al fundarse su responsabilidad en criterios objetivos, en vez de centrarla en el artículo 2.320 del Código Civil, por ser ese el precepto basal citado por la demandante civil para accionar contra el ente público, como tercero civilmente responsable. Con ello –prosigue el recurso– se ha extendido la sentencia a un punto no sometido a juicio por la demandante.

No obstante, la alegación es asimilable al evento de “extra-petita”, la que se origina cuando la sentencia se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, conforme lo prevé el numeral 4° del artículo 768 del Código del ramo.

Aquella es causal de casación formal, presentada como tal al razonarse la casación de esa especie, también intentada, la que fue estimada improcedente en el apartado correspondiente de esta sentencia, siendo inadmisibles renovarla como motivo adicional de casación en el fondo.

19°.- Que por último hace presente el recurso que se ha infringido en la especie el artículo 600, inciso penúltimo del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los artículos 81 de la Ley N° 10.383, de 1925, que creó el Servicio Nacional de Salud, en concordancia con el artículo 16° del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, que creó los Servicios de Salud, señalando que son los continuadores legales del primero, con sus mismos derechos y obligaciones, “en cuanto, por disposición legal, nuestra institución goza de privilegio de pobreza, y el tribunal de alzada en resolución de fs. 721, lo condena en costas, lo que constituye abiertamente una infracción de ley, pues las leyes enunciadas señalan que quienes gozan de privilegio de pobreza no pueden ser condenados en costas del juicio...”

Previo a cualquier análisis de fondo, es necesario recalcar que la condenación en costas constituye una medida de carácter económico, que no forma parte del asunto controvertido y, en consecuencia, no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, en términos que, aun la infracción hipotética del inciso 3° del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, no tendría mérito suficiente para invalidar la sanción aplicada por tal concepto, como lo ha explicitado, por lo demás, abundante jurisprudencia.

Esta sola consideración basta para desestimar el indicado capítulo de casación, que, por lo demás, tampoco podría prosperar, en su planteamiento de fondo, por omitir la indicación expresa de la norma que beneficia a los Servicios de Salud con el privilegio de pobreza, que no es ninguna de las referidas en el recurso.

Por todos estos fundamentos y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 536, 541, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 766, 767, 768, 771 y 772 del Código de Procedimiento Civil, *se rechazan* los recursos de *casación en la forma y en el fondo* deducidos a fojas 704 por el abogado don Joaquín Rodríguez Cifuentes, en representación de don Alejandro López Araneda y a fojas 719 por los abogados señores Claudio Colivoro Vera y César González Castillo, ambos como mandatarios del Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, en contra de la sentencia de veintidós de febrero de dos mil cinco, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Hernández E.

Rol N° 1277-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. José Fernández R. y Domingo Hernández E.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt 22.2.2005

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada. En el considerando tercero se elimina, desde la frase: En lo concerniente con aquella opugnación, que se le hace a las declaraciones del médico Sergio Steger Vargas y hasta el final de dicho considerando. Se elimina la letra f) del considerando 10°. Se eliminan además los considerandos 9°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 21°, 22°, 23°, 24°, 25°, 27°, 28°, 29°, 31° y 33°.

Y TENIENDO ADEMÁS Y EN SU LUGAR PRESENTE.

EN CUANTO A LA TACHA FORMULADA POR LA PARTE QUERELLADA:

PRIMERO: Que será rechazada la tacha opuesta por la parte querellada contra el testigo Sergio Steger Vargas entablada por la causal del N° 13 del artículo 460

del Código de Procedimiento Penal, así como la subsidiaria, basada en la causal contemplada en la primera parte del N° 13 del artículo 460 del Código ya citado, esto es, los que declaren de ciencia propia sobre hechos que no pueden apreciar, sea por la carencia de facultades o aptitudes, sea por imposibilidad material que resulte comprobada. El testigo Steger Vargas, aún cuando no estuvo presente en el momento de practicarse la intervención quirúrgica al ofendido, depone en su calidad de médico especialista en urología y quien además examinó al paciente en el Hospital de Puerto Montt cuando éste fue traído de urgencia desde la ciudad de Castro, y que, por lo tanto, pudo apreciar el procedimiento médico seguido al paciente y el estado en que se encontraba antes de ser intervenido en el Hospital de Puerto Montt. Por lo demás, este testigo fue la persona que investigó y efectuó una auditoría clínica de fichas y documentos en el Sumario Administrativo seguido al médico López Araneda a raíz de la conmoción pública que produjo el caso de la amputación del miembro genital a Manuel Aillapán Sepúlveda en la zona, por lo que se trata de un testigo informado.

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DILATORIA:

SEGUNDO: Que la parte querellada y demandada civil opone la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, del N° 4 del artículo 303, en relación con los artículos 3 y 254 del Código de Procedimiento Civil y 450 bis del Código de Procedimiento Penal, esto es, la falta de indicación de los nombres de los demandantes y la falta de enunciación precisa y clara de las peticiones sometidas al conocimiento del tribunal, por cuanto al referirse a los beneficiarios de lo demandado se omite el nombre, profesión u oficio de ellos, refiriéndose sólo a su representado y familia.

TERCERO: Que según se lee del cuarto otrosí de la presentación de fojas 236 y siguientes, se indica claramente el nombre del demandante, su oficio y domicilio, a saber: Manuel Aillapán Sepúlveda, comerciante, domiciliado en Castro, calle Galvarino Riveros N° 869, por lo que es irrelevante que en el cuerpo del escrito se le señale a éste como su representado y familia ya que se entiende perfectamente quién es el demandante civil. Por lo demás, la querella de fojas 101 la interponen la cónyuge del ofendido y demandante civil, doña Bernardina Lillo Ramírez, y las hijas de éste, Marcela Paola, Margarita Delia, Sandra del Carmen y María Eugenia, todas Aillapán Lillo. En cuanto a las peticiones formuladas en la demanda civil de indemnización de perjuicios contenida en el cuarto otrosí del escrito de fojas 236, se señala en forma precisa y clara que se demanda el pago de \$ 34.000.000 por lucro cesante, \$ 20.000.000 por daño emergente y \$ 500.000.000 por daño moral, dirigiendo la acción contra el médico Alejandro Alfredo López Araneda y contra el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, representado por doña Loreto Lorca Núñez. Por lo expuesto, necesariamente deberá rechazarse la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, planteada por la parte querellada y demandada civil.

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

CUARTO: Que el artículo 491 del Código Penal sanciona al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia

culpable en el desempeño de su profesión. Para el análisis y fallo de esta causa debemos tener presente lo expuesto por don Enrique Paillás en su obra *Responsabilidad Médica*, en cuanto señala que el concepto de culpa penal es difícil de caracterizar con palabras abstractas, puesto que el Código Penal no la ha definido, limitándose a llamarla negligencia culpable. Que la culpa cuasidelictual penal en que puede incurrir un médico implica una ausencia de dolo o intención; simplemente hay una negligencia, un descuido, un dejar de hacer algo que es inherente a la actividad que se está desempeñando. Más aún, algunos autores consideran que la culpa es un estado intermedio entre el caso fortuito y el dolo.

QUINTO: Que, según se acredita con el sumario administrativo tenido a la vista, seguido por Resolución del Director del Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena contra el médico Alejandro Alfredo López Araneda para investigar los hechos denunciados a raíz de la atención médica prestada al paciente Manuel Aillapán Sepúlveda, y determinar las responsabilidades administrativas que procedan, se le formularon los cargos de: a) Impericia por realizar una cirugía que no era de su especialidad y sin conocimiento cabal de la patología a tratar, configurando un acto de mala práctica médica; b) Negligencia por no haber derivado inmediata y oportunamente al comenzar las complicaciones, lo que condicionó la pérdida del pene del paciente por necrosis y gangrena.

SEXTO: Que el sumario administrativo señalado en la consideración anterior establece que con los antecedentes allegados a él, se encuentra suficientemente acreditada en la causa la existencia de los hechos que se investigan, hechos todos constituidos de graves irregularidades funcionarias que deben ser sancionadas administrativamente. Que, además, se ha acreditado, en forma reglamentaria, la responsabilidad que en tales hechos corresponde al funcionario Alejandro Alfredo López Araneda, en calidad de autor. Concluye que, como atenuantes, obran en su favor, el que no registra anteriores sumarios administrativos, sus excelentes calificaciones, sus años de ejercicio profesional y los hechos inherentes a toda cirugía que conlleva riesgos de complicación. Finalmente termina sancionando al médico López Araneda con la medida disciplinaria contemplada en el artículo 116 letra b) de la Ley N° 18.834, esto es, multa correspondiente al 15% de su remuneración mensual. Recomienda el fiscal sumariante: Instruir a los médicos de los hospitales periféricos derivar oportunamente las patologías electivas, cuyas especialidades no existan en sus hospitales correspondientes. Exigir a los Directores de los hospitales periféricos, tener un mayor control del ejercicio de los profesionales médicos y sus niveles de resolución.

SÉPTIMO: Que el peritaje de fojas 99, efectuado por el Servicio Médico Legal, Departamento de Clínica Forense, Unidad de Responsabilidad Profesional, concluye. 1. Es adecuado que la primera intervención quirúrgica (biopsia) haya sido efectuada por un cirujano general. 2. La segunda intervención quirúrgica, de carácter electiva debió haber sido realizada por un especialista en urología. 3. Si bien el control postoperatorio de la segunda cirugía fue diario, en las evoluciones médicas no se evidenció el grado de complicación progresiva que presentó el enfermo. 4. La derivación del paciente a un centro de urología fue tardía. En la ampliación de este peritaje, fojas 502, se informa que la causa más probable

de aparición de una placa necrótica distal es debida a la diabetes mellitus del paciente, por compromiso vascular en un órgano de irrigación terminal, es decir, las arterias más finas y distantes se comprometen con mayor razón por encontrarse más alejadas del tronco arterial que las origina. Si hubiese sido causal sólo la cirugía, esta necrosis habría sido de aparición inmediata. De lo expuesto en este informe, se desprende que debido a que el paciente era portador de una diabetes mellitus, circunstancia que el médico López Araneda debió haber sabido, con mayor razón, el médico cirujano que iba a intervenirlos quirúrgicamente debió haber previsto las posibles complicaciones a que se exponía, ya que se supone que antes de efectuar cualquier intervención quirúrgica deben hacerse los exámenes de sangre correspondientes. Además, tomando en consideración que en el curso del proceso declara un especialista en urología que señala que en el caso de la enfermedad que padecía el señor Aillapán Sepúlveda no es recomendable una intervención quirúrgica, sino sólo un tratamiento.

OCTAVO: Que de las declaraciones de los médicos Sergio Steger Vargas y Alejandro Andrés Caroca Marazzi, fojas 63 y 64, se infiere que, cuando se intervino quirúrgicamente a Manuel Aillapán, el día 6 de octubre de 1998 en Puerto Montt, el pene de éste se encontraba en proceso de descomposición y sólo fijo al cuerpo por restos de piel y por una sonda retrovesical instalada previamente. En esta intervención, se obtuvo resultado completamente favorable ya que de no haberse efectuado esta operación de amputación, el paciente corría claramente el peligro de muerte. Por otra parte, en declaración judicial, fojas 190, el médico Alejandro A. Caroca Marazzi expresa haber sido consultado telefónicamente por el señor López Araneda acerca de una lesión mínima de Aillapán y que no revestía ninguna gravedad, que él solo quería una evaluación ambulatoria al próximo día de policlínico; que la descripción realizada telefónicamente por López Araneda no fue correcta, por cuanto nunca mencionó que existía una necrosis peneana. El médico de Temuco Pedro Venegas Moraga, consultado por el señor López acerca de la lesión peneana del paciente, le recomendó que fuera evaluado, a la brevedad, por un urólogo.

NOVENO: Que no parecen verosímiles las versiones de los médicos Omar Vejar Cid, internista de fojas 150 vta. y del anestesista Héctor Hugo Romero Castedo de fojas 91 y 147, en cuanto a haber escuchado al personal del Hospital que el paciente señor Aillapán haya tenido relaciones sexuales después de operado, ya que el primero de éstos dice haberlo atendido al tercer día de haber sido dado de alta, oportunidad ésta en que también se lo habría contado el paciente. El segundo de los testigos dice no haber mirado el miembro afectado del paciente y que la referencia a la actividad sexual de Aillapán se le hizo como una broma, en un trato semiinformal que él mantiene con los pacientes. Además el paciente niega haber tenido ese tipo de relaciones, en el careo de fojas 185 y y 185 vta., expresando que debido a su oficio de comerciante, cree que la herida se abrió al hacer una mala fuerza; que él no podría haberle comentado al médico al respecto ya que no era un tema para conversar con un médico a quien él veía por primera vez. El médico Julio Eduardo Figueroa Román declara a fojas 92 que él observó que el paciente presentaba una separación de los bordes de la herida, muy pequeña, llamada dishicencia; que su impresión es que se produjo una ca-

vernitis y que es probable que tenga relación con la patología de base y asociada a la diabetes del paciente. En cuanto al testigo, médico internista Ricardo Ramón Muñoz González, declara que él no podría decir si el paciente cumplió o no con las indicaciones médicas.

DÉCIMO: Que el Informe sobre Auditoría de Fichas Clínicas de fojas 210 a 212, el médico urólogo Sergio Steger, concluye que el doctor López incurrió primero, en un acto de imprudencia al iniciar el manejo de una patología poco o nada conocida por él y, en segundo término, adoptó una conducta temeraria al indicar una cirugía que no era de su conocimiento y, finalmente, de concretarla, efectuó un acto médico inadecuado.

UNDÉCIMO: Que con los elementos reseñados en el proceso se encuentra acreditada la existencia del hecho cuasidelictual investigado, así como la participación que en él le cabe como autor al inculpado López Araneda, en conformidad a lo establecido en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se encuentra obligado a pagar los perjuicios ocasionados a consecuencia de dicho hecho.

DECIMOSEGUNDO: Que estos sentenciadores comparten la opinión vertida por la Fiscal Judicial en su informe de fojas 640 en cuanto el acusado, sin ser especialista urólogo y sin existir ninguna situación de riesgo vital para el paciente Manuel Aillapán, procedió a intervenirlo quirúrgicamente extrayendo una fibrosis que podía perfectamente ser tratada con medicamentos indicados por un médico de la especialidad de urología, y no le cabe duda alguna que Manuel Aillapán Sepúlveda resultó dañado en su integridad física y psíquica al sufrir la amputación de su pene, como resultado del desempeño profesional del querellado, al intervenirlo quirúrgicamente sin tener la especialidad necesaria para ello.

DECIMOTERCERO: Que al inculpado le favorece la atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, fojas 145 extracto de filiación, y no le perjudica agravante alguna, por lo que se aplicará la pena asignada al ilícito en su mínimo.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL:

DECIMOCUARTO: Que en cuanto a la acción civil, cabe señalar primeramente, que conforme lo señala el artículo 2314 del Código Civil todo aquel que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados, a lo que debe agregarse que, conforme lo prescribe el artículo 24 del Código Penal hace extensiva tal obligación a las demás personas legalmente responsables. Por otra parte, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, éste será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. De lo establecido en la disposición legal citada y de conformidad a lo prescrito en el artículo 1511 del Código Civil, el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena es solidariamente responsable de los daños sufridos por el actor civil de estos autos, Manuel Aillapán Sepúlveda.

DECIMOQUINTO: Que en el caso que nos ocupa concurren los presupuestos de la responsabilidad objetiva extracontractual, esto es, el hecho dañoso, el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos. El profesor Soto Kloss considera que la reparación del daño se debe por el desequilibrio que se produce en las relaciones de igualdad entre los sujetos. Que la responsabilidad del Estado no persigue sancionar a un sujeto culpable, sino algo mucho más simple como lo es reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar el Estado sus funciones de bien común. No merece dudas que la intervención quirúrgica a que fue sometido Manuel Aillapán Sepúlveda en el Hospital de Castro, como paciente institucional, fue la causa basal y necesaria que causó la infección y resultado de lesión gravísima y que culminó con la amputación del miembro genital del paciente ya señalado.

DECIMOSEXTO: Que encontrándose acreditado en autos que el médico Alejandro Alfredo López Araneda actuó en calidad de autor del cuasidelito señalado en el artículo 491 del Código Penal y que el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena es responsable por los daños causados por el primero, ambos se encuentran solidariamente obligados a pagar los perjuicios ocasionados a consecuencia del cuasidelito.

DECIMOSÉPTIMO: Que en cuanto a daño emergente, con la prueba aportada por el demandante civil sólo se encuentran comprobados los perjuicios de que dan cuenta los documentos de fojas 223, por lo que sólo cabe acoger la demanda por daño emergente por la suma de \$ 342.450 más reajustes e intereses corrientes para operaciones reajustables, desde la fecha de dictación de este fallo y aquella de su pago efectivo.

DECIMOACTAVO: Que en lo referente al lucro cesante, cabe su rechazo por no haberse rendido prueba suficiente a fin de establecer su procedencia y monto.

DECIMONOVENO: Que en relación al daño moral cabe precisar que la extirpación del miembro genital para un hombre de 54 años de edad, ocasionada en las circunstancias que constan en el proceso, evidentemente ocasiona, amén de una incapacidad física, una molestia psíquica, una aflicción, un dolor, una pena enorme al verse imposibilitado en la demostración física de su afecto y de aquellos actos inherentes a las relaciones maritales. Este daño moral evidentemente debe ser indemnizado, concordando estos sentenciadores en la suma prudencial de cien millones de pesos, que deberán pagar los demandados Alejandro Alfredo López Araneda y el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, en forma solidaria a título de daño moral.

Con lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1511, 1698, 2314 del Código Civil; 303 N° 4 del Código de Procedimiento Civil; 24, 490 N° 2, 491 del Código Penal; 450 bis, 456, 464 inc. 2°, 473, 488, 493 inc. 2°, 500, 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 4° de la Ley 18.575, se declara: I.– Que se revoca la sentencia apelada de veintiocho de febrero de dos mil tres, escrita a fojas 586 y siguientes en cuanto absuelve a Alejandro Alfredo López Araneda y niega lugar a la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en el cuarto otrosí del escrito de fojas 236 y en su lugar se declara:

I.- Que no ha lugar a la tacha formulada por la parte querellada en el Noveno otrosí del escrito de fojas 269 en contra del testigo Sergio Ricardo Steger Vargas.

II.- Que no ha lugar a la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, planteada por la querellada y demandada civil en el Segundo otrosí de fojas 269 y siguientes.

III.- Que se condena al procesado Alejandro Alfredo López Araneda al pago de una multa ascendente a veinte Unidades Tributarias Mensuales, en su calidad de autor del cuasidelito previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal, en perjuicio de Manuel Aillapán Sepúlveda.

IV.- Que se acoge la demanda civil sólo en cuanto, ejecutoriada que sea esta sentencia, los demandados Alejandro Alfredo López Araneda y el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, deberán pagar solidariamente a Manuel Aillapán Sepúlveda la cantidad de \$ 342.450 por concepto de daño emergente y la suma de cien millones de pesos, por concepto de daño moral. Ambas cantidades, más reajustes e intereses corrientes para operaciones reajustables contados desde la fecha de dictación de este fallo y la de su pago efectivo. Con costas. Regístrese y devuélvase. Redacción de la Ministro doña Sylvia Aguayo Vicencio.

Pronunciada por el Ministro señor don Jorge Ebensperger Brito, y las Ministras señoras Teresa Inés Mora Torres y Sylvia Aguayo Vicencio.

Rol N° 116.620-2003.

COMENTARIO

Dos casos más que nos muestran daños irreversibles producidos por los Hospitales públicos/Servicios de Salud, al efectuar prestaciones de salud cuyas consecuencias son desastrosas para los afectados. En *Melo Bustamante*, se nos muestra una niña de 19 años que, sometida en el Hospital Regional de Concepción a una mamoplastía, sufre una infección postoperatoria, que le significa muerte del tejido mamario, pérdida de pezones y una desfiguración total de sus senos, debiendo colocársele implantes de silicona en ambos pechos. En *Aillapán Sepúlveda*, un señor de 54 años, es operado en el Hospital de Castro extrayéndole una fibrosis, que en razón de la diabetes que padecía, no era el tratamiento adecuado, y producto de lo cual derivó en una necrosis y gangrena del órgano viril, por lo cual fue derivado de urgencia al Hospital de Puerto Montt en donde debió, atendido el peligro de muerte del paciente, procederse a la ablación de dicho órgano.

Ambos casos presentan una “omisión” en la debida prestación que era de esperar de una atención conforme a las reglas de la práctica médica. O sea una “falta de servicio”/omisión en que han incurrido los hospitales correspondientes, como se afirma en *Melo Bustamante*: un alta dada a la paciente de forma prematura, sin que se realizara ninguna acción para efectuarle los controles postoperatorios, y así haber podido advertir algún atisbo de infección (como acertadamente expresa el consid. 3º del fallo supremo), ya que fue a raíz de las molestias sentidas por ella que fue atendida al concurrir al Servicio/Hospital, cuando presentaba una avanzada infección. Muy bien establece el tribunal en su consid. 4º que “la demandada sabiendo o debiendo saber que la infección podía presentarse, no tomó ningún resguardo para constatar su existencia o evitar sus efectos”.

Es decir, *no se actuó en la forma debida/omisión clarísima*, en que, precisamente, consistió la “falta de servicio” (vid., también los consid. 9º a 11º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción). Y tema que debe ser resuelto según las normas y principios del “derecho público” (consid. 10º ídem).

En *Aillapán Sepúlveda*, dado que se trata de una causa penal, en que se persigue la responsabilidad criminal del médico que intervino al paciente, no siendo urólogo (incurrió en un acto médico temerario), y con un procedimiento inadecuado (no era recomendable la intervención quirúrgica sino un tratamiento), en la acción civil de indemnización de perjuicios se demanda tanto al médico procesado como al Servicio de Salud respectivo por la responsabilidad patrimonial; pero aquí, en cambio, el Servicio demandado es condenado a la reparación en virtud del art. 4º de la Ley 18.575, que según el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, contiene el establecimiento de una “*responsabilidad objetiva*”, ya que no se trata sino –conforme al art. 38 inc. 2º de la Constitución– de restituir a la víctima de un daño que, obviamente, no estaba obligada a soportar; daño, sí, producido por una grave *omisión* de la prestación debida. También en este caso, se aplica el derecho público, si bien el fallo de la Corte de Puerto Montt cita y argumenta sobre la base del Código Civil.

Sí presenta interés *Aillapán* en cuanto tanto el médico querellado como el Servicio de Salud son condenados “solidariamente” al pago de la indemnización al actor.

En cuanto al daño moral o mejor la “alteración de las condiciones normales de vida”, ambos fallos coinciden en que ese daño o perjuicio sufrido es ostensible, y evidente (sin necesidad de prueba por las víctimas): “dado el deplorable estado físico en que quedó la actora” dice *Melo* (consid. 15º, fallo de alzada), y “la expectativa de seguir viviendo con serias secuelas que alteran su esencia misma de mujer, viéndose a sus 19 años de edad seriamente mutilada, y afectada en sus naturales y esenciales instintos maternos, manifestado en el acto de la lactancia, (que) jamás podrán ser desarrollados en toda su magnitud” (ídem). En *Aillapán Sepúlveda* no puede ser más evidente ese daño, ya que tal lesión irreversible –amputación del órgano viril– en un hombre de 54 años origina no sólo una incapacidad física obvia, pero además una alteración psíquica (aflicción, dolor, pena) en la integridad en su condición de hombre, y en la expresión misma de su afecto y relaciones maritales, que ni siquiera es necesario decirlo.

Coinciden ambos casos en que tanto en *Melo* como en *Aillapán* se condena a los Servicios de Salud respectivos (Concepción, y Llanquihue, Chiloé y Palena) al pago de cien millones de pesos por el concepto de daño extrapatrimonial sufrido por esos actores.

Resumiendo, responsabilidad del Estado/Servicios de Salud, regida por el derecho público (Ley 18.575, art. 4º, en *Aillapán*, 44, en *Melo/falta de servicio* = omisión); en virtud de “falta de servicio/omisión”, en *Melo*, y en virtud de ser la responsabilidad del Estado una “responsabilidad objetiva” (art. 4º de la ley 18.575/en concordancia con el art. 38 inc. 2º de la Constitución); alteración en las condiciones normales de vida, “evidente”, “ostensible”, que resulta del hecho mismo del daño (no necesita prueba), fijada prudencialmente por el juez, atendida la gravedad de los perjuicios sufridos y sus secuelas durante el resto de la vida de las víctimas, dada la irreversibilidad del daño producido.

Dos casos más que se agregan a los ya, por desgracia, frecuentes que depara la ineficiencia de los hospitales públicos, con víctimas que ven tronchadas la normalidad de su existencia para siempre por negligencias que no tienen otra razón de ser que la omisión de las prestaciones debidas a que esos Servicios están obligados por ley efectuar en pro de la salud de las personas*.

EDUARDO SOTO KLOSS

*Vid. en Ius Publicum 12/2004, 79-87, mi *Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus Servicios de Salud. Notas para un estado de la cuestión en la jurisprudencia*; y comentarios a BAEZA ROJAS, en Ius Publicum N° 10/2003, 199-218; TORRES VELÁSQUEZ, en Ius Publicum N° 14/2005, 245-264; y TOLOZA PARADA, Ius Publicum N° 16/2006, 255-267.

CORTE SUPREMA

31.5.2006

Responsabilidad municipal por accidente en vía pública por ausencia de mantención

VISTOS:

En estos autos Rol N° 6.615-2005, la demandante doña Marta Valenzuela González dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmatoria de la de primera instancia, del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, que rechazó la demanda de indemnización contra la I. Municipalidad de Talcahuano, por los daños sufridos por la actora a raíz de las lesiones ocasionadas al caer en un hoyo existente en la vereda por la cual caminaba, orificio que carecía de señalización que previniera de tal situación.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1º) Que la casación de fondo denuncia la transgresión de los artículos 38 inciso 2º y 107 de la Constitución Política de la República; 5º, 26 y 137 de la ley N° 18.695; 40 y 44 de la ley N° 18.575; 174 inciso final de la ley N° 18.690 y 2.329 del Código Civil;

2º) Que, sin embargo, al conocer este tribunal del presente asunto, por la señalada vía, ha advertido de los antecedentes del recurso, que la sentencia que se ha impugnado podría adolecer de un posible vicio de aquellos que dan lugar a la casación en la forma, y respecto de los cuales el artículo 775 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil autoriza para proceder de oficio.

Sobre este punto no fue posible llamar a alegar a los abogados de las partes, por no haber concurrido ninguno a estrados;

3º) Que, en efecto, del examen de los datos aparece que existen vicios en cuanto a la redacción del fallo de segunda instancia, puesto que en él no se establecieron hechos por parte de los jueces del fondo que permitiesen a éstos llegar a la conclusión a la que arribaron, esto es, al rechazo de la demanda;

4º) Que de la lectura atenta de la sentencia fluye que los sentenciadores se limitaron a hacer consideraciones de derecho exclusivamente respecto de la supuesta falta de legitimación pasiva de la demandada, concluyendo que ésta, por las razones que allí expresaron, carecía de la misma, de lo que resulta fácil colegir que los sentenciadores del grado no señalaron fundamento alguno para decidir como lo hicieron, dejando de esa forma el fallo carente de las consideraciones exigidas por la ley para arribar a la conclusión de rechazo de la demanda;

5º) Que, finalmente, la sentencia que se comenta y como ya se ha dicho, concluye en el rechazo de la demanda, concordando así con el fallo de primer grado, incurriendo en la causal de nulidad formal prevista en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el número 4 del artículo 170 del mismo texto legal;

6º) Que la referida disposición legal estatuye lo siguiente: “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: ...5ª. En haber sido pronunciada –la sentencia– con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170;”. El último, a su vez, prescribe en su número 4 que las sentencias del tipo de la de autos deben contener “Las consideraciones de hecho o de derecho” que les sirven de fundamento, que es precisamente la situación que se ha configurado, en que por falta de razonamiento acerca de los hechos de la causa, no apreciaron las probanzas rendidas por las partes en relación a las causas que originaron las lesiones sufridas por la actora;

7º) Que lo anteriormente expuesto autoriza a esta Corte, procediendo de oficio, a casar la sentencia de segundo grado por adolecer del vicio que se hizo notar, lo que hace innecesario emitir pronunciamiento sobre la casación de fondo que se interpuso.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 775, 786 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se casa de oficio la sentencia definitiva de segundo grado, de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil cinco, escrita a fojas 155, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Atendido lo resuelto, es innecesario pronunciarse sobre la casación de fondo interpuesta.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Gálvez.

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica, señorita María Antonia Morales y Abogado Integrante señor José Fernández.

Rol N° 6.615-2005.

IV.- SENTENCIA DE CASACIÓN DE OFICIO.

Santiago 31 de mayo de 2006.

De conformidad con lo que dispone el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos sexto al duodécimo, ambos inclusive, que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar y además, presente:

Primero.- Que los medios probatorios que se reseñan en los fundamentos tercero y cuarto de primera instancia permiten al tribunal tener por establecido que el día 18 de agosto de 2003, aproximadamente a las 8 de la mañana, doña Marta Valenzuela González transitaba por la vereda de la calle Brasil, de la ciudad de Talcahuano, mientras llovía copiosamente, presentando la acera numerosas pozas de agua, cuando repentinamente, introdujo su pie derecho, en un desnivel con agua que existía en la misma, cayendo al suelo, golpeándose en las rodillas, el brazo, el hombro derecho y la cabeza, quedando inconsciente momentáneamente, lo que le produjo secuelas, perdiendo parte de la movilidad de su hombro derecho;

Segundo.- Que, de acuerdo con los informes, fichas y certificados médicos agregados de fojas 1 a fojas 14 y de fojas 65 a 84, a lo que se suma el dicho de los testigos que declaran a fojas 52 y, teniendo también presente las fotografías que rolan a fojas 16 a 17 vuelta, se ha establecido que:

a) El 18 de agosto de 2003, existía en la calle Brasil de la ciudad de Talcahuano, a la altura del número 306, un hoyo en la vereda, sin protección ni señalización que advirtiera el peligro que representaba para el tránsito peatonal.

b) Ese mismo día aproximadamente a las 8 horas, la demandante cayó en el hoyo referido, sufriendo una fractura de troquíter derecho, la que fue reducida en forma ortopédica y con tratamientos de traumatología, entre el 18 de agosto de 2003 y el 21 de enero de 2004, fecha esta última en que fue dada de alta; y

c) Con fecha 18 de febrero de 2004, la ofendida fue evaluada por la Comisión Médica de la Asociación Chilena de Seguridad, la que determinó, por resolución N° 64/3.940, que ésta sufrió, como consecuencia de accidente, una disminución del 20% de su capacidad laboral;

Tercero.- Que la Ley N° 8.946, sobre Pavimentación Urbana establece que la conservación y administración de las obras de pavimentación de aceras y calzadas en las partes urbanas de la comuna corresponde al Servicio de Vivienda y Urbanismo Regional y, es esta repartición la que se encarga del estudio y elaboración de proyectos de repavimentación de aceras y calzadas por desgastes u otros accidentes y su fiscalización, la cual puede delegar en la oficina municipal correspondiente, lo que se encuentra ratificado por el artículo 74 de la misma ley;

Cuarto.- Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, los artículos 3° y 22 letra c) de la ley N° 18.695, actualmente correspondiente esta última norma, al artículo 26 letra c) en el nuevo texto refundido de dicho cuerpo legal, constituyen la base de la obligación de efectuar la señalización que en el presente caso se ha echado de menos. Hay que recordar que el artículo 10 de la Ley N° 18.290, sobre Tránsito Público, dispone que "A la presente ley quedarán sujetas todas las personas que como peatones, pasajeros o conductores de cualquiera clase de vehículos, usen o transiten por los caminos, calles y demás vías públicas, rurales o urbanas,..."

Es necesario destacar, además, que la ley referida define ciertos términos utilizados en ella, por lo que se debe acudir, entonces, a tales conceptos para dilucidar si dicha ley impone o no la obligación de señalizar desperfectos en las veredas y si

es o no aplicable a los peatones. El artículo 2º de dicho texto contiene definiciones de la terminología que se usa en esta rama del derecho y preceptúa que como “Vía” debe entenderse “Calle, camino u otro lugar destinado al tránsito”.

“Tránsito”, a su vez, es definido como el “Desplazamiento de peatones, animales o vehículos por vías de uso público”.

Finalmente, el término “Acera” se define como “Parte de una vía destinada al uso de peatones”;

Quinto.- Que, como se advierte del análisis de la terminología propia del Derecho del Tránsito, en el presente asunto todo gira en torno a un círculo que conduce a concluir que el desplazamiento peatonal también está regulado por la Ley de Tránsito, pues éste ha de hacerse por las vías públicas, de las que las aceras, naturalmente destinadas a ello, forman parte, por lo que frente a esta realidad legal no cabe duda que el municipio está sujeto a su normativa y es responsable de su cumplimiento;

Sexto.- Que corrobora lo antes expresado, el contenido del artículo 177 de la Ley de Tránsito, en cuanto dispone en su inciso 5º, de indudable aplicación general, que la Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente, que sea la consecuencia del mal estado de las vías públicas o de la falta o inadecuada señalización, norma cuyo tenor se encuentra en armonía con las definiciones antes indicadas;

Séptimo.- Que los artículos 38 de la Constitución Política de la República y 141 de la ley N° 18.695, se limitan a establecer el derecho de todo ciudadano de reclamar por el daño que sufran a consecuencias del actuar de algún órgano del Estado o de las municipalidades, el primero, y específicamente de los municipios, el segundo, siendo entonces, preceptos de orden genérico y no específico;

Octavo.- Que, del análisis de la normativa legal anteriormente citada aparece que la ley N° 8.946 entrega a los Servicios de Vivienda y Urbanización la Administración de las obras de pavimentación de aceras y calzadas en las partes urbanas de la comuna, pero ello no libera a las Municipalidades de sus deberes señalados en la ley N° 18.695, ya referida precedentemente, por lo que la demandada se encuentra, no sólo legitimada pasivamente respecto de la demanda deducida en su contra, sino que es responsable de la señalización de las calles y aceras públicas, por mandato expreso del artículo 174 inciso final de la ley N° 18.290, por lo que la acción deducida en su contra debe ser acogida;

Noveno.- Que del análisis de los elementos de prueba detallados precedentemente aparece que la ofendida sufrió realmente las lesiones que refiere en su demanda, las que evidentemente le produjeron daño moral, puesto que la actora sufrió dolor físico, estuvo sometida a tratamientos médicos y terapéuticos, ha visto mermada su capacidad laboral y finalmente un accidente como el que ella sufrió acarrea naturalmente temor e inseguridad; elementos todos que este Tribunal toma en consideración para los efectos de regular el monto de la indemnización;

Décimo.- Que no obstante lo establecido precedentemente, estos sentenciadores consideran excesivo el monto de la indemnización solicitada en la demanda por daño moral (cincuenta millones de pesos), y estiman que él debe regularse prudencialmente, a la época de dictación de esta sentencia, en tres millones de pesos.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 186, 187, 189, 223 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A) Que se revoca la sentencia apelada, de nueve de mayo del año dos mil cinco, escrita a fojas 93, y se declara que se hace lugar a la demanda de fojas 18, sólo en cuanto la demandada, I. Municipalidad de Talcahuano, debe pagar a la demandante la cantidad de tres millones de pesos (\$ 3.000.000) a doña Marta Valenzuela González, a título de daño moral, suma que será reajustada conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, con los intereses corrientes para operaciones no reajustables que se devenguen entre la fecha de este fallo y su pago efectivo; y

B) Que cada parte pagará sus costas, por no haber sido ninguna de ellas totalmente vencida.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 6.615-2005.

Redacción del Ministro señor Gálvez.

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica, señorita María Antonia Morales y Abogado Integrante señor José Fernández.

*Vid. en este mismo volumen, E. Soto Kloss, *La responsabilidad de las Municipalidades por daños que produzca su inactividad/falta de servicio*, pp. 65-72.

CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA
6.9.2006
Recurso de protección sobre acoso laboral

PRIMERO: A fs. 5, comparece doña María José Ramis Gutiérrez, paisajista, domiciliada en pasaje Oviedo N° 40, Barrio Asturias, de la ciudad de Valdivia, quien recurre de protección en contra del Director del Departamento de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Valdivia, don José Ignacio Arellano Pinto, domiciliado en calle Luis Moll Briones N° 49 de Valdivia. Señala que a principios del año 2005 le comunicó al recurrido que se encontraba embarazada, lo que a él le molestó, manteniendo a partir de esa fecha una conducta hostil y persecutoria hacia su persona. Al regreso de su primera licencia, en julio de 2005 se le comunica que había sido desligada de todo su trabajo, los cuales fueron traspasados a su colega Cristina Kunstmann; que durante agosto de 2005 el recurrido no le asignó ninguna tarea, por lo que se vio en la necesidad de cooperarle a la secretaria a contestar el teléfono; que el día que regresó de su postnatal, 19 de diciembre de 2005, se llevó a efecto una reunión con el personal del departamento y ella no fue invitada, para informarle posteriormente el recurrido que en los meses de diciembre, enero y febrero de 2006 sus labores se verificarían en la oficina de proyectos y en marzo retornaría a sus funciones en forma parcial y que cumpliendo lo ordenado entregó dos proyectos puntualmente, momento en que el Sr. Arellano le comunica que no podría ocupar la camioneta que le había sido asignada para las funciones inherentes a su cargo, ya que había sido destinada a otras cuadrillas; que desde que comenzó el segundo proyecto, luego de sus vacaciones, sólo encontró trabas de parte del recurrido para ejecutarlo, le privó del uso de vehículos y de los insumos necesarios, los que llegaron tardíamente, hechos que la afectaron profundamente, no sólo en la actividad laboral, sino en su fuero interno y estima personal. Agrega que en muchas ocasiones fue al vivero de la Municipalidad para sacar plantas para los proyectos, informándosele que el señor Arellano había dado instrucciones a la encargada de éste, doña Cristina Kunstmann, que ella no estaba autorizada para ello, decisión que daña y trasgrede la ley del contrato; que el 14 de julio de 2006 le negaron por enésima vez la entrada al vivero, por lo que envió un memorándum al Jefe de Recursos Humanos don René Fernández, al Jefe de Ornato, don Rodrigo Navarrete, con copia al señor Arellano.

La persecución ha sido persistente, lo que le ha causado detrimento psíquico y moral permanente, hecho que acredita con el certificado médico que acompaña, el que describe los síntomas que corresponderían, dice el certificado, un cuadro angustioso, depresivo tipo reactivo, asociado a conflictos sostenidos en el tiempo en su ámbito laboral. Agrega que el "acoso laboral" protagonizado por ella, también lo sufrió otra trabajadora, Verónica Letelier, quien terminó por renunciar el 3 de febrero de 2004, mismo día en que se le ofreció a ella el puesto de paisajista a contrata. Que el acoso laboral persiste en la actualidad de manera que el lapso

para ocurrir ante SS., siendo un hecho de tracto sucesivo, se ha ido renovando en el tiempo y que prueba del acoso lo constituyen dos declaraciones juradas que acompaña, de dos trabajadores de la Municipalidad, don Rodrigo Navarrete Yáñez y don Gabriel Hidalgo Palma.

De esta forma, se han vulnerado las garantías constitucionales del N° 24 y 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el legítimo derecho de propiedad sobre el trabajo para el cual fue contratada y que mediante el mecanismo de “acoso laboral o moobing” ha causado grave daño a su integridad física, síquica y moral que la mantiene enferma psicológicamente.

Termina señalando que es plenamente procedente el recurso, tanto en cuanto al plazo de 15 días como en lo relativo al derecho, porque el acoso laboral del que ha sido víctima se mantiene hasta el mismo día en que interpone la acción de protección, por lo que no le empece el término de 15 días, sin perjuicio que el presente recurso se interpone dentro del plazo establecido en el respectivo Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema.

Pide se declare que el recurrido debe reincorporarla a sus labores habituales, esto es, restituirla en la oficina y lugar físico en donde ejercía sus labores y reponerla en las funciones propias e inherentes a su cargo de paisajista, restituyéndole asimismo el vehículo del cual fue despojada y declarando además que debe abstenerse en lo sucesivo de acosarla laboralmente, por los efectos dañinos que esas acciones provocan en su salud física y síquica, con costas.

SEGUNDO: A fs. 102, informa don José Ignacio Arellano Pinto, quien alega en primer término la extemporaneidad del recurso. La recurrente señala que el supuesto “acoso laboral” habría comenzado “a principios de abril de 2005 y a partir de esa misma fecha una conducta hostil y persecutoria hacia mi persona”, luego refiere acoso laboral en agosto de 2005, a continuación idénticas conductas de acoso laboral en diciembre de 2005 y seguidamente en los meses de verano de 2006. Pide se rechace el recurso por extemporáneo.

En cuanto al fondo, señala la falta de legitimidad pasiva, que si la recurrente pretende por esta vía mejorar sus condiciones laborales o que se le asigne exclusivamente un vehículo, todas esas decisiones escapan a su ámbito de atribuciones como Director del Departamento de Aseo y Ornato de la Municipalidad de Valdivia, que debió dirigir su recurso en contra de la Municipalidad de Valdivia y no en su contra, que jamás podría cumplir lo que pide, pues carece de las atribuciones legales para ello y, por el contrario, esos actos serían nulos absolutamente.

Nunca ha tenido una actitud que pueda ser catalogada de acoso laboral ni con ella ni con ninguna otra persona con la que ha trabajado y que le sorprende la actitud de la recurrente porque viene de una persona a la que él personalmente recomendó con el Alcalde al momento de proponerla para ser contratada. Al efecto acompaña copia autorizada de un memorándum interno, firmado por el Administrador Municipal don Ramón González y por él, donde quedó plasmada la recomendación de ambos para que ella fuera contratada.

Nunca ha sido separada de sus funciones ni se han modificado sus condiciones de trabajo para realizar su actividad de paisajista. Que la recurrente comenzó a prestar servicios para la Dirección de Aseo y Ornato en el año 2004, no recuerda fecha exacta, como profesional a honorarios, que al quedar vacante el cargo de

doña Verónica Letelier, quien renunció voluntariamente y no por las razones que imagina la Sra. Ramis, con don Ramón González recomendaron a la recurrente para que fuera contratada como Técnico en la Municipalidad, es así como su incorporación se oficializó mediante Decreto N° 947 de 30 de marzo de 2005, renovándose éste por Decreto N° 263 el 20 de diciembre de 2005, cuyas copias autorizadas acompaña y que en ninguno de dichos documentos consta que de su cargo emane alguna función específica que cumplir por el hecho de ser paisajista, que en la práctica, al igual que la mayoría de los funcionarios técnicos, son destinados a un departamento en específico, donde el profesional realiza las funciones que le encomienda el Jefe del Departamento respectivo, por lo que no se le ha despojado arbitrariamente de funciones inherentes al cargo de paisajista y que las dos paisajistas que trabajan en el Departamento se distribuyen las labores de modo de abarcar toda la ciudad.

El 10 de marzo de 2006, la empresa Indura encargó algunos trabajos en áreas verdes del sector donde se ubica dicha empresa, trabajo que se le encomendó a la Sra. Ramis, quien el 26 de marzo de 2006 informa que los trabajos fueron hechos.

En memorándum N° 0174894, firmado por la recurrente de 13 de abril de 2006, consta que ella le entregó presupuestos de proyectos formulados por ella para su aprobación.

En otro memorándum, firmado por la recurrente, ésta le informa la programación de labores que ella dispuso para una cuadrilla. En abril de 2006 el presidente de Valdicor solicitó un apoyo en proyecto de paisajismo para el cementerio-parque de propiedad de Valdicor, trabajo que se le asigna a la Sra. Ramis, quien mediante memorándum N° 091301 de fecha 23 de mayo de 2006, informa que dio inicio a los trabajos.

Por memorándum N° 0174896, de 17 de mayo de 2006 escrito y firmado por la recurrente, da cuenta del trabajo de mejoramiento de áreas verdes en calle Don Bosco, también a su cargo, donde da razones por las que puede que no cumpla con las fechas programadas, documento que estima la recurrida es de suma importancia, ya que en él la Sra. Ramis reconoce que el vehículo que ella dispone es compartido con otro funcionario y que debido a que éste estaba en reparaciones, comparte vehículo con otro funcionario, así ella misma se encarga de aclarar que no tiene asignado vehículo en forma exclusiva. Que él le contestó el memo, respuesta que ella firmó, donde consta que las razones de un eventual retraso él las comprende, por lo que no ve cómo puede estimarse que ha habido acoso laboral.

Señala otros memorándums, todos los que en copia acompaña donde consta que le encargó a la recurrente proyectos de recuperación de áreas verdes con fecha 25 de mayo de 2006 y de recuperación de sitios eriazos en la ciudad, el 12 de julio de 2006.

Respecto de la reunión de la cual se la habría marginado, son reuniones mensuales donde participan los jefes de departamento, que se desarrollan en el Departamento de Aseo y Ornato, donde quedan excluidas todas las demás personas que dependen de esa dirección, pero que no ostentan dicha calidad y la Sra. Ramis jamás ha sido Jefe de Departamento, por lo que no correspondía invitarla. Acompaña declaración jurada de don Víctor Pintor Vargas, donde señala las razones por las que asistió a esa reunión.

Respecto al no ingreso al vivero de la Municipalidad, es falso lo aseverado por la recurrente, ya que consta en copias autorizadas que acompaña al recurso, que el 14 de julio último mediante memorándum escrito y firmado por la Sra. Ramis, ella señala que se le habría impedido el acceso al mencionado recinto por parte del personal que allí labora, por instrucciones de doña Cristina Kunstmann, ante lo cual pidió informe a la Sra. Kunstmann quien por memorándum que acompaña, le informa que el día de los hechos la recurrente le solicitó unas plantas, a lo que accedió, se dirigió al vivero pero al llegar allí el personal le informó que la Sra. Ramis se había retirado sin las plantas, que intentó contactarse con ella pero no recibió respuesta. Acompaña además declaración jurada de la Sra. Ramis que nunca ha recibido órdenes de prohibirle la entrada al vivero.

Respecto al uso del vehículo del que había sido despojada, acompaña al recurso documentos que acreditan que jamás se le ha asignado vehículo en forma exclusiva, ella al igual que los demás funcionarios comparten los vehículos destinados al Departamento. Acompaña además declaración jurada de otro funcionario quien declara que en varias ocasiones ha compartido el vehículo que individualiza con tres funcionarios más, entre ellos la Sra. Ramis.

Tampoco la ha cambiado de oficina.

Respecto de las declaraciones juradas acompañadas por la recurrente, señala que miente el Sr. Navarrete, Jefe del Departamento donde trabaja la recurrente, cuando dice que instruí que entregara unas parkas, menos a la Sra. Ramis, por cuanto no le corresponde a él asignar ropa sino al Departamento de Recursos Humanos. También mentiría el Sr. Hidalgo quien no trabajaba el 2005 para el Departamento de Aseo y Ornato, cuando declara que fue testigo de hechos constitutivos de acoso laboral. Pide rechace el recurso con costas al recurrente.

TERCERO: La defensa del recurrido niega, bajo la calificación de falsedades, los hechos que han dado motivo a la señora Ramis para deducir este recurso. Sorprende, el solo pensar, que pueda existir tanta audacia para intentar ante un alto Tribunal un recurso extremo y de un contenido tan riesgoso en cualquiera de los ámbitos en que pueda repercutir sean laboral, judicial, de compañerismo, de imagen personal, etc.

CUARTO: Desde luego, es raro que ocurra y si ocurriera, las falsedades se evidenciarían aisladas y flotantes. Esta experiencia indica un método de análisis de estos antecedentes.

QUINTO: Los certificados de fs. 1 y 128, de 16 de junio y 23 de agosto de 2006, suscritos por la sicóloga clínica y terapeuta familiar doña Irene Peters Siebert expresan que atiende a la señora María José Ramis Gutiérrez "a contar de mayo del año en curso. Al momento de la consulta presentaba sintomatología diversa, tal como trastornos gástricos de origen psicógeno, lumbago, labilidad emocional y descenso importante del ánimo. Los síntomas enunciados corresponden a un cuadro angustioso-depresivo de tipo reactivo, asociado a conflictos, sostenidos en el tiempo, en su ámbito laboral."

SEXTO: La calificación laboral del último año, fs. 30, 31 y 32, presenta a la recurrente en Lista Uno, de distinción y con las más altas calificaciones; en los siete Factores y Subfactores presenta dos seis y cinco siete*.

OCTAVO: Carta, de fs. 33, de 16 de marzo de 2006, de queja ante el señor Alcalde por decisiones del señor José Ignacio Arellano Pinto.

NOVENO: Declaraciones de las siguientes personas funcionarios de la I. Municipalidad: a) fs 3 y 133 del chofer Gabriel Antonio Hidalgo Palma, b) fs. 4 y 134 de Rodrigo César Navarrete Yáñez, ingeniero comercial, que relatan el trato odioso que el señor Arellano ha dado a la recurrente y, en especial, la prohibición de que ingresara al vivero municipal siendo que es un lugar donde debe cumplir funciones de su cargo.

DÉCIMO: Declaración Jurada, fs. 129 de 24 de agosto de 2006, de doña Verónica Marión Letelier Agüero, arquitecta del paisaje, ex funcionaria de la misma área de desempeño de la recurrente, quien relata el hostigamiento constante y oprobioso del señor Arellano con el personal que trabaja bajo su dependencia y en especial con la recurrente y que tuvo con ella misma.

UNDÉCIMO: Estos antecedentes, si bien podrían sugerir dudas, resultan confirmados en el seno mismo del Concejo Municipal. SESIÓN del 20 de junio de 2006, acta desde fs. 138 a 196; en puntos varios (fs.184) los Concejales señores Flores (Presidente del Concejo) concejal Ilabaca y Ramón González (Administrador Municipal) tratan el problema referente a las actitudes del señor Arellano con el personal. El señor Ilabaca plantea el problema en términos severos; hace notar su gravedad y permanencia, plantea lo urgente que es dar una solución porque el caso desborda cualquier límite: "Aquí hay otro tema, los trabajadores lo han dicho y lo siguen diciendo que le tienen miedo al señor Arellano porque a cualquiera que reclame lo despide. O sea, tampoco tapemos el sol con un dedo, si todos sabemos cómo trabaja el seño Arellano y cómo trata a los trabajadores. Entonces ningún trabajador se va a atrever a firmar una carta presentando un reclamo. Yo sería partidario que desde la administración se tome una decisión concreta respecto de este tema en particular porque si hubiere sido uno o dos trabajadores aislados, bueno, sería un chisme, pero cuando el reclamo es constante durante el año y medio que llevamos como Concejo, me parece más serio y real". Nadie le rebate diciendo que se trata de falsedades sino que se preocupan de buscar una solución al problema. El señor González sugiere la acción administrativa de conversar con el señor Arellano y plantearle el reclamo. El señor Ilabaca le representa la ineficacia de la medida y advierte que seguirá insistiendo con este tema hasta que termine su período de Concejal y el señor González le acota: "SERÁ HASTA QUE ÉL (el señor Arellano) CAMBIE DE ACTITUD". Finalmente acota el señor Flores (Presidente), "En el fondo, el ambiente laboral, la satisfacción laboral tienen que ver también con la responsabilidad o el interés que el propio contratista tenga. Creo que es bueno que se converse con todas las partes involucradas y, en definitiva, se busque una solución."

*NR. En el original no aparece un considerando Séptimo.

DUODÉCIMO: Resulta de estos antecedentes que en la unidad laboral de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Valdivia, donde trabaja la recurrente, hay un ambiente ingrato general con los trabajadores creado por la actitud del señor Arellano, su jefe, y mantenido a través del tiempo. Perjudicada con esto en su salud es la señora Ramis.

DECIMOTERCERO: La Constitución de la República asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y, en resguardo de esa garantía, es necesario tomar medidas para poner término a dicho ambiente laboral.

DECIMOCUARTO: El lesivo ambiente laboral que se viene dando en el Departamento de Aseo y Ornato de la Municipalidad permanece a través del tiempo y existía cuando se presentó este recurso como lo demuestra el Acta de Sesión recién aludida. En consecuencia, cabe desechar la alegación de su presentación fuera de plazo.

Y lo que disponen los artículos 19 N° 1°, 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección,

SE RESUELVE:

Se *acoge* el deducido en lo principal de fs. 5 por doña María José Ramis Gutiérrez en contra de don José Ignacio Arellano Pinto –Jefe del Departamento de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Valdivia– y se le ordena que ponga término a toda actitud, tratos o medidas abusivas que debiliten o impidan un ambiente laboral sano y digno de los trabajadores de modo que cesen las angustias y aflicciones que se observan en área de su responsabilidad.

Comuníquese al señor Alcalde de la Municipalidad para los fines a que hubiere lugar. *Ofíciase*.

Regístrese y notifíquese.
Rol 665-2006.

Redacción del abogado integrante don Hernán Rodríguez Iturriaga*.

*Confirmada por la Corte Suprema/3ª. Sala el 10.10.2006, Rol 4858-2006.

CORTE DE APELACIONES DE TALCA
25.10.2006
No renovación de matrícula a alumna
con dificultades auditivas

VISTO:

A fs. 20 doña Javiera Loreto Arjona Albornoz, ejecutiva, domiciliada en calle 23 Poniente A N° 730, Villa Galilea, Talca, ha interpuesto recurso de protección a favor de su hija de 8 años de edad, Antonia Valentina Arriagada Arjona, estudiante, en contra del Colegio de la Salle, Instituto de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, con domicilio en calle Uno Oriente N° 1481 de esta ciudad, y en contra de su Rector, don Guillermo Elgueta Ibáñez, del mismo domicilio, quienes en forma arbitraria e ilegal han tomado la medida de restringir la permanencia de su nombrada hija en dicho establecimiento educacional por sufrir discapacidad física de carácter auditiva.

Refiere que el 31 de agosto recibió carta del citado colegio, suscrita por doña Isolde Andías González, profesora jefe, doña Valeria Molina Alcántara, profesora de educación diferencial, y don Guillermo Elgueta Ibáñez, Rector, por la que, previo análisis de la situación académica y personal de su hija, y luego de tres años, se le comunica que fue aceptada en el colegio por una consideración especial hacia la familia y por un periodo temporal (sic). Se le sugiere que busque una opción de colegio con pocos alumnos por curso y que tenga integración escolar, para que ella reciba la carga horaria de especialista necesaria para su déficit, donde además le realicen adecuaciones al currículo de acuerdo a sus necesidades para que siga progresando en él; que se le señala además que el colegio tiene las mejores intenciones de buscar la solución que sea más favorable para su hija, pero que en los cursos superiores no le puede ofrecer una educación de calidad porque no tiene el personal especializado para el tipo de dificultad que la alumna presenta. En conclusión, en dicha carta se le comunica que no se permitirá matricular a su hija en tercer año, y que busque otro colegio.

Hace presente que su hija presenta una hipoacusia bilateral, con uso de audífono en el oído izquierdo, pero que no obstante su limitación física, ha superado satisfactoriamente los tres años que ha permanecido en el colegio recurrido, ya que con el uso de audífono tiene una capacidad auditiva de un 96%, y escucha el lenguaje a una intensidad dentro de los rangos de normalidad, como lo demuestra el reconocimiento y felicitación de la Rectoría y el Consejo de profesores del colegio por haberse destacado durante el año 2005, mostrando los valores de un alumno lasallista.

En cuanto al rendimiento escolar de su hija, sostiene que presenta una nota promedio de 5,2 en el curso segundo básico B, el que tiene como promedio de nota un 6.0, por lo que cumple con los requisitos académicos de aprendizaje y calificaciones para mantenerse como alumna del colegio.

Expone que su hija ha estudiado en el colegio desde su educación prebásica, habiendo generado fuertes vínculos con sus compañeros, profesores y comunidad escolar en general, los que la han ayudado a formarse como persona, integrándose a su comunidad de tal forma que el solo hecho de saber que tendrá que cambiar de colegio, por tener una discapacidad, la hace incurrir en llanto y desesperación, situación que ha perjudicado su calidad de vida y estabilidad psíquica, lo que se ve aumentado, desde que ya es noticia conocida en el alumnado y sus propios amigos que las autoridades del establecimiento le niegan su permanencia en el colegio.

Niega la efectividad de lo sostenido por el colegio en orden a que recibió a su hija por una consideración especial a su familia y por un periodo temporal (sic).

Manifiesta que no obstante pagar una mensualidad de \$ 90.000, el colegio sostiene que no tiene capacidad para prestar atención más personalizada a los alumnos, en circunstancias que consta que posee profesores de educación diferencial.

Asevera que la negativa del recurrido a mantener la permanencia de su hija constituye un acto arbitrario e ilegal en estado de amenaza, y aún más, un acto discriminatorio por parte de los recurridos, pues se funda en falta de capacidad para atender alumnos con discapacidad o deficiencias, siendo así un acto meramente potestativo, ya que no existe causal legal justificada que funde la medida de no renovar la matrícula, infringiéndose, así, la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 1, en cuanto al derecho a la integridad psíquica de su hija menor, quien está afectada psicológicamente, al no comprender la discriminación que sufre por parte del colegio recurrido.

Señala que, además, se ha infringido la Constitución en su artículo 5° en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, sancionada por Decreto Supremo N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, el que en su artículo 19 establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado; que la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990 en sus artículos 1, 12, 13, 16 y 29 consagra que no se puede someter a un menor a una agresión moral, espiritual y física, que repercuta en su dignidad, y en el desarrollo de sus aptitudes y de su juicio individual; el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, y en la prohibición de que el niño no debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, ni ataques a su honra y a su reputación.

Afirma que el colegio recurrido no cumple con la obligación que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 otorga a los niños, en cuanto a otorgarles la protección que requieren por parte, entre otros, de la sociedad, debiendo entenderse comprendida en ella los establecimientos educacionales; por ende la obligación del colegio recurrido es proteger a la menor y no desecharla de sus aulas en forma discriminatoria.

Añade que la actitud del colegio recurrido va en contra de los mismos principios que fundan su gestación y desarrollo, los que se enuncian en su "Proyecto Educativo Evangelizador", que a modo de ejemplo indica, los que

han sido transgredidos y quebrantados por su decisión de excluir a su hija de la educación que imparte.

Por último, expresa que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, pero esa libertad reconoce como limitación las impuestas por la moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional; que en el presente caso va contra todo principio moral contradecir su propio proyecto y discriminar a su hija por usar un audífono para poder escuchar los sonidos del mundo, violentándose así la garantía constitucional de protección de la integridad psíquica, si se mantiene la decisión del colegio recurrido; que parte del derecho de libertad de enseñanza es el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, el que obraría en contra de la Constitución si niega la matrícula por causas discriminatorias, especialmente, si por sus aulas han pasado alumnos discapacitados que han terminado satisfactoriamente sus estudios.

Concluye solicitando que esta Corte adopte las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, en especial, la orden de que el Colegio de La Salle, a través de sus representantes, debe recibir y matricular en tercer año de educación básica a su hija indicada, sin restringir o condicionar su matrícula, con expresa condenación en costas.

A fs. 27 se acogió a tramitación el recurso, disponiéndose el informe de los recurridos, que se evacuó a fs. 28, por el que se solicita, en primer término, que sea declarado extemporáneo, dado que a la recurrente se le informó el 22 de agosto último, cuando fue llamada al colegio para ello, acerca de la conveniencia de llevar a su hija a un colegio de integración o a un colegio especial, de aquellos definidos en la Ley 19.284, porque por su discapacidad no puede ser atendida por un colegio normal. Así, el plazo para recurrir vencía el 6 de septiembre del año en curso, por lo que el recurso fue presentado extemporáneamente.

Hace presente que el presente recurso es improcedente, y por lo tanto, debe ser rechazado; que todo apoderado que desea educar a su pupilo en el Colegio de La Salle suscribe con éste un contrato de prestación de servicios educacionales, cuyo ejemplar acompaña, señalándose en su cláusula novena que comienza a regir desde la fecha de su suscripción, y que durará hasta el término del año 2006, pudiendo ser renovado por el mutuo y expreso acuerdo de las partes, que se expresará en la suscripción de un nuevo contrato. Señala que en tal circunstancia, ningún tribunal de la República tiene jurisdicción para violar la ley del contrato legalmente celebrado; por lo que tanto el apoderado como el colegio tienen el derecho a no pactar un nuevo contrato; que el ya suscrito no obliga a firmar otro, ya que los derechos y obligaciones son anuales, pues la autonomía de la voluntad es manifiesta.

En cuanto al fondo, sostiene que si un alumno tiene una discapacidad para asistir a un colegio que atiende alumnos normales, no puede un tribunal obligarlo a recibir ese alumno porque le causaría un perjuicio notable; que la resolución debe estar fundada en los exámenes que esta Corte ordene realizar, pues se necesita informe de peritos, como es el caso de fonoaudiólogo, profesor de lenguaje y psicopedagogo, pudiendo ordenarlos a profesionales de la Secretaría Ministerial de Salud; que en anteriores reuniones se le sugirió a la recurrente la adquisición de equipos de alta frecuencia, pero carece de recursos para ello por su alto costo, la que, además, no se encuentra al día en el pago de la colegiatura, no dispo-

niendo de recursos para el apoyo técnico a la sordera de su hija; que si esta Corte ordenare la matrícula en el colegio recurrido, que no es el que corresponde a la hija de la recurrente, deberá hacerlo condicionado al pago de las colegiaturas; que es injusto acusar al colegio de discriminación, pues en el curso en que estudia la menor de autos, formado por 31 alumnos, hay 7 que presentan alguna dificultad, como déficit atencional o retraso pedagógico, los que son manejables por la maestra que los dirige, lo que no ocurre con aquélla, respecto de la cual su madre tampoco ha querido que aprenda el lenguaje de signos, ni tampoco la lectura a través de los labios.

Sostiene que La Salle es un colegio serio, basado e inspirado en las enseñanzas de Jesús, lo que le hace que sea responsable en sus determinaciones; y si recomendó la ubicación de la alumna en una escuela de integración o una escuela especial es porque necesariamente tiene que hacerlo; no es una decisión unilateral de su profesora ni es un capricho del rector, sino que fue apoyada por el consejo técnico; si llegó a kinder, no lo hizo en el periodo normal de noviembre de 2003, sino en marzo de 2004; que al advertirse que padecía de hipoacusia, aseguró que escuchaba bien, pidiéndosele, de todas maneras, un certificado de audiometría, el que llevó después de un año, en abril de 2005; que dicho informe indica que tiene audición discriminatoria de un 84% a 50 dBHL en el oído izquierdo, mientras que en el derecho tiene cero audición; que los profesores hablan en 20 dBHL; que el año 2005 se le pidió un certificado de neurólogo, que sólo llevó el 28 de febrero de 2006; que ambos certificados dicen que debe controlarse cada seis meses, lo que no se ha cumplido; que la profesora del curso, la educadora de párvulos y la profesora de educación diferencial se han esforzado al máximo, pero la discapacidad no se puede corregir; que se le pidió a la madre un apoyo externo con profesionales en psicopedagogía, lenguaje y fonoaudiólogo, lo que no ha realizado, concurriendo, apenas, a dos sesiones con un psicopedagogo; que la madre solicitó al colegio una beca para su hija, la que para tramitarla, debía estar al día en la colegiatura, lo que hizo en noviembre de 2005; que se le concedió una rebaja de 25%, pero este año debe desde mayo a septiembre, circunstancia que constituye motivo para no renovar la matrícula, causal que el colegio no invocó en la oportunidad aludida.

Sostiene que no se ha vulnerado la integridad psíquica de la menor, ya que si la renovación de un contrato causare perjuicio a la integridad psíquica, medio país estaría en tales condiciones; que la recurrente debe acreditar el daño a esa integridad, la que no se puede presumir.

Manifiesta que es temeraria la afirmación de la recurrente en orden a que se ha infringido el artículo 5° de la Constitución Política en relación al Pacto de San José de Costa Rica, pues dicha norma constitucional se refiere a la soberanía, y si se ha querido decir el N° 5 del artículo 19, éste se refiere a la inviolabilidad del hogar; que el Pacto de San José no está amparado por el Recurso de Protección, el que tiende a restablecer el imperio del derecho, y éste indica que la colegiatura es un contrato bilateral anual.

Termina solicitando se rechace, con costas, el presente recurso.

A fs. 33 se trajeron los autos en relación, y habiéndose procedido a la vista de la causa, ésta quedó en acuerdo, según constancia de fs. 35.

CONSIDERANDO:

1º) Que no es un hecho no controvertido que el documento titulado Entrevista a Apoderado, de fecha 22 de agosto del presente año, corriente a fs. 1, fue recibido por la recurrente el 31 de dicho mes; y la circunstancia que haya concurrido a esa reunión –no obstante no aparecer suscrito por ella– no hace que el presente recurso haya sido interpuesto extemporáneamente, pues su comunicación oficializó la determinación del colegio relativa a no renovar la matrícula de la alumna Antonia Valentina Arriagada Arjona.

2º) Que nadie puede discutir que el principio de la autonomía de la voluntad se aplica en los contratos bilaterales, sin embargo, también es pacífico que dicho principio, desde hace considerable tiempo hasta ahora, ha sufrido limitaciones en virtud de consideraciones de diverso orden, como sociales, económicas, políticas, etc., que han contribuido a morigerarlo. Piénsese en el contrato de trabajo, por ejemplo, u otros, que en mayor o menor medida han devenido en contratos dirigidos.

Pues bien, los contratos de prestación de servicios educacionales, en lo que dice relación con alumnos que sufren de alguna discapacidad, no han estado ajenos a dicha corriente limitadora de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Y en el caso de la educación de alumnos discapacitados, la justificación a la limitación del principio jurídico de derecho privado en referencia no precisa de mayor lucubración, atendidos los valores y principios que se hallan comprometidos, como lo es la responsabilidad del Estado a través de sus diversos órganos, así como la sociedad en general, de contribuir, cada cual en el ámbito de su competencia y con los medios a su alcance, a la integración de los niños, niñas y adolescentes que enfrentan alguna discapacidad, a los distintos aspectos de la vida nacional, comenzando por uno primario, como es la educación.

Y tal es así que el 14 de enero de 1994 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.284, modificada por la Ley N° 20.025, de 29 de junio de 2005, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, la que viene a limitar la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en lo que se refiere al contrato de prestación de servicios educacionales, al imponer al establecimiento encargado de prestar éstos ciertas cargas destinadas a facilitar el acceso a la educación de personas discapacitadas.

3º) Que en dicho orden de ideas, el artículo 26 de la ley citada señala que educación especial es la modalidad diferenciada de la educación general, caracterizada por constituir un sistema flexible y dinámico que desarrolla su acción preferentemente en el sistema *regular* de educación, proveyendo servicios y recursos especializados a las personas con o sin discapacidad, según lo califica esta ley, que presenten necesidades educativas especiales.

A su turno, el artículo 27 de la ley mencionada preceptúa que los establecimientos públicos y privados del sistema de educación *regular* deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias para permitir y facilitar, a las personas que tengan necesidades educativas especiales, el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles la enseñanza complementaria que requieran para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema.

Añade la norma que cuando la naturaleza y/o grado de la discapacidad no haga posible la señalada integración a los cursos *ordinarios*, la enseñanza especial se impartirá en clases especiales dentro del *mismo establecimiento educacional*. Sólo excepcionalmente, en los casos en que los equipos del Ministerio de Educación a que se refiere el artículo 28 lo declaren *indispensable*, la incorporación a la educación se hará en escuelas especiales, por el tiempo que sea necesario, debiendo el Estado colaborar para el logro de tales propósitos, introduciendo las modificaciones pertinentes al sistema de subvenciones educacionales y/o a través de otras medidas conducentes a este fin.

Por su parte, el artículo 28 dispone que la necesidad de las personas con discapacidad de acceder a la educación especial, la modalidad y el establecimiento pertinente, así como también el tiempo durante el cual deberá impartírseles se determinará, sobre la base de los informes emanados de los equipos multiprofesionales del Ministerio de Educación, sin perjuicio de las facultades que esta ley otorga a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez y de los certificados que ellas emitan, todo ello de acuerdo a lo que disponga el reglamento respectivo.

4º) Que como puede apreciarse, el legislador, frente a una persona con algún tipo de discapacidad, le garantiza el acceso a la educación, primero en los establecimientos públicos y privados de educación regular –normales, conforme a la nomenclatura empleada por el colegio recurrido–, quienes deben incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias, entregándoles la enseñanza complementaria que precisen para asegurarles su permanencia y progreso en tal sistema de educación regular.

En el evento que la entidad de la discapacidad de que se trate lo requiera, por imposibilidad de integración de un alumno a los cursos ordinarios, los dichos establecimientos educacionales deben impartir la enseñanza especial en clases de igual naturaleza en el mismo establecimiento educacional; y sólo de modo excepcional, cuando sea declarado indispensable por los equipos del Ministerio de Educación, debe hacerse la incorporación a la educación en escuelas especiales, por el lapso necesario.

5º) Que en consecuencia, no es el respectivo establecimiento educacional el que se encuentra legitimado para decidir si uno de sus alumnos debe incorporarse a la educación especial, en razón de la naturaleza y/o grado de la discapacidad que lo afecta, sino que el legislador ha entregado tal potestad al Ministerio de Educación, que en la especie no ha tenido intervención alguna en la decisión de no renovar la matrícula a la alumna antes individualizada, como se infiere de lo expresado por el propio colegio recurrido, al sostener que la resolución de este recurso debe estar fundada en los exámenes correspondientes practicados por los peritos que señala en su informe.

6º) Que así las cosas, no cabe sino concluir que la conducta del colegio recurrido consistente en comunicar a la recurrente su propósito de no renovar a su hija la matrícula para el año 2007, resulta manifiestamente ilegal, por carecer de sustento jurídico, circunstancia, por lo demás, implícitamente admitida por aquél al sostener que se requiere de exámenes practicados por peritos especialistas, los que,

según él, debieran ser decretados por esta Corte para decidir el presente recurso, pretensión que este tribunal desestima, pues tal omisión, precisamente, denota lo inconsulta e ilegal de su conducta.

7º) Que el conocimiento y experiencia exigibles a cualquier hombre medio permiten concluir que la negativa de renovación de matrícula a una niña de 8 años de edad por parte de un colegio donde estudia desde hace tres años, sin que se acreditara que se le había admitido por consideración especial y por un lapso limitado, afecta su integridad psíquica, en especial, si la motivación aducida es su discapacidad física.

8º) Que no resulta atendible el argumento relativo al rendimiento académico de la alumna de que se trata, si como consta del certificado de fs. 2, su promedio de notas del primer semestre de este año asciende a 5,2, mientras que el promedio del curso es de 6,08.

9º) Que de otro lado, resulta difícil comprender que, según aparece del instrumento de fs. 8, el colegio recurrido en el mes de noviembre de 2005 otorga a la alumna en referencia un diploma en que reconoce que se destacó mostrando los valores que pretenda tenga el alumno lasallista, los mismos que antes de un año después no resultan útiles para su permanencia en aquél.

10º) Que por último, a mayor abundamiento, de acuerdo con el informe de fs. 3 evacuado por el Centro de Audiología en el mes de septiembre último, la menor de autos fue sometida a audiometría a campo libre con audífono en oído izquierdo de tipo retroauricular, marca Unitron, modelo Liaison Power digital, obteniéndose un umbral de recepción del lenguaje a una intensidad de 25d BHL, el que se encuentra dentro del área del lenguaje a intensidad normal, y con un porcentaje de discriminación del 96% a 50 d BHL.

Se recomienda usar audífono a diario, desde que se levanta hasta que se acuesta, en volumen establecido en sus audiometrías.

Se señala que con su audífono la menor escucha el lenguaje a una intensidad dentro de los rangos de normalidad, y con una adecuada rehabilitación auditiva puede mejorar su comunicación y lenguaje oral.

Asimismo, se recomienda una evaluación para posible implante coclear para su oído derecho, debiendo realizarse controles con audiometrías (sin y con audífonos) cada seis meses.

Es del caso consignar que el indicado audífono le fue comprado a la menor, como aparece de la copia de factura correspondiente, agregada a fs. 34, y acompañada en estrados por el letrado de la recurrente.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 19 N° 1 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se acoge el deducido en lo principal de fs. 20 y se declara que el Colegio de la Salle, a través de su rector o cualquier otro directivo o docente, dependiente de él, deberán abstenerse de toda acción u omisión que, directa o indirectamente, tenga por finalidad impedir la renovación de la matrícula a la alumna Antonia Valentina Arriagada Arjona, sin

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 19.284, modificada por la Ley N° 20.025, en su caso y oportunidad.

Regístrese y, en su oportunidad, archívense.
Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol N° 1.356-2006.

Pronunciada por el Ministro señor Eduardo Meins O., el Fiscal Judicial señor Moisés Muñoz y el abogado integrante Roberto Salazar M.*

COMENTARIO

Particularmente interesante resulta el caso transcrito y que –a nuestro parecer– fue muy bien resuelto por el tribunal de la instancia.

Padeciendo cierta discapacidad auditiva una escolar menor de 8 años de edad, que cursa 2° año básico se comunica a sus padres la conveniencia de integrarla a un colegio especial que le permita una mejor escolaridad, dado que el establecimiento recurrido no cuenta con el personal especializado para su debida atención, deficiencia que para la menor, al seguir hacia cursos superiores, se le hará más difícil el aprendizaje en el colegio recurrido.

La pretensión protectoria estima ilegal y arbitraria la medida en atención a que estando ya tres años en el referido establecimiento (desde prebásica), ha obtenido buenas calificaciones, incluso reconocimiento y felicitaciones por parte de sus autoridades, y además que, usando audífono, alcanza una capacidad auditiva del 96%, nivel que se encuentra dentro de los rangos de normalidad.

Se plantea que la decisión de no renovar la matrícula amenaza el derecho de la menor a su integridad síquica, por la alteración que esa medida le ha producido (art. 19 N° 1 Constitución), como asimismo vulnera tanto la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 19) como la Convención sobre derechos del niño (arts. 1, 12, 13, 16 y 29). Además, que el colegio cuenta con profesores de educación preferencial, por lo que no sería cierto que no posee los medios que ha alegado.

El fallo, junto con recordar los principios constitucionales, recuerda la ley 19.284 (modificada por la ley 20.025/29.6.2005), dictada con el preciso objeto de lograr la plena integración social de personas con discapacidad, lo que limita, sin duda, la autonomía de la voluntad, incluso en estas materias de la contratación de servicios educacionales. Tanto más que su art. 27 preceptúa normas específicas en este aspecto referente al sistema regular de educación (como lo recuerda el fallo en sus consids. 2° a 4°). Según esto, toca al Ministerio de Educación decidir si un alumno determinado, con alguna discapacidad, debe incorporarse a la educación especial; de lo contrario, la ley señala el deber de los colegios de atenderlos, sean públicos o privados (como es el caso de autos).

*Confirmada por la Corte Suprema / 3ª Sala el 23.11.2006, Rol 5878-06.

De allí que la Corte estima *ilegal* la medida recurrida (por vulnerar la ley 19.284), y *arbitraria* (ya que no se justifica debidamente las razones que la fundamentan, atendido el buen rendimiento escolar de la menor/5.2). Acogiéndose el recurso planteado, se declara que las autoridades del colegio recurrido “deberán abstenerse de toda acción u omisión que, directa o indirectamente, tenga por finalidad impedir la revocación de la matrícula” a la menor, en cuyo favor se ha impetrado la acción de protección.

El interés que presenta este fallo es por la aplicación que hace de la ley de integración a la sociedad de los discapacitados (19.284), y especialmente en el ámbito educacional, lo que significa una fuerte limitación a la libertad de enseñanza en cuanto “autonomía” en la “organización” de los establecimientos de enseñanza privada (art. 19 N° 11 de la Constitución) , cuestión que sería de desear fuera esclarecida a través del requerimiento judicial al Tribunal Constitucional (como el caso de las multas por no pago de peajes en Autopista Central/rol 541-07, de 26.12.2006), o recurso de inaplicabilidad, en su caso, ante la misma jurisdicción constitucional, ya que hay allí una imposición por ley (ordinaria) que contradice el inc. 2° del N° 11 de su art. 19, que prescribe de modo perentorio que esta libertad de enseñanza (que incluye lo que su inc. 1° establece) “no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Y esto del caso, no incide en las materias que dicho numeral 11 entrega a la regulación de la ley orgánica constitucional de enseñanza.

EDUARDO SOTO KLOSS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
9.11.2006
Inaplicabilidad artículo 299 N° 3 del
Código de Justicia Militar

El fallo de fecha 9 de noviembre de 2006 (rol 468-06) se extiende en un total de 35 fojas, las primeras 9 de las cuales están dedicadas a la parte enunciativa de las acciones y excepciones hechas valer por cada una de las partes y, acto seguido, entre las fojas 9 y 18 se contiene el fallo propiamente tal con 12 Considerandos. La Ministra señora Marisol Peña Torres deja constancia de su prevención entre las fojas 18 y 20 y los Ministros disidentes, señores Jorge Correa Sutil y Hernán Vodanovic Schnake, expresan sus votos, el primero de ellos entre las fojas 21 y 32, en tanto que el segundo lo hace entre las fojas 33 y 35.*

A continuación se indica una síntesis del fallo y de los respectivos votos recién mencionados.

CONSIDERANDO CUARTO. Que el texto definitivo del artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión “completamente”, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión “expresamente”.

CONSIDERANDO SEXTO. Que, según lo expuesto, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias, o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de revisión se encuentra establecida expresamente en la ley, aún cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible.

CONSIDERANDO OCTAVO: Que no obstante las opuestas interpretaciones jurisdiccionales que ha merecido el artículo 299 N° 3 del C.J.M., es indudable que una calificación nítida para el precepto bajo examen fluye de dos principales argumentos doctrinarios. Por una parte, se admite que la expresión “deje de cumplir sus deberes militares”, es equivalente a describir el “núcleo central de la prohibición”,

*Dada la extensión del fallo, se publican los considerandos principales, y que han motivado el comentario que sigue.

tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes, y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento. Por otro lado, la remisión para describir las conductas públicas se encuentra en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, al cual se remite el artículo 431 del Código de Justicia Militar, cuestionándose esta remisión por la debilidad que genera acerca del conocimiento claro de la conducta punible.

CONSIDERANDO NOVENO. Que, sin perjuicio de las observaciones que merece el citado Reglamento de Disciplina, puede afirmarse que la conducta descrita en el artículo 299 N° 3 constituye la descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible, puesto que los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los Oficiales se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas”, que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas.

CONSIDERANDO DÉCIMO. Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionados, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar. Desde luego poseen tal calidad los artículos 12 y 20 de cuerpo legal que respectivamente disponen: (Artículo 12) “Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor”; (Artículo 20). “Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden”.

CONSIDERANDO DECIMOPRIMERO. Que, consecuentemente, el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta.

Se resuelve rechazar el requerimiento de inaplicabilidad.

Se agrega a continuación un resumen del voto de prevención de la Ministra señora Marisol Peña Torres, quien concurre al fallo teniendo presente además las siguientes consideraciones:

- Los deberes militares, que emanan de las misiones y naturaleza propias de los cuerpos armados, no sólo derivan del régimen de “sujeción especial” y del carácter “disciplinado” que la Constitución les reconoce, sino que también de otros rasgos que singularizan a las Fuerzas Armadas y que consisten en ser cuerpos obedientes, no deliberantes, profesionales y jerarquizados.

- Es así que el artículo 8° del Reglamento de Disciplina castiga al subordinado que al ser observado o castigado por un superior replicare y no guardare el respeto debido. El artículo 28° del Reglamento agrega otra característica de la no deliberancia que singulariza a los cuerpos armados, en cuanto les “prohíbe pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esta índole”. El artículo 14° del Reglamento señala que: “El ejercicio del mando en cualquier actividad militar debe llevar en sí el firme propósito de cumplir la misión o tarea recibida, sin tratar de eludir responsabilidades”.

Se incluye a continuación una síntesis del voto en contra del Ministro Jorge Correa Sutil.

- El artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar no cumple con el estándar mínimo señalado; no describe ni siquiera el núcleo esencial de una conducta, porque no describe conducta alguna; incumplir deberes militares no es una conducta que quede descrita o explicada en sus cualidades o circunstancias, ni siquiera las más esenciales. Las palabras “dejar de cumplir sus deberes militares”, por sí solas no representan un modo de obrar específico que un sujeto pueda determinar o distinguir de otros modos de obrar, a menos que los tales deberes estén descritos.
- Si la única conducta que se describe en la ley no contiene otros datos que “desobedecer las obligaciones”, “infringir las normas” o “incumplir los deberes”, ello equivale a no decir absolutamente nada acerca de los deberes u obligaciones que se tienen, pues la norma, el deber o la obligación quedan necesariamente descritas en otra norma, o en ninguna, pero no “en ella misma”, como exige la Constitución.
- En este caso algunas de las disposiciones reglamentarias aplicadas por el juez para condenar a los requirentes en primera instancia no describen conductas (actividad humana perceptible por los sentidos), sino que virtudes morales o disposiciones de ánimo como “amor al servicio”, “honrada ambición”, “constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo o fatiga”, “falta de carácter, capacidad y conocimiento”.
- Lo más inaceptable de la norma en examen es que ella no es sólo una ley penal en blanco sino que una ley penal abierta. En su relación normativa con el artículo 433 del mismo Código, ella permite que, en definitiva, sea el juez militar quien determina si una conducta constituye o no un “deber militar trascendente” y, como lo señala el fallo de primera instancia de este mismo caso, son los Tribunales de Justicia Militar las únicas autoridades llamadas a establecer si un determinado deber militar, cuya infracción no está específicamente configurada en el Código, importa o no un deber trascendente. En consecuencia, el fallo de primera instancia establece con toda claridad que la aplicación del artículo impugnado habilita al juez para determinar, sin sujetarse a parámetros objetivos, si la infracción al deber militar resulta penalmente sancionable o si sólo ha de tratarse como una falta.
- De todo lo razonado, se concluye que la norma penal impugnada, de aplicarse en este caso, viola el principio de legalidad de las sentencias penales consagrado en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución y viola la letra y finalidad de una de las principales garantías de la seguridad y de la libertad que el constitucionalismo democrático está llamado a defender.

Se incluye a continuación una síntesis del voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

- El debate doctrinario sobre las leyes penales en blanco, particularmente fecundo en el extranjero, no puede ser trasladado mecánicamente al sistema jurídico nacional, omitiendo los valores y principios que constituyen las bases de nuestra institucionalidad.
- La dictación de una ley penal en blanco propia es incompatible con la Constitución.
- La delegación de facultades legislativas sobre materias que correspondan al dominio de la ley no puede extenderse a las que están comprendidas en las garantías constitucionales.
- La potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República sólo es válida en aquellas materias que no sean propias del dominio legal.

COMENTARIO:

UN FALLO MÁS INSTITUCIONAL QUE CONSTITUCIONAL

Por sentencia de 9 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional rechazó un recurso deducido el 15 de marzo del mismo año por el Teniente Coronel de Ejército Luis Enrique Pineda Peña, en que solicitaba se declarara la inaplicabilidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, que establece el delito de incumplimiento de deberes militares.

El recurso se dedujo en proceso que se había iniciado en el Tercer Juzgado Militar de Valdivia –de cuya apelación conocía la Corte Marcial– con motivo de la llamada “Tragedia de Antuco”, en que, en el mes de mayo de 2005, fallecieron 45 uniformados del Regimiento Reforzado N° 17 “Los Angeles”, en campaña de ejercicios militares en esa zona montañosa.

El requerimiento de inaplicabilidad se fundaba en que esa norma del Código de Justicia Militar no describe en forma expresa la conducta que en ella se sanciona –“incumplimiento de deberes militares”¹–, por lo cual se habría infringido la garantía constitucional, conocida como “reserva legal”, que se establece en el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Carta Fundamental, que señala que: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

El Ministerio Público Militar se hizo parte en la instancia y solicitó que se rechazara dicho requerimiento, sosteniendo que la norma del Código de Justicia Militar constituía una especie de “ley penal en blanco legítima”, en donde existe reenvío al Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas². Se agregaba que los militares conocen sus deberes en todas las etapas de su formación desde las

¹El artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar establece que “será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con pérdida del estado militar, el militar: 3° el que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

²Decreto Supremo, del Ministerio de Guerra N° 1445, de 14 de diciembre de 1951.

Escuelas Matrices, y, que, además, esa normativa es un complemento disciplinario fundamental para la organización del sistema militar chileno.

En este artículo se hará un comentario sobre los antecedentes generales de dicho caso y, en particular, sobre el fallo del Tribunal Constitucional.

1. EL CASO DE LA TRAGEDIA DE ANTUCO

En el mes de mayo del año 2005, de acuerdo a la programación anual del Ejército, se efectuó en toda sus unidades, a lo largo del país, un ejercicio de campañas de entrenamiento del contingente ingresado en ese año. En el caso de Regimiento N° 17 Reforzado “Los Ángeles”, esta campaña se efectuó entre los días 5 y 19 de mayo de 2005, en el sector cordillerano de “Los Barros”, en la zona geográfica del Volcán Antuco, al oriente de la ciudad de Los Ángeles.

El Regimiento Los Ángeles era comandado por el Coronel Roberto Mercado Olgún, el que, con motivo de sus circunstanciales ausencias, o delegaciones específicas, era subrogado en el mando, en cada caso, por el Teniente Coronel Luis Enrique Pineda Peña, quien desempeñaba el cargo de Jefe de Plana Mayor de ese Regimiento. El Mayor Patricio Cereceda Truán era el Comandante del Batallón de Infantería de Montaña, estando a cargo directamente del ejercicio mencionado.

La campaña de entrenamiento incluyó a un total de 481 uniformados, entre Oficiales, cuadro permanente, soldados conscriptos y personal de apoyo, pertenecientes al Batallón de Infantería de Montaña del Regimiento. Este Batallón lo integraban cinco compañías: “Cazadores”, “Ingenieros”, “Plana Mayor y Logística”, “Andina”, “Morteros” y, finalmente, un Pelotón Logístico.

El retorno de las unidades, desde la zona de campamento hacia un refugio del Ejército ubicado en el sector cordillerano de “La Cortina”, se inició en la tarde del día 17 de mayo, en que regresaron las compañías “Cazadores” y “Plana Mayor y Logística”, las que llegaron a dicho refugio aproximadamente a las 23:00 horas de ese día, sin novedades.

En cuanto a la ocurrencia de los hechos trágicos de esa campaña, la sentencia de primera instancia expresa textualmente que: “el día 18 de mayo se ordenó marchar a la Compañía “Morteros” y a la Compañía “Andina”, ambas hacia el refugio del sector de “La Cortina”, y durante la marcha de repliegue, personal integrante de estas Comitivas se vio enfrentado a severas condiciones atmosféricas, las que se vieron agravadas por la presencia de una tormenta de nieve denominada “viento blanco”, *lo que desencadenó el fallecimiento por hipotermia, durante ese trayecto, por exposición al frío*”³, de un total de 45 uniformados, los que se mencionan por sus nombres en esa parte del fallo.

2. EL JUICIO Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La magnitud de la tragedia provocó un dramático impacto a nivel nacional.

Todos los medios de prensa publicaron, con impresionante detalle, las circunstancias de la marcha, la trágica muerte de los soldados, comentando los efectos

³Fs. 4307 del expediente. El texto en cursivas es nuestro.

del fenómeno climático que se presentó de improviso, llamado “viento blanco”, y las medidas de emergencia adoptadas de inmediato por la Jefatura del Ejército, con el objeto de encontrar los cuerpos de los soldados que aún faltaban, y de prestar ayuda inmediata a las familias.

Particularmente impresionantes eran las notas de prensa sobre el drama que vivían las familias de los soldados fallecidos, y que aún no podían tener noticias de sus cuerpos.

Inmediatamente después de ocurrida la tragedia de Antuco, la versión oficial del Ejército, en el mismo día de los hechos, señaló que ello habría ocurrido “en el marco de un ejercicio de entrenamiento programado, conforme y de acuerdo al período del año”. Así se expresa textualmente en un comunicado oficial del Ejército de fecha 18 de mayo de 2005. En otra declaración, de la III División del Ejército, fechado en Los Ángeles el día 18 de mayo se expresa lo siguiente: “el trayecto se inició bajo adecuadas condiciones climáticas, las que variaron repentinamente, impidiendo la movilidad y visibilidad del personal”.

Con motivo de estos hechos, se abrió en el Tercer Juzgado Militar de Valdivia, con fecha 18 de mayo, la causa Rol N° 310-2005, que se inició por auto cabeza de proceso en que se disponen las primeras diligencias para esclarecer lo que, hasta ese momento, se informó como el extravío de soldados conscriptos en un ejercicio militar.

El día 20 de mayo de 2005, el Comandante en Jefe del Ejército, General Juan Emilio Cheyre, en visita directa al Regimiento Los Ángeles, determinó, en forma inmediata, el relevo de sus funciones del Comandante del Regimiento, Coronel don Roberto Mercado, del Comandante de Batallón de Infantería de Montaña, Mayor Patricio Cereceda, y del Jefe de Plana Mayor, Teniente Coronel Enrique Pineda. En declaraciones efectuadas en Los Ángeles con fecha 21 de mayo de 2005 y que figuraron en el diario *El Mercurio*, el General Cheyre expresó textualmente que: “Hay una responsabilidad de mando en haber realizado una marcha que nunca debería haberse hecho en las condiciones del clima que se vivía”. En la misma información de prensa se indica que el Comandante en Jefe relevó de sus funciones a los tres Oficiales nombrados “por falta de criterio y capacidad profesional”.

Más adelante, con fecha 6 de junio de 2005, el General Cheyre en presentación ante más de 1.000 Oficiales del Ejército en la Escuela Militar, calificó esta situación como “un tumor cerebral”, agregando “a mí me interesa no solo extirpar el tumor sino que las proyecciones del efecto tumor”. Vale decir, se asocia este drama a una muy grave enfermedad que, según el mismo General expresa, “debe ser extirpada”, lo que obviamente implica a quienes se marque o indique como causantes o responsables de aquella enfermedad.

En relación a estos sucesos, el columnista del diario *El Mercurio* Carlos Peña fue particularmente severo señalando en un artículo que “La renuncia del General Cheyre es, tarde o temprano, desgraciadamente inevitable. Y ella, si no aminorará el sufrimiento de nadie, tendrá al menos el valor de un gesto pedagógico que ayudará a que estos hechos no vuelvan a ocurrir”⁴.

En medio de este ambiente, y con la alarma pública provocada por los hechos señalados, se designó con posterioridad por la Corte Marcial, el día 25 de mayo

⁴Carlos Peña G., artículo “Una montaña de cadáveres”, diario *El Mercurio*.

como Ministro en Visita Extraordinaria a don Juan Arab Nessrallah para la investigación de los delitos de incumplimiento de deberes militares y de cuasi delito de homicidio. Después de practicada una intensa investigación, que se extendió por varios meses, y que consta en un expediente de 4.543 fojas, el Ministro en Visita Extraordinaria, Juan Arab, con fecha 8 de enero de 2006, dictó la sentencia definitiva de primera instancia, en un fallo de 237 fojas.

De todo el proceso investigativo consta que el motivo fundamental que origina dichos procedimientos se refiere a la necesidad de determinar la causa de la muerte, en aquellas circunstancias, de los 45 uniformados fallecidos en esa campaña.

En tal sentido, el fallo concluye los siguientes hechos principales:

- La elección de la localidad de “Los Barros” para la campaña del año 2005 fue resuelta por los Oficiales al mando de ese Regimiento, después de reconocimientos personales practicados en el terreno, basados sólo en su apreciación visual, sin requerir mayores antecedentes y sin precisar apropiada y detalladamente las condiciones de seguridad que se debían cumplir para estas actividades (Considerando Tercero letras a), b) y c) fs. 4476)⁵.
- Las marchas de retorno que se ordenaron el día 18 de mayo se iniciaron en condiciones atmosféricas adversas, con una acumulación de nieve promedio de 50 centímetros, y, posteriormente, se agravó la situación, al insistir y perseverar los Comandantes de Compañía en continuar la marcha, a pesar que muchos integrantes del contingente resultaron con prendas y extremidades inferiores mojadas al cruzar un estero. (Considerando tercero letras k) y l) fs. 4478).
- La Compañía “Morteros” inició el regreso a las 05.00 am del 18 de mayo al mando de su Capitán, y habiendo avanzado una distancia de 800 metros desde el Refugio Militar “Los Barros” cruzaron el estero “El Volcán”, resultando muchos de sus integrantes con sus prendas y extremidades inferiores mojadas. No obstante, el Comandante de la Compañía ordenó proseguir la marcha permitiendo así que se siguiera en condiciones inadecuadas para un trayecto con condiciones climáticas adversas. Luego de marchar más de 10 kilómetros empezaron a advertirse los síntomas de hipotermia en los soldados. Posteriormente, como consecuencia de verse enfrentados a una tormenta de “viento blanco” se produjo una dispersión del personal que integraba

⁵Llama la atención este considerando del fallo, toda vez que el refugio “Los Barros” fue construido en esa zona por el Ejército en el año 1952 precisamente para destinarlo a campañas de entrenamiento militar. El Regimiento Reforzado N° 17 Los Angeles tiene su “línea de operaciones militares” precisamente en esa zona montañosa, que es donde debe entrenar a su contingente. Por otro lado, la zona de Antuco es de media montaña, de una altura aproximada de 1.300 metros, con caminos que no presentan mayores dificultades. En declaraciones del Comandante en Jefe de la División, en este mismo proceso, se señala que la razón principal para el cambio es que se había descubierto el virus Hanta en las localidades en que se efectuaron los ejercicios en los años anteriores. Finalmente, constan en el expediente diversos informes meteorológicos que confirman que no existían mayores antecedentes de mal tiempo y nevadas intensas en años previos. Es significativo que, con motivo de cumplirse un año de la tragedia, las familias de los fallecidos visitaron en la misma fecha la zona de Antuco, presentándose en esa oportunidad un día soleado y con temperatura media, según dio cuenta la televisión.

esa Unidad, lo que no permitió un control eficaz por quien encabezaba la columna. (Considerando Tercero letras k) y l) fs. 4478).

- La Compañía Andina inició su retorno al mando de su Capitán a las 09.15 del mismo día 18 de mayo. Después de cruzar el estero El Volcán, en donde también parte del contingente resultó con sus prendas de vestir mojadas, un Cabo hizo presente al Comandante de la Compañía el peligro de continuar la marcha por las malas condiciones climáticas, advertencia que el Capitán rechazó ordenando proseguir la marcha. Del mismo modo que la Compañía anterior, la marcha fue afectada por el fenómeno climático “viento blanco”, falliendo también parte de los soldados por hipotermia. (Considerando Tercero letra j) hasta letra u).
- De lo anterior se concluye en el Considerando quinto y siguiente (fs. 4480) que tales hechos son constitutivos de cuasi delito de homicidio y que la calificación jurídica para establecer la responsabilidad individual de los Oficiales la hará el sentenciador en el momento de pronunciarse acerca de la situación de cada uno de ellos.
- En el Considerando Trigésimo Segundo letra j) (fs. 4516), al rechazar la defensa de uno de los acusados, agrega la sentencia que, en definitiva, las causas de la muerte por hipotermia de los soldados se originan en: *“las adversas condiciones atmosféricas a las que se enfrentaron al momento de iniciar la marcha, el deficiente vestuario y equipamiento, las vestimentas húmedas, la inexperiencia del contingente en las actividades a las que fueron expuestos, su deficiente alimentación y estado nutricional, como también su cansancio”*⁶.
- En lo que se refiere, específicamente, al delito de incumplimiento de deberes militares establecido en el artículo 299 N° 3, del Código de Justicia Militar en el Considerando Tercero letras a) hasta l) se señalan las conductas que habrían constituido, en términos generales, dicho delito. Ellas corresponden a errores y falta de previsión, según el Juez respecto de la elección del terreno del sector “Los Barros” para esta Compañía sin requerir mayores antecedentes ni experiencias previas sobre el mismo. De la misma manera en términos generales en esos párrafos se mencionan diversas conductas respecto de las autorizaciones previas otorgadas para las marchas referidas.
- En el Considerando Décimo (fs. 4482) se cita la opinión del profesor don Renato Astrosa, quien en su obra “Código de Justicia Militar Comentado”, (1985. pp 436) concluye que el tipo penal requiere “que conste en autos, en forma expresa y determinada, cuál es el deber militar incumplido, y son los Tribunales de Justicia Militar las únicas autoridades llamadas a establecer si un determinado deber militar cuya infracción no está específicamente configurada en el Código importa o no un deber trascendente, o sea, de aquellos cuya infracción compete a la jurisdicción militar”.
- En los Considerandos Undécimo y siguientes (fs. 4482 vta.), el fallo señala que los deberes militares incumplidos son aquellos que sanciona el artículo 299 N° 3 del C.J.M., en relación con aquellos contemplados en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

⁶El texto en cursivas es nuestro.

En este sentido, se concluye que, de acuerdo a las normas contempladas en el artículo 433 del mismo Código, un mismo hecho puede ser constitutivo de falta a la disciplina y/o delito y que en este caso nos encontramos frente a deberes de aquellos que la doctrina denomina “trascendentes”.

- En el Considerando Décimo Tercero se concluye que en el caso de autos debe tenerse presente que todo Oficial debe actuar con carácter, capacidad y conocimiento para el exacto cumplimiento de la reglamentación, adoptando todas las medidas que el caso aconseje, evitando ser negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, que le son impuestas por los artículos 6º, 7º, 10º, 12º, 14º, 15º, 16º, 17º y 20º del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas. El artículo sexto exige “mucho amor al servicio, honrada ambición y constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo”; el artículo séptimo sanciona la “falta de carácter, capacidad y conocimiento”; el artículo décimo señala que el superior no podrá disculparse con los descuidos de sus inferiores”; el artículo doce indica que los militares tienen la responsabilidad del puesto que ocupan y que deberán hacer uso de iniciativa incluso en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad y honor”.

En lo relacionado al presente artículo, la sentencia contiene las siguientes decisiones condenatorias:

- En cuanto al cuasi delito de homicidio, condena al Mayor Patricio Cereceda a la pena de 5 años y 1 día de reclusión mayor, en su grado mínimo⁷, y a los capitanes Claudio Gutiérrez Romero y Carlos Olivares Oyanguren a la pena de 800 días, de reclusión menor en su grado medio, como autores, respectivamente, del cuasi delito de homicidio reiterado con resultado múltiple que describe el artículo 492 del Código Penal.
- En lo que se refiere al delito de incumplimiento de deberes militares, condena al Comandante del Regimiento, Coronel Roberto Mercado Olguín, a la pena de 3 años de presidio militar menor, en su grado medio, y al Jefe de Plana Mayor, Teniente Coronel Luis Enrique Pineda Peña, a la pena de 541 días de presidio militar menor, en su grado mínimo, como autores, respectivamente, del delito de incumplimiento de deberes militares, contemplado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar en relación con el artículo 433 del mismo cuerpo legal.
Todos los afectados interpusieron recurso de apelación para ante la Corte Marcial.

3. EL DEBATE ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Durante la tramitación del recurso de apelación, se dedujo, con fecha 15 de marzo de 2006 por el Teniente Coronel Luis Enrique Pineda Peña, requerimiento ante el Tribunal Constitucional, solicitando que se declarara inaplicable la norma del

⁷En la pena total asignada al Mayor Patricio Cereceda se contempla también su responsabilidad por el delito de incumplimiento de deberes militares.

artículo 299 N° 3, del Código de Justicia Militar, por violar la garantía constitucional de la “reserva legal”, consagrada en la Constitución Política⁸.

En esta instancia compareció el requirente, y, además, otros Oficiales que también se hicieron parte, adhiriendo al recurso. El Ministerio Público Militar también compareció solicitando el rechazo de la petición.

En los párrafos siguientes se contiene un resumen de lo expuesto por las partes, tanto a favor como en contra de la petición de inaplicabilidad, en presentaciones directas, y también a través de sendos Informes en Derecho.

La parte del Teniente Coronel Luis Enrique Pineda sostuvo, principalmente, lo que sigue:

- En lo relativo a las obligaciones que corresponden a cada militar se debe distinguir entre “deberes militares esenciales” y “otras obligaciones”. Los deberes militares esenciales se refieren al cumplimiento de la misión propia de las Fuerzas Armadas, relativas a su compromiso de proteger a la Nación de cualquier amenaza externa o interna, combatiendo hasta rendir la vida si fuere necesario. Las otras obligaciones son aquellas propias del cargo o de la función encomendada, distintas éstas de los deberes militares esenciales. El incumplimiento de los primeros constituye un delito, en tanto que las otras constituyen faltas, cuya sanción puede variar desde amonestación hasta retiro del Ejército.
- Las conductas que corresponden a la descripción clara y precisa de delitos en relación a los deberes militares esenciales están descritas en el párrafo 1 del título VI del Libro III del Código de Justicia Militar, referido a “Delitos contra los Deberes y el Honor Militares”. Todas las conductas sancionadas en ese Párrafo se refieren a delitos cometidos infringiendo los fundamentos esenciales del deber militar, como son el valor y el honor, para cumplir su servicio en defensa de la Patria, hasta rendir la vida si fuere necesario. Ellos son, por ejemplo, rehusar la orden de marchar contra el enemigo, desobedecer la orden absoluta de conservar su puesto a toda costa, rendirse al enemigo sin agotar todos los medios de defensa y otros similares. En cada una de estas disposiciones legales, la conducta que se sanciona está descrita en forma expresa.
- El artículo 299 se encuentra al final de ese Párrafo en donde se puede apreciar que contempla la descripción de un delito por exclusión, al señalar que debe despejarse, primero, si la conducta en estudio puede ser sancionada por el delito de desobediencia o por aquel previsto en el artículo 294. La norma no describe expresamente la conducta de “incumplimiento de deberes militares”.
- En lo que se refiere a las “faltas a la disciplina”, el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas contiene en su artículo 76 la descripción de 40 infracciones a la disciplina, en que se pueden observar diversas conductas que merecen alguna forma de sanción, cuya gravedad puede variar, y que no son constitutivas de delito.

⁸La interposición del recurso de inaplicabilidad se tradujo en la suspensión del procedimiento de apelación ante la Corte Marcial.

- Se analizaron por dicha parte las sentencias recaídas en varios casos fallados por la justicia militar en que se aplicó la disposición legal en estudio. Según se puede concluir de todos los casos analizados, dicha norma otorga facultades muy amplias al Juez, transformándolo en la práctica en un verdadero legislador. En aquellos casos, los jueces de primera instancia han castigado como delitos conductas tan distintas entre sí, como unas relacionadas con el control respecto de traslado y entrega de mercaderías sin guía de libre tránsito, otras, respecto de incumplimiento de funciones de escolta de valores, otras de control de facturas de venta, otras de autorización de uso indebido de uniforme militar, o, finalmente, otras de no estacionar un vehículo en un lugar determinado.

Vale decir, no existe uniformidad conceptual de ninguna especie para definir una conducta común en todos los casos comentados. En cada uno de ellos, la “tipificación” de la conducta delictiva ha sido establecida por el juez.

- Esta carencia absoluta de núcleo en la norma analizada permite que cada juez pueda, a su puro arbitrio, determinar que las conductas que él escoja, en cada caso particular, sean constitutivas de delito. La norma contenida en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, en cuanto sanciona como delito la conducta de un militar que “deje de cumplir sus deberes militares” –sin describir ninguna conducta que permita interpretarla con claridad–, es una ley penal abierta, que carece de núcleo esencial, por lo que contraría las disposiciones de la Constitución Política del Estado respecto del principio consagrado en su artículo 19 N° 3, inciso final, en cuanto “ninguna ley podrá establecer penas sin que las conductas que se sancionan estén expresamente descritas en ella”.
- La declaración de inconstitucionalidad de dicha norma no afectaría la organización, estructura y disciplina de las Fuerzas Armadas en Chile, puesto que la esencia del sistema social militar en su conjunto se fundamenta, ante que nada y por sobre todo, en la vocación personal de todos los Oficiales y soldados, ratificada en solemnidades importantes, como diversos juramentos, celebración de efemérides militares, el sistema de mando y, finalmente, la reglamentación disciplinaria institucional.
- Por el contrario, la aplicación de sanciones que se puedan estimar injustas o exageradas, calificando por un juez, dentro de las amplísimas atribuciones que le concede dicha norma, como delito una conducta que no lo es, podría producir efectos negativos, al debilitarse la moral de los militares y, eventualmente, despertar reacciones temerosas frente a futuras situaciones en que la toma de una decisión puede significar algún grado de riesgo funcionario para Oficiales de las Fuerzas Armadas.

El Ministerio Público Militar, en sus presentaciones directas, y a través de dos Informes en Derecho que acompañó para sostener su posición, solicitó el rechazo del requerimiento, fundado en las siguientes consideraciones.

- El artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar no es una ley penal en blanco ilícita.
- La doctrina distingue entre “ley penal abierta” y “ley penal en blanco”. En las leyes penales en blanco la norma penal existe realmente, pero la completa

especificación de los hechos penales, o de su verbo rector, se remite a una normativa extrapenal.

- Dentro del marco constitucional chileno es posible la dictación de las denominadas “leyes penales en blanco”, es decir, de las que necesitan de otra norma jurídica para su complementación.
- Ningún militar y menos aún un Oficial podría alegar desconocimiento de las normas en cuestión. La disposición del artículo 299 N° 3 del C.J.M. se presume de derecho conocida por todos. Y en ella, se encuentra establecida la pena y el núcleo de la actividad penada.
- El conocimiento y la internalización de sus deberes militares, así como de la normativa penal relacionada con ellos no sólo es conocida por sus destinatarios, por cuanto los cuerpos normativos que la contienen han sido publicados en el Diario Oficial, sino que, además, se les enseña desde temprano en su formación en las Escuelas Matrices, incluyéndola en las mallas curriculares de sus programas de estudios.
- Los únicos destinatarios de la prohibición, los militares, formados en el conocimiento de la ciencia militar, no pueden sino conocer y comprender el significado esencial de un término que está en el centro de su carrera.
- El pilar sobre el que se apoya toda la estructura de la disciplina militar está radicado en el cumplimiento estricto del deber; sin cumplimiento estricto del deber no hay disciplina posible y se resentiría toda la estructura basal de las Fuerzas Armadas. Se cita al Mariscal Foch en su obra “Principios”: “el Ejército es tan delicado que sólo vive de la disciplina. Ella es la fuerza principal de aquel y también la condición primera de su existencia”.
- El objetivo buscado... (por la disciplina militar)... es, obviamente, conseguir el logro en la estabilidad funcional de las instituciones armadas, frente al riesgo cierto que representan en el cumplimiento de sus objetivos las eventuales infracciones de deberes, cuando éstos están ligados a la naturaleza de la institución y su finalidad.
- Todas las sociedades transforman en formas jurídicas aquellos valores más fundamentales que estiman deben ser cumplidos.
- Desde el punto de vista de las políticas criminales, se cita a autores alemanes que han contribuido en la ciencia penal alemana a desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto⁹.
- En función del criterio anterior, concluye la presentación del Ministerio Público Militar, que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar lo que hace es, precisamente, *mantener el sistema social militar en su conjunto, de manera que permita el funcionamiento eficiente y eficaz del mismo*¹⁰.
- La aplicación de esta norma es necesaria no sólo en este caso, sino que en muchos otros, en que, cuando el Ejército deja de cumplir con su deber militar, se pierden vidas humanas, como por ejemplo el caso Antártica.

⁹El texto en cursivas es nuestro.

¹⁰El texto en cursivas es nuestro.

4. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha 9 de noviembre de 2006, se dictó el fallo del Tribunal Constitucional, rechazando el requerimiento de inaplicabilidad. De esta sentencia se ha extraído un resumen que se agrega al final del presente artículo¹¹.

El fallo se acordó por mayoría de votos, con una prevención de la Ministra señora Marisol Peña Torres y votos disidentes de los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Hernán Vodanovic Schnake.

El fundamento principal del fallo del Tribunal Constitucional se encuentra en el Considerando Octavo, en que se señala que la expresión “deje de cumplir sus deberes militares es equivalente a describir el “núcleo central de prohibición”, para utilizar el concepto jurisprudencial constitucional español, tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento”.

El Considerando Noveno agrega que los “deberes militares no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos en cuyo contenido los Oficiales se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices”.

El Considerando Undécimo concluye que la norma en debate “contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta”.

5. COMENTARIOS

La alarma pública que provocaron estos gravísimos hechos enrareció de manera profunda todo el ambiente del país, lo que, sin duda alguna, tuvo sus efectos colaterales en los sectores políticos, castrenses, académicos y también jurisdiccionales. Un sentimiento generalizado de tristeza y de grave preocupación por la suerte de aquellos soldados conscriptos y por el drama que vivían sus familias afectó el espíritu nacional.

Por ello, hemos citado, entre muchas otras, aquella publicación de prensa de un conocido columnista del diario *El Mercurio*, que sostenía que la renuncia del Comandante en Jefe del Ejército era un gesto de carácter pedagógico inevitable. Por otro lado, el mismo General, en presentaciones públicas en la Escuela Militar y en la Cámara de Diputados, advierte, antes de dictar sentencia final como juez en sumario administrativo, que aquí hay responsabilidades en el mando y falta de criterio y de capacidad profesional, calificando esta situación como un “tumor cerebral”.

¹¹Con motivo del rechazo del requerimiento de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional, se reinició el procedimiento ante la Corte Marcial, suspendido después de la vista de la causa, dictándose luego sentencia con fecha 27 de noviembre de 2006, la que confirmó la de primera instancia. En el Considerando 7, la Corte Marcial reproduce la decisión del Tribunal Constitucional, que expresa en el Considerando 11 que el artículo 299 N° 3 del C.J.M. “contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta”.

Aún cuando ya habían transcurrido varios meses después de estos hechos, el debate ante el Tribunal Constitucional no pudo aislarse de aquella situación general que existía en el país, y en donde se advertían interpretaciones muy diversas y encontradas respecto de las causas de esta tragedia y de las responsabilidades consiguientes.

En cuanto a la cuestión debatida respecto de la constitucionalidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, coinciden todas las partes y también el fallo, en que esta norma es una disposición penal de características muy especiales, y que requiere un esfuerzo del intérprete para precisar su verdadero sentido y alcance.

La parte requirente sostiene que la expresión “dejar de cumplir los deberes militares” no está expresamente definida en la ley, por lo que ella viola la disposición constitucional transcrita.

El fallo del Tribunal Constitucional, en el Considerando Séptimo también lo reconoce al citar en forma textual una sentencia de la Corte Suprema que señala: “dicho precepto efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva la norma”. Concluye, sin embargo, la misma sentencia citada, que ahí está definida la esencia de la conducta punible, que es infringir por un militar los deberes que le impone su rango y categoría.

El Ministerio Público Militar sostiene que la norma en discusión es una suerte de “ley penal en blanco legítima”, en cuanto existe una especie de remisión al Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, en donde se describen una serie de conductas que constituyen infracciones a deberes de los militares y que, de acuerdo con el artículo 433 del Código de Justicia Militar, será el juez quien determine los casos y forma en que ellas pueden constituir un delito.

La parte requirente contraargumenta que esa remisión al artículo 433 del Código de Justicia Militar es ineficaz, toda vez que éste constituye, claramente, una ley penal abierta, en cuanto indica que toda falta a la disciplina militar podrá ser castigada también como delito “cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”, sin especificar, de manera alguna, cuáles serían aquellas circunstancias anexas, ni tampoco describe expresamente la conducta que en esas circunstancias específicas será considerada como delito.

El Tribunal Constitucional acepta en los Considerando Octavo y Noveno, básicamente, la tesis del Ministerio Público Militar, concluyendo, después, en el Considerando Undécimo, que esta norma “contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta”.

En efecto, en el Considerando Octavo se concluye que “la calificación de este precepto fluye de dos argumentos doctrinarios. En primer lugar, la expresión “deje de cumplir sus deberes militares” es equivalente a describir el “núcleo central de la prohibición”, *“tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento” (de lo que, se infiere, estaría incluida también la consecuencia de carácter penal)*¹². En el mismo Considerando se agrega

¹²El texto en cursivas es nuestro.

que la segunda fuente doctrinaria para la calificación de este precepto estaría en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, aún cuando se admite, en el mismo Considerando, que a este respecto existen reparos.

Para reforzar su tesis, el Tribunal agrega en el Considerando Noveno que el conocimiento de estas normas, respecto de los deberes militares (y cabe entender, por lo tanto, sus consecuencias de carácter penal), se obtiene por los militares *“desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular”*¹³.

Llama profundamente la atención que el Tribunal Constitucional haya aceptado como válido ese criterio jurídico expuesto por el Ministerio Público Fiscal y que transcribe prácticamente al pie de la letra, utilizando las palabras *“malla curricular”* y *“Escuelas Matrices”*, para construir la configuración de una norma penal, que describiría *“expresamente la conducta”, sobre la base de conocimientos genéricos impartidos a los militares desde su formación en las Escuelas Matrices*¹⁴.

Esta misma tesis la sustenta, con mayor fuerza, el voto de prevención de la Ministra señora Marisol Peña, y también se encuentra no sólo en la presentación del Ministerio Público Militar señalada, sino que en sendos Informes en Derecho acompañados por esa parte.

De ser ratificada y validada aquella posición jurídica, no cabe duda que estaríamos en presencia de una nueva forma, excepcional, de instrumentación jurídica de normas penales, que se aplicaría solamente a los uniformados, en cuanto sólo respecto de ellos cabe entender que se presentan situaciones de conductas que pueden llegar a constituir un delito, en que el conocimiento de la sanción penal prevista para esa conducta proviene de la información que ellos reciben en cada momento de su vida militar, desde su formación en las Escuelas Matrices. Esto querría decir que existe una especie de *“ciencia infusa”* en el mundo militar, que permite que ellos aprehendan, en cada momento de su vida, cuáles son las normas de conducta en que expresamente se contiene alguna sanción penal, puesto que los deberes militares *“son parte de su vida curricular y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense”*. (Considerando noveno)¹⁵.

La teoría anterior también acoge casi a la letra el criterio del Ministerio Público Militar, en cuanto *“los únicos destinatarios de la prohibición, los militares, formados en el conocimiento de la ciencia militar, no pueden sino conocer y comprender el significado esencial de un término que está en el centro de su carrera militar”*¹⁶.

Frente a lo anterior, el voto del Ministro Correa Sutil es particularmente severo en cuanto señala, en primer lugar, que el artículo 299 N° 3 *“no describe ni siquiera el núcleo esencial de una conducta, porque no describe conducta alguna... Las palabras dejar de cumplir sus deberes militares, por sí solas no representan un modo de obrar específico”*. Concluye el Ministro Correa Sutil que además esta norma, en su relación normativa con el artículo 433 del mismo Código, permite que en definitiva sea el Juez Militar quien determine si aquella conducta es o no delito, lo que viola la disposición constitucional mencionada.

¹³El texto en cursivas es nuestro.

¹⁴El texto en cursivas es nuestro.

¹⁵El texto en cursivas es nuestro.

¹⁶Informe en Derecho del abogado Patricio Zapata Larraín.

En el Considerando Undécimo de su voto disidente, el Ministro Correa Sutil analiza algunos conceptos contenidos en el Reglamento de Disciplina que se han aplicado en la causa penal para justificar el fallo de primera instancia, en donde se mencionan virtudes tales como: “amor al servicio”, “honrada ambición”, “gran espíritu de sacrificio”, y otras. Concluye el Ministro: “que un juez quede facultado para sancionar el incumplimiento de virtudes o de estados de ánimo es intolerable para la Constitución, pues el texto fundamental exige, ante todo, que se sancionen conductas, expresamente descritas en la ley”.

Antes, en el Considerando Séptimo el Ministro advierte que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “siempre ha sostenido” la tesis que aquí desarrollamos; esto es, que la Constitución exige que la ley describa, en ella misma, al menos, el núcleo esencial de la conducta.

Coincidimos plenamente con las conclusiones del Ministro Correa Sutil.

Por otro lado, lo que nos parece particularmente grave, desde el punto de vista de la protección de las garantías constitucionales, es el criterio de fluye de la presentación del Ministerio Público Militar, en cuanto se cita a autores que han contribuido, en la ciencia penal alemana, a *desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto* (sic)¹⁷. En función del criterio anterior, concluye la presentación del Ministerio Público Militar, que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar lo que hace es, precisamente, mantener el sistema social militar en su conjunto, de manera que permita el funcionamiento eficiente y eficaz del mismo.

Vale decir, se sostiene que para la determinación de las responsabilidades penales, si se trata de militares, ya no basta sólo con el estudio particular de la conducta de cada uno de los imputados, sino que “hay que desviar la atención del autor individual”, con el propósito preciso de mantener el sistema social militar en su conjunto para que éste funcione de manera eficiente y eficaz. De alguna manera, este enfoque también se encuentra presente en los Informes en Derecho acompañados por esa parte en cuanto se sostiene que “el objetivo buscado... (por la disciplina militar)... es, obviamente, conseguir el logro en la estabilidad funcional de las instituciones armadas, frente al riesgo cierto que representan en el cumplimiento de sus objetivos las eventuales infracciones de deberes, cuando éstos están ligados a la naturaleza de la institución y su finalidad.”¹⁸

Tal criterio también está presente en los Considerandos Octavo a Décimo del fallo del Tribunal Constitucional, que constituyen su núcleo, en donde se expresa, entre otras afirmaciones, que la vida castrense tiene un carácter esencialmente disciplinado, y que los militares tienen la responsabilidad del puesto que ocupan.

Así, siguiendo aquella teoría, podría llegar a estimarse que, siendo los militares un grupo de sujeción especial, en donde la disciplina tiene como por objetivo esencial el logro en la estabilidad funcional, el juez, en casos graves y de alarma pública, podría desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto.

Este pensamiento, tomado de una cierta doctrina alemana, según expresa textualmente el Ministerio Público Militar, merece un rechazo profundo en nuestro

¹⁷El texto en cursivas es nuestro.

¹⁸Informe en Derecho, de los abogados Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Alberto Naudon.

sistema jurídico, pues, como muy bien lo señala el Ministro Vodanovic en su disidencia, el debate doctrinal extranjero sobre esta materia no puede ser trasladado mecánicamente al sistema jurídico nacional, “omitiendo la consideración de los valores y principios que constituyen la base de nuestra institucionalidad, definidos por la Constitución Política”.

Ciertamente, no podemos aceptar que, bajo pretexto de la mantención del orden y de la disciplina de cualquier sistema organizativo del país, o de alguna de sus instituciones, se desvíe la atención de la conducta individual, para configurar, respecto de una persona imputada de un delito, alguna forma de responsabilidad de carácter penal, por razones institucionales o de naturaleza social o política. Ello pertenece a otros sistemas de naturaleza colectiva y fundamentalista, muy lejanos y diferentes al nuestro, que con tanto esfuerzo han contribuido a desarrollar muchas generaciones de ciudadanos en este país, incluso las propias Fuerzas Armadas.

Ahora bien, habiéndose declarado por el Tribunal Constitucional que esta norma “*contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta*”¹⁹ –por lo que cumpliría con los requisitos de la reserva legal que establece el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política– se plantea para el juez la obligación de interpretarla correctamente y de precisar su verdadero sentido y alcance, en los casos en que deba ser aplicada.

¡Menuda tarea!

Para la correcta interpretación de esta sentencia existe, gracias a Dios, el brillante análisis que hacen los dos votos disidentes, recordándonos que “por muy dramático que sea un suceso y repudiable que sea una conducta, el Estado no tiene derecho a sancionar penalmente a una persona, sino en los casos en que la conducta realizada ha sido previamente descrita en la forma y por los medios que la Constitución exige”²⁰, y que, por otro lado, el debate doctrinal extranjero sobre estas materias “no puede ser trasladado mecánicamente al sistema jurídico nacional omitiendo la consideración de los valores y principios que constituyen las bases de nuestra institucionalidad, definidas por la Constitución Política de la República”²¹.

De todo lo expresado, no cabe sino concluir que nos encontramos frente a una sentencia curiosa y sorprendente, la que sólo puede ser calificada como “un fallo más institucional que constitucional”.

JOSÉ LUIS LÓPEZ BLANCO*

¹⁹El texto en cursivas es nuestro.

²⁰Voto disidente Ministro Jorge Correa Sutil. Considerando Décimo Séptimo.

²¹Voto disidente Ministro Hernán Vodanovic. Considerando Tercero.

*Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Belén Moncada Durruty, *Jaime Guzmán. El político, de 1964 a 1980. Una democracia contrarrevolucionaria*. Ril/Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2006 (273 pp.)

En primer lugar quisiera agradecer a Belén Moncada por permitirme decir unas palabras hoy en el lanzamiento de su libro y tesis doctoral titulada "Jaime Guzmán: Una democracia contrarrevolucionaria", cuya lectura ha sido para mí muy grata.

Se hace difícil para una persona como yo –una persona que compartió tantos ideales y proyectos, y también tantos ratos de sana distracción y profunda amistad con Jaime Guzmán– tomar una posición neutra y aséptica sobre lo que se dice en este libro, para hacer un comentario ilustrado y erudito. Al recorrer sus páginas, vienen a mi recuerdo los pasillos de la Casa Central de la Universidad Católica, los inicios del Movimiento Gremial, la tesis de grado que escribimos con Jaime, nuestra participación en la elección presidencial de 1970 y los legítimos temores por el futuro de Chile tras el triunfo de la Unidad Popular, los años del Gobierno Militar, el esfuerzo realizado por dotar a Chile de una nueva institucionalidad, la fundación de la UDI y tantas conversaciones sostenidas a lo largo de los años con el personaje principal de este libro. No es para mí fácil, entonces, hacer un comentario sobre sus principales hipótesis, porque ellas versan sobre una persona y unas ideas que me son muy entrañables, es más, versan sobre parte importante de mi vida misma. Espero que esta confesión sea una verdadera excusa para quienes esperaban de mi intervención un comentario más preciso e ilustrado sobre el libro y sus tesis. Dejo esto a otros, más doctos que yo, que puedan mirar este trabajo desde una perspectiva, si me permiten el término, "menos comprometida".

Hecha esta salvedad quisiera, en primer término, destacar la labor realizada por la autora. Me parece que nadie podrá dejar de reconocer que el esfuerzo desplegado y la seriedad de su investigación recorren todo el libro, más allá de que el lector pueda coincidir o no con todas sus conclusiones.

Es notable, por ejemplo, desde esta perspectiva, el hecho de que una extranjera, que hasta donde sé sabía bastante poco de Chile al embarcarse en este trabajo, haya sido capaz de empaparse de tal modo de nuestra realidad, de nuestros códigos y de nuestra historia. Ella fue capaz de captar, en esencia, el dilema chileno de los 60 y 70, así como los principales desafíos que debió enfrentar el Gobierno Militar. Ella, viniendo de otras latitudes, pudo haber sido una más que naufragara en las marejadas de los prejuicios, pasiones, odiosidades e interpretaciones interesadas y totalmente sesgadas que se han hecho en el extranjero del proceso vivido en Chile.

Desde otro punto de vista, también, destaco su capacidad de adentrarse a través de los escritos, artículos y ensayos que escribió Jaime Guzmán, así como de algunas entrevistas que la autora realizó a personas que lo conocieron, en su manera de pensar y de mirar la realidad chilena. Me parece que, a grandes rasgos, ella es capaz de captar parte importante de su mentalidad.

En fin, quisiera elogiar la rigurosidad intelectual y el esfuerzo desplegado por Belén Moncada para entregar una visión bastante equilibrada de lo sucedido en Chile a partir de los años 60, así como del pensamiento y actividad desplegados

por Jaime Guzmán, fundamentalmente hasta la Constitución de 1980. No cabe duda que, desde esta perspectiva, su trabajo es de por sí un aporte importante y desprejuiciado a la historiografía chilena. Es un trabajo que todos quienes nos dedicamos a la actividad política y que, con mayor o menor intensidad, vivimos esos años, debiéramos leer, no para encontrar coincidencias o diferencias, sino para meditar y para aprender. En efecto, más allá de calificativos o matices que a uno u otro le gustaría ver reflejados, o algunas conclusiones que, en mi opinión, pudieron haber sido formuladas de manera diferente, no cabe duda, que es un libro sereno y ponderado que constituye una importantísima contribución al debate sobre nuestro pasado reciente que todavía se está realizando.

Me parece que la autora, dentro de la seriedad que destaco, logra establecer y probar con bastante acopio de información al menos dos cuestiones que me parecen relevantes destacar hoy. Las destaco, la primera, precisamente, porque se ha tratado de un tema sumamente debatido, mal comprendido y, muchas veces, mal informado; y, la segunda, porque me parece una sugerente mirada al pensamiento de Jaime que, creo, vale la pena explorar y sobre el cual, reconozco, no había reparado con la profundidad que veo en este trabajo y que, me parece, tampoco había visto a otros reparar en él.

La primera de estas cuestiones dice relación con el análisis que ella hace del Movimiento Gremial de la Universidad Católica y las ideas gremialistas de Jaime Guzmán, sobre todo en el Capítulo II, pero sobre las cuales volverá, tangencialmente, en los Capítulos IV y V. En efecto, en este libro ella se hace cargo de la conocida afirmación entre los vínculos que habrían tenido el Movimiento Gremial y Jaime con el corporativismo. Al mismo tiempo, también, aborda este aspecto cuando se refiere a los criterios que él habría tenido al comienzo del Gobierno Militar sobre la nueva institucionalidad que se debía crear para Chile.

Estimo que la autora, como muy pocos entre nosotros, ha abordado este asunto desde una perspectiva muy clarificadora, mostrando la influencia intelectual, innegable, que el Padre Osvaldo Lira ejerció sobre Jaime Guzmán y, por tanto, sobre el núcleo de ideas que constituyeron la doctrina del gremialismo. Pero, al mismo tiempo, es capaz de destacar el hecho de que la adopción de los principios de subsidiariedad y autonomía de los cuerpos intermedios –pilares del Movimiento Gremial de la Universidad Católica– no significaba, a diferencia del corporativismo, considerar que el poder político debía radicarse en las entidades gremiales. Por otra parte, la defensa que hace el gremialismo, desde sus primeros tiempos –como se ve en los artículos universitarios de Jaime–, de los principios de libre iniciativa y derecho de propiedad, así como de una economía abierta y competitiva, son también una clara demostración de las diferencias entre el Movimiento que fundamos a fines de los 60 y el corporativismo.

En buenas cuentas, la autora, con fundamento y acierto, muestra que el gremialismo no fue una nueva cara del corporativismo. Por el contrario, el gremialismo reivindicaba, precisamente, la importancia de los partidos políticos en el ámbito que les era propio en, como señala la autora, “la conformación y organización de la sociedad, como vía de expresión de la pluralidad ideológica de toda sociedad sana” (Cap. II, p. 48). De este modo rechazaba tanto la instrumentalización de los cuerpos intermedios por parte de los partidos políticos, como el que los gremios reivindicaran para sí la representación política de la sociedad. Ambas cosas, agregó, resultaban contrarias a los principios de subsidiariedad, autonomía de

los cuerpos intermedios y libertad de la persona, defendidos por el gremialismo. Otro tanto ocurría en el campo económico, donde el gremialismo defendió, desde sus orígenes, la libre iniciativa y el derecho de propiedad individual.

Por último, cabe destacar, asimismo, que la autora, después de una exhaustiva investigación llega a la conclusión de que no es posible probar, como ha dicho, entre otros, Renato Cristi, que Jaime Guzmán haya tenido una postura claramente corporativista al comienzo en la Comisión Constituyente, para después inclinarse por una posición más liberal. Por el contrario, la evidencia que recoge, tanto de sus intervenciones en dicha Comisión como en la entrevista que la autora realizó a Alejandro Silva Bascuñán, demuestra que Jaime siempre tuvo una posición firme en que se debía avanzar hacia una democracia con sufragio universal y con partidos políticos encargados de la función de gobernar. No es contradictorio con esto el hecho de que Jaime reconociera los posibles vicios y problemas que presentaba una democracia sustentada, únicamente, en el sufragio universal y en la partidocracia, y que buscara mecanismos institucionales destinados a corregirlos. Estas preocupaciones, por lo demás, eran comunes a los otros integrantes de la Comisión Constituyente. En todo caso, estos mecanismos institucionales, para Jaime, sólo tenían sentido, como también lo destaca la autora en el texto, en la medida en que cumplieran con esa función y fueran aceptados o legitimados por la ciudadanía.

En resumen, el trabajo que presentamos me parece que, sobre el tema de los vínculos entre gremialismo y corporativismo, ha sido capaz de desmitificar, mostrando que, en definitiva, el gremialismo y Jaime Guzmán, ya desde los años 60, tenía –y tiene hasta hoy– una diferencia sustancial con el corporativismo.

La segunda de las cuestiones que quisiera destacar del libro que comentamos es el análisis que en él se hace sobre la convicción que Jaime Guzmán tenía que el fracaso del sistema institucional chileno no había sido consecuencia únicamente de la Unidad Popular, sino de un diseño que no se acomodaba a la realidad del Chile de los 70. Belén Moncada muestra cómo Jaime Guzmán pensaba que la democracia chilena estructurada en la Constitución de 1925 era, fundamentalmente, heredera, en sus principales aspectos, de la institucionalidad concebida por Portales en 1833. Es decir, era una democracia que no estaba preparada para enfrentar el ascenso de las masas populares, la incorporación a la vida cívica de grandes masas de ciudadanos y los cambios sociales y económicos que se habían producido en el país. Es en este sentido, entonces, que Jaime Guzmán, desde un comienzo, vio la necesidad de una Nueva Institucionalidad capaz de adecuarse a la nueva realidad, una democracia de masas sólida que tuviera defensas adecuadas, sustentadas en el respaldo ciudadano, contra la demagogia, el totalitarismo, la violencia y la propaganda.

En palabras de la propia autora, “Para Guzmán, en las últimas décadas el cuerpo electoral aumentó sustancialmente, sin que progresara en la medida suficiente el nivel cultural y económico-social de sus integrantes. Por eso la democracia no contaba con uno de los ‘supuestos básicos’ de su estabilidad, que es el compromiso real de las grandes mayorías nacionales con el sistema político imperante. Construir de manera sólida este cimiento constituye, entonces, la tarea del gobierno militar” (Cap. IV, p. 149).

Me parece que esta idea expresada y explicada en su libro es sumamente sugerente, y abre nuevas dimensiones sobre la complejidad del pensamiento de Jaime Guzmán.

Destaco estas dos ideas, porque si ellas no hubiesen estado en Jaime, su principal obra política, la UDI, no existiría o sería muy distinta de lo que es. Ese supuesto corporativismo o cualquier rasgo de él le hubiera impedido dar todo de sí para formar un partido político y conquistar corazones para esa obra, especialmente corazones jóvenes. Por otra parte, la convicción de que era necesario crear una nueva democracia, de masas, de mayorías sólidas, marcó desde un inicio la vocación democrática y popular de la UDI.

Hay también dos aspectos sobresalientes de la vida y personalidad de Jaime, que quedan reflejados a lo largo de todo el libro.

Jaime era un político, una persona que trabajaba con realidades, con limitaciones, que debía ponderar posibilidades, que tenía que analizar la factibilidad de sus sueños y proyectos, para hacerlos realidad. Un político puede ver el futuro, como lo podría hacer un Nostradamus, en una bola de cristal. O puede, usando sus conocimientos, su inteligencia, su capacidad de acción, ver el futuro prospectivamente. Jaime era de estos últimos y el Capítulo IV del libro, del Plan Chacarillas a la Constitución (1977-1980), muestra cómo, en sólo cuatro años, Jaime logró diseñar el camino de regreso a la democracia. Esos cuatro años fueron cortos y fructíferos, los ocho que siguieron desde la aprobación de la Constitución fueron mucho más largos, pero al final el resultado es casi único en el mundo: una transición pacífica desde un gobierno militar a uno civil. Al comienzo de su libro Belén parte diciendo: "La historia reciente de Chile constituye un desafío, no sólo para la historiografía, sino también para el análisis del pensamiento político: Allende al ganar las elecciones, intentó convertir a Chile en un país socialista en el marco de la 'legalidad capitalista'. Por otro lado, la dictadura de Pinochet, con enorme poder, decidió autolimitarse constitucionalmente y someter la continuidad de su presidente a un plebiscito. Ella misma, tratándose de una dictadura, estableció las fases para su disolución..." (Introducción, p. 16).

Pero Jaime, junto con ser un político, era uno que pensaba. Que elaboraba ideas y las aplicaba a una realidad concreta. Jaime puso en sus obras, sea el Movimiento Gremial, la Constitución Política de 1980 o la UDI, el sello de un cuerpo de ideas. No siendo un teórico, ni pretendiendo filosofar sobre el hombre y la sociedad, Jaime buscó siempre un sustento racional para sus acciones y planteamientos. Esa doctrina, ese cuerpo de ideas, que partieron por afirmar la libertad del hombre y de sus organizaciones intermedias frente al poder excesivo del Estado, en los sesenta y setenta; la formulación del principio de subsidiariedad; la defensa de la libertad económica; la necesidad de crear una nueva democracia, adecuada a la sociedad de masas en que vivimos hoy; una definición explícita del bien común, incorporada en la Constitución como una finalidad que el Estado debe procurar; la mayor participación de lo que hoy día se llama "la sociedad civil", dejando sí el poder político en manos de los partidos políticos, y muchos otros conceptos elaborados por Jaime que Belén recoge en su libro, dan cuenta del cuerpo de ideas en que se funda esta "democracia contrarrevolucionaria". Quisiera en este punto manifestar una discrepancia con una de las conclusiones que se exponen en bajo el epígrafe de "La Institucionalidad Guzmaniana". La variedad y complejidad de las ideas de Jaime Guzmán pone en entredicho una conclusión de la autora en cuanto a que se habría instrumentalizado la democracia para servir exclusivamente a la libertad económica. Este será seguramente un tema de discusión entre los analistas, pero lo que no será puesto en duda es que

el conjunto de estas ideas fueron un aporte notable para el desarrollo del Chile moderno y, desde luego, constituyen algo nuevo en la derecha chilena, que nunca antes pudo exhibir cuerpo doctrinario tan nítido y sólido como éste.

Ya en la página 47, Belén cita a Jaime cuando éste definía al hombre como “un ser sustancial con destino eterno, mientras que el Estado es un ser relacional, que deriva de la dimensión social del hombre y perecedero. Puede haber hombres sin Estados, pero no puede haber Estados sin hombres.”

Dicho eso en 1965, no cabe duda que Jaime estaba destinado a crear una concepción política muy distinta a los vientos que corrían en esos años.

Jaime fue un político y un hombre de ideas y ambos aspectos son plenamente desarrollados en el libro. Pero, para una mejor comprensión de esta obra que presentamos –y de cualquier otro libro que se escriba sobre Jaime–, hay que recordar la profunda vinculación que tuvo en la vida, obra e ideas de Jaime Guzmán, la fe y la convicción que tenía de estar actuando según se lo indicaba su fe. Por ello, nada de lo que hacía o decía era improvisado o fruto del azar. Jaime, como todo ser humano, podía acertar o errar, pero las cosas que hacía, las obras que emprendía, tenían siempre un propósito, una finalidad última. Esta misma característica de ser profundamente religioso hizo que Jaime tuviera una vida espiritual muy activa y que le diera a su acción política el sentido de un verdadero apostolado, lo que explica también otra de las muy notables herencias que dejó Jaime: los cientos de jóvenes formados por él, en estas ideas y en el servicio público.

Permítanme terminar con una última reflexión sobre Jaime que no tiene que ver con el libro, pero cuya lectura me ha hecho recordar y que, estimo, en los tiempos que corren en la política nacional, es muy relevante. Lo más admirable de Jaime, lo más impresionante, lo que más conquistaba a las personas, no era tanto su inteligencia prodigiosa, ni su oratoria, ni su lógica, ni siquiera diría que la novedad de sus planteamientos, lo más impactante era su capacidad de decir aquello en lo que creía sin ningún miedo a ser impopular o a que lo abuchearan. La verdad la decía no midiendo consecuencias sino que actuando siempre según sus convicciones. Esto era lo más admirable en él, lo que lo hacía tan invencible para sus adversarios. El, a pesar de su físico, de su debilidad aparente, era un valiente, era un hombre de un coraje único, y eso era lo más impactante.

¡Cómo necesitamos en la política nacional a hombres como Jaime! ¡Cómo te necesitamos, Jaime!

Gracias Belén, por la invitación, gracias por permitirme revivir mi historia, gracias por venir a Chile y escribir sobre ese hombre extraordinario que fue Jaime Guzmán.

JOVINO NOVOA VÁSQUEZ*

*Senador de la República. Presentación del libro de Belén Moncada Durruty, *Jaime Guzmán, una democracia contrarrevolucionaria*. Ril/Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2006, efectuada en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás el 12.1.2007.

Pietro G. Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2005. (132 pp.).

Profesor ordinario de Derecho Público en la Universidad de Pavía desde 1971 y Presidente del Instituto Internacional de Estudios Europeos “Antonio Rosmini” de Bolzano, Pietro Giuseppe GRASSO es actualmente el decano de los iuspublicistas italianos. Cercana ya la fecha de su jubilación administrativa, la editorial Marcial Pons publica la primera traducción castellana de uno de sus libros en la prestigiada colección “*Prudentia iuris*” que dirige el profesor Miguel Ayuso.

La obra en comento contiene una introducción y dos ensayos. En ellos, Grasso efectúa un inquietante e inquisidor análisis del constitucionalismo continental europeo de principios del siglo XXI. El primer ensayo se titula “*El Derecho Público a la luz del Derecho Natural*”, mientras que el segundo “*El Constitucionalismo más allá del Estado y de la teoría general del Derecho Público*”. En ambos trabajos, Grasso trabaja con los conceptos y categorías propias del constitucionalismo continental surgido a partir del siglo XVIII y no con aquellas que son propias del constitucionalismo anglosajón. Esto es expresamente reconocido por el propio autor (p. 25).

Esta distinción es sumamente fundada. Las fuentes históricas y el sustento doctrinario de ambos tipos de constitucionalismo los hacen esencialmente distintos. Así—de acuerdo a Pereira Menaut—mientras las constituciones anglosajonas poseen un carácter no-estatista, privatista, judicialista y pragmático, las de raigambre continental tienen una naturaleza estatista, autónoma, no-judicialista e ideológica¹. De allí que ambas deban ser estudiadas de acuerdo a parámetros diversos.

En el primer ensayo, Grasso afirma que el constitucionalismo continental habría sido concebido por sus autores como un mecanismo de sustitución del Derecho Natural. Se habría erigido, pues, como la máxima expresión del “positivismo jurídico”. Esto permitió concebir al Derecho Constitucional de acuerdo a criterios puramente apriorísticos y excluyentes de toda consideración valórica o metafísica. De allí que el mismo constitucionalismo hubiese constituido la herramienta jurídica esencial dentro del proceso secularizador europeo que se iniciara en la Europa de mediados del siglo XVIII.

En ese sentido, resulta interesante la ligazón que Grasso establece entre absolutismo y constitucionalismo. Los juristas que sirvieron a los monarcas ilustrados habrían buscado configurar un nuevo orden jurídico que excluyera toda consideración trascendente. Para ello se sirvieron de los conceptos de Estado y soberanía, los que permitieron generar por medio de la ley una institucionalidad de carácter racionalista, inmanente y cerrada a cualquier referencia heterónoma (Derecho Natural y costumbre).

Estos mismos elementos—Estado, soberanía, racionalismo y ley—fueron utilizados posteriormente por la revolución francesa. Sin embargo, la revolución habría agregado otros elementos adicionales propios: la división de poderes y las declaraciones de derechos, todo ello reforzando el “*distanciamiento de lo transcendente*” (página 38) propio del período inmediatamente previo².

¹Véase: Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial Cono Sur, Santiago, año 1998, 18-22.

²León Duguit, constitucionista de orientación positivista, afirmaba que “*Esos derechos [los naturales] los rechazo enérgicamente, porque son conceptos metafísicos a priori que no*

A partir de la anterior estructuración, se comienza a desarrollar una serie de críticas al constitucionalismo de carácter continental post-revolución francesa. Dichas críticas apuntan a la imposibilidad práctica de crear regímenes políticos apriorísticos –si no recuérdese tan sólo la efímera existencia de la nuestra Constitución moralista de 1823– y a la existencia de antinomias tanto en los catálogos de derechos fundamentales como en el concepto mismo de democracia.

En relación al catálogo de derechos, Grasso señala la imposibilidad conceptual de armonizar ciertas clases de derechos, como los derechos “*de libertades individuales*” con los “*derechos sociales*”. Esta imposibilidad conceptual –y práctica, agregaríamos nosotros– ha obligado a las clases dirigentes a buscar “soluciones” por medio de “pactos” tras los cuales subyace la idea de un falso “pluralismo moral”. De allí que esos acuerdos tengan como eje central la pura conveniencia política y excluyan toda referencia a la ley natural³.

En ese sentido, es importante destacar un tema que el autor trató en la introducción del libro y que después parece referir tácitamente a lo largo de éste: la necesidad de fundamentar racionalmente no sólo los esquemas políticos de gobierno, sino también los derechos fundamentales reconocidos en los diversos cuerpos constitucionales. Sobre todo en un mundo en que el único criterio sostenible parecería ser la pura efectividad del sistema. Ello constituiría, de acuerdo al autor, una traición al propio modelo constitucional, por cuanto “*tan radical renuncia a todo conocimiento teórico de por sí señala una separación con respecto a las visiones ideales que informaron los orígenes del constitucionalismo liberal, con particular referencia a los derechos humanos*” (p. 21).

Por otro lado, Grasso enfrenta la noción de democracia hoy imperante en los ordenamientos liberal-democráticos europeos. Ésta se fundaría en la “soberanía popular”, concepto absolutamente antropocéntrico e inmanente que no encuentra otra regla que el mismo hombre. Es particularmente certera la crítica hacia un modelo de democracia que “*se concibe (sólo) como un proceso político, determinado por un conjunto de reglas, instrumentos, métodos e instituciones, más que en relación a determinados fines*” (p. 48). Esta confusión entre “medios” y “fines” permite construir, precisamente, una definición de totalitarismo. Así lo entendió, entre otros, el propio Benedicto XVI, quien indicó que lo propio del totalitarismo es “*absolutizar lo relativo (los medios) y relativizar lo absoluto (los fines)*”⁴.

pueden servir de fundamento a un sistema político positivo”. Véase: Duguit, León, *La Transformación del Estado*, traducción de A. Posadas. Librería de Fernando Fe. Madrid. 1904, 194.

³En ese sentido, el profesor Zúñiga Urbina señala –explicando los alcances del pensamiento de Norberto Bobbio, uno de los íconos de la democracia liberal de carácter continental– que “*En cuanto a las modalidades de decisión, la regla fundamental en la democracia es la regla de la mayoría y la garantía de determinados derechos políticos que posibiliten la elección entre alternativas reales, constituyéndose estos derechos en reglas preliminares que permiten el juego*”. Véase: *Democracia y socialismo en Bobbio: en la senda de los clásicos*, en Colección Estudios N° 1, Corporación Cives. Santiago. 2006, 6.

⁴Esta misma idea fue repetida por BENEDICTO XVI en su discurso de 20 de agosto de 2006 en la vigilia del encuentro mundial de jóvenes en Colonia, Alemania. Allí señalé que “*La absolutización de lo que no es absoluto, sino relativo, se llama totalitarismo. No libera al hombre, sino que le priva de su dignidad y lo esclaviza*”. Véase: www.colonia2005.cl/discursos/papa08.html [fecha de consulta: 14 de febrero de 2006].

El autor culmina el primer ensayo con un breve análisis acerca de las interpretaciones de las declaraciones de derechos conforme a la doctrina social de la Iglesia. En primer lugar, afirma que el reconocimiento que el magisterio ha efectuado en relación a ciertas garantías como la libertad religiosa, es más bien una “*convergencia de hecho*” que no implica en caso alguno la aceptación tácita de los presupuestos propios de un liberalismo inmanente y secularizador. Dado que la Iglesia disiente de los fundamentos de esta clase de liberalismo, se torna muy complejo y difícil formular una interpretación que permita armonizar ambas concepciones del hombre y de la sociedad. El autor concluye que insertar argumentaciones trascendentes a estructuras propias del positivismo jurídico es un método que claramente no responde a las directrices propias del Derecho Natural.

En la segunda parte del libro, el autor desarrolla el ensayo titulado “*El constitucionalismo más allá del Estado y de la teoría general del derecho público*”. A partir de una premisa básica—que el fenómeno que supone la Unión Europea altera profundamente los paradigmas clásicos del constitucionalismo— el autor elabora una serie de inteligentes reflexiones acerca de lo que ha sido el derecho constitucional de raíz continental y los fundamentos históricos, culturales e ideológicos que lo han sustentado. Dos de aquellos fundamentos han sido la exaltación del Estado como fenómeno jurídico y la consideración de la soberanía como fuente única de su poder.

Ambos elementos, a juicio de Grasso, han sido dramáticamente alterados tras la Segunda Guerra Mundial. El surgimiento de estructuras supranacionales “abiertas” (como las Naciones Unidas) o “cerradas” (la Unión Europea y la OTAN) ha significado aceptar una disminución de las competencias propias de los Estados nacionales y la consecuente limitación de su propia soberanía. Ahora bien, ¿podrá el constitucionalismo clásico servir como instrumento organizador de esta nueva etapa histórica? El autor cree que no, ya que, básicamente, “*no exist(iría) una organización unitaria del poder con capacidad de decisión política y un derecho público propio*” (p. 112). Asimismo, agrega que “*Es problemático continuar aplicando esquemas viejos a hechos reales nuevos e imprevistos*” (p. 103). A continuación, Grasso parece vislumbrar como solución a tan complejo problema el retorno a una referencia metapositiva que permita unir realidades particulares diversas (p. 125). Sin embargo, ya en las conclusiones, el propio autor es bastante pesimista en esperar un renacimiento del Derecho Natural a la luz de los antecedentes político-internacionales de la actualidad, por lo que únicamente habría que esperar que alguna superpotencia dirija y ordene al mundo de acuerdo a criterios liberal-democráticos.

La obra reseñada destaca por la agudeza y profundidad con que el autor trata los diversos temas. Sin embargo, se echa un poco de menos alguna alusión mayor al fenómeno del “*neoconstitucionalismo*”, importante corriente del Derecho Constitucional continental de la posguerra que—de la mano de autores como Dürig o Bachof— ha superado las corrientes más extremas del positivismo constitucional. En efecto, tales autores reconocen y valoran la idea de que el Derecho Constitucional contemporáneo opera muchas veces con conceptos preconfigurados metafísicamente⁵.

⁵Para profundizar en torno al neoconstitucionalismo, véase: Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Editorial Comares. Granada. año 2005.

Cerremos este breve comentario celebrando la traducción del texto en cuestión a la lengua de Cervantes, por cuanto autores críticos como GRASSO permiten de forma progresiva incentivar el debate en torno a los grandes conflictos jurídico-éticos de la sociedad del siglo XXI y juzgar seriamente la validez y legitimidad de los presupuestos sobre los que descansan las instituciones políticas del mundo contemporáneo.

GONZALO CANDIA

Fundación de la Prensa, *Ética y derecho. Manual para periodistas*. Gráfica Puerto Madero. Santiago de Chile. 2006 (208 pp.).

Destinado al perfeccionamiento de los periodistas –tarea ciertamente urgente– este *Manual* trata de orientar a estos profesionales de la información (que, a veces, por motivos políticos e ideológicos más parecen serlo de la desinformación) en materias jurídicas y éticas, que la política les depara en sus tareas diarias. Dividido en 12 secciones enfocan temas como libertad de información y opinión; derecho de respuesta; honor e información; injuria, calumnia y desacato; vida privada e información; imágenes; acceso a la información pública; proceso judicial e información, entre otros. Útil aparece la referencia a la legislación y las sentencias judiciales en la materia; un índice temático facilita muy claramente la consulta de los temas.

Eugenio Evans Espiñeira – María Carolina Seeger Carrols, *Derecho eléctrico*. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2006 (607 pp.).

El profesor Evans había dado en el 2003, bajo el mismo sello editorial, una obra con el mismo título; esta vez, en coautoría da un volumen muy ampliado y bastante completo sobre el régimen jurídico de la actividad eléctrica en Chile, en una perspectiva básicamente descriptiva, para ilustrar a quienquiera adentrarse en el tema.

Sabido es que Chile ha sido el pionero en la regulación jurídica de esta actividad, especialmente en su régimen de tarifas, instaurado en el gobierno del Presidente Pinochet Ugarte, con la modificación del DFL 4/1959, en 1982, a través del DFL/Minería N° 1, de 13.9.1982, e incluso ha servido de modelo a otros países.

La obra se inicia con un muestreo de la estructura del sector eléctrico, la concesión eléctrica (que en puridad es una “autorización”, ya que la actividad es privada legalmente y no pública estatal), permisos y servidumbres eléctricas, la explotación del servicio, los centros de despacho económico de carga, la transmisión, precios y tarifas (sistemas eléctricos), interconexión, potencia firme, panel de expertos, y Superintendencia (órgano de control); una bibliografía concluye el estudio. De gran utilidad práctica.

Jorge Precht Pizarro, *15 estudios sobre libertad religiosa en Chile*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile (274 pp.).

Especialista el autor en Derecho Eclesiástico¹, esta obra reúne estudios que a través de los últimos años ha venido realizando a raíz de ciertas políticas que los gobiernos de la Concertación de Frei Ruiz-Tagle y especialmente Lagos Escobar, 1994-2006, han promovido sobre la ley de iglesias y divorcio vincular. Se inicia

¹Vid. reseña de su *Derecho eclesiástico del Estado de Chile* en *Ius Publicum* 6/2001, 253-254.

con un capítulo sobre la llamada “libertad religiosa” (que tanta discusión y polémica tuvo en el Concilio Vaticano II), luego aborda el tema en la Constitución de 1980, y la eliminación de la invocación a Dios Todopoderoso en la Reforma del 2005/Ley 20.050 (eliminación a todas luces inconstitucional); en los capítulos 4º a 6º analiza diversos aspectos de la ley 19.638, sobre iglesias; luego, la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas; el obispado castrense, y el secreto religioso, para concluir capítulos 10º al 15º con varios análisis sobre la ley de divorcio 19.947, un hito, ciertamente, en la destrucción de la familia, con la introducción de ese “cáncer” como le llamara Juan Pablo II, en su Discurso de Rodelillo (Viña del Mar) el 2.4.1987 (Nº 8), y en que la ley llega al extremo de establecer el simple “repudio” unilateral.

Un riguroso estudio jurídico, con amplio dominio de la materia, en temas muy poco (o nada) transitados por los juristas en Chile, y muy provechoso para todos quienes se interesan por la religión y su estatuto jurídico, y el culto que es debido a Dios (y entre nosotros al Dios de Jesucristo), dada nuestra tradición cristiana que nos viene desde los primeros misioneros venidos a Chile ya con Pedro de Valdivia /1541.

Carolina Pinto, *UDI. La conquista de corazones populares (1983-1987)*. A y V Comunicaciones. Santiago de Chile. 2006 (223 pp.).

Investigación histórica de uno de los fenómenos políticos más sorprendentes de fines del siglo pasado, como es el surgimiento de una agrupación política fundada por gente joven –universitaria bajo el alero inspirador de un profesor universitario igualmente joven, Jaime Guzmán– que dedicados a elevar el nivel cultural de habitantes de poblaciones pobres periféricas de Santiago, e inspirados en el pensamiento cristiano católico, infundieron en esos pobladores un hábito espiritual de superación, que difundido también en provincias permitió a sus líderes ocupar cargos de alcaldes y concejales, y luego parlamentarios, hasta convertirse en el partido mayoritario del país.

La obra que reseñamos se inicia con la reestructuración del espectro político entre 1973 y 1988; continúa con la consolidación del gremialismo universitario (liderado por Jaime Guzmán) fuera de este ámbito, para conformar un movimiento político popular sobre la base de un departamento poblacional, que disputara palmo a palmo las poblaciones al comunismo, sobre la base de libertad y autonomía, trabajo que concluyera en muchas de ellas con la victoria, como la que particularmente estudia la autora ocurrida en un campamento ubicado en el límite de las comunas de La Granja y San Bernardo.

Trabajo arduo por la economía de documentos si bien muy rico en testimonios personales, incluso de gente que conoció a los primeros mártires, asesinados por miembros del partido que vio amagados sus poderes sobre gente que se alejaba de ellos al ver que podían ser libres y no subyugados por una ideología totalitaria que explotaba su pobreza en vez de elevar su nivel de vida tanto material como espiritual, como era la inspiración de estos jóvenes que no buscaban el interés propio sino el bien de ellos.

Aun cuando termina la obra el año 1987, un testimonio irrefragable de la labor de esos jóvenes se pudo comprobar con la elección como senador por Santiago, de Jaime Guzmán, venciendo en limpia lid a su contrincante Ricardo

Lagos Escobar, y sobre todo en el funeral del mismo Guzmán, asesinado un 1º de abril de 1991, por el terrorismo marxista, al salir de la Universidad Católica, terminada su clase de Derecho Constitucional, en el campus Oriente, calle que lleva su nombre; en dicho funeral, por cuerdas y cuerdas abarrotadas de gente pobladora de escasos recursos, se pudo comprobar palpablemente cómo la actividad de esos jóvenes y de su líder había calado hondo en sus corazones, para acompañarlo a pie hasta el camposanto.

Antonio Pedrals, *Ensayo de serenidad. El profesor universitario en el mundo actual*. Edeval. Valparaíso. 2006 (166 pp.).

Referido a nuestro Chile, el profesor Pedrals, catedrático de teoría del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso y su actual Decano, entrega al público unas consideraciones tanto amenas como profundas de la labor y entorno de este “especimen” tan peculiar que es el profesor universitario. Meditaciones de una realidad que conoce por más de 30 años, realidad especialmente porteña pero también trasladable sin variaciones a cualquier sector geográfico de nuestro país. Enfoca, así, temas como el mundo hoy, ideales, la “communitas”, personas, un tema marginado (personalidades raras o extrañas), directivos, ars vivendi, autenticidad, el camino personal, etc. En un apéndice, “problemas”, hace observaciones sobre los problemas actuales, para poder superarlos, como el individualismo, el hedonismo, el materialismo, antagonismos, apremios, problemas laborales, pedagogía insuficiente, adicciones, como asimismo, más ampliamente, la desnaturalización del arte (feísmo, etc.), pérdida del sentido de lo sagrado (fascinación del mal), desregulación ética, pérdida del sentido de la verdad (relativismo, reino de la mentira), crisis jurídica (pérdida del sentido de la justicia), déficit de formación personal, trivialización del mal, etc. En un segundo Apéndice “Caminos”, el autor propone soluciones, breves, para lograr unidad y, sobre todo, respeto por nuestros semejantes.

Una obra amena, escrita con pulcritud, sobre una realidad que vemos diariamente, y que por ser cotidiana a mucho los embriaga o simplemente embota impidiendo luchar para hacer la vida y la convivencia más humana, sobreponiéndose con constancia, y perseverantemente para imbuir en nuestros alumnos ideales de concordia y paz jamás transando con la mentira, el engaño y la corrupción.

Autores Varios (J.D. Terrazas P. editor), *Caminos romanos. Estudios en homenaje a Francisco Samper Polo*. Universidad Andrés Bello/A y V Ediciones. Santiago de Chile. 2006 (488 pp.).

No suelen ser frecuentes en Chile estas obras-homenaje a un catedrático; de allí que no podamos dejar de agradecer a quienes idearon este libro, tan bien editado y de tan cuidada presentación y contenido, y tan justo para rendir tributo a un insigne romanista chileno –el primero de una lista que aún continúa afortunadamente²– que tras larga carrera académica en España volvió a Chile hace ya

²Por mencionar a Guzmán Brito, Soza Ried, Lazo, Amunátegui, Carvajal, etc.

más de una década y media para integrarse a universidades chilenas, como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Andrés Bello y la Santo Tomás (desde el inicio de su Escuela de Derecho, allá por 1993). Autor de numerosos artículos monográficos de su especialidad, particularmente conocidos en Chile han sido su *Derecho Romano* (con varias ediciones, en España desde 1974, y en Chile su 3ª edición de Ediciones Universidad Católica de Chile. 2003), y su traducción, estudio preliminar y notas de las *Instituciones de Gayo* (Editorial Jurídica de Chile. 1999). De la obra destacamos tres trabajos del propio Samper, Finalidad de la enseñanza romanística, Programa de derecho romano y Sobre los problemas de la investigación romanística; El pacto de reserva de dominio y sus antecedentes romanos (E. Valiño); Dare ob rem (A. Guzmán Brito); Las ficciones legales y algunas figuras afines (A. Luna); El fideicomiso en el derecho romano (J.D. Terrazas); Successio y adquisitio (M. de los A. Soza Ried); Los esponsales en la obra de Plauto (C. Amunátegui); Las garantías bancarias abstractas en el derecho romano justiniano (P. Carvajal Ramírez) e Influencia del cristianismo en la evolución del derecho romano, hacia el derecho natural en materia de relaciones de familia (M. Correa Bascuñán).

El Porvenir de Chile, *La familia, ¿es posible un país sin ella?* (2ª edición). Editorial Verum. Santiago de Chile. 2006 (183 pp.).

Obra original de S.O.S familia, entidad española profamilia y provida, es una adaptación a nuestra realidad, que trata de los ataques que de modo tan arteros como sostenidos los corifeos del mal dirigen hacia la familia, el matrimonio monógamo e indisoluble, y la mujer como alma de la familia y de la sociedad que es.

Dividida en cuatro partes, aborda El ataque a la familia, una marea negra; Cómo defender la familia; Los trascendentales de la familia (unicidad, verdad, bondad y belleza de ella); Embestida sicológica y cultural contra la familia y la vida, en donde se analiza, entre otros, la erosión de la familia y de la sociedad; las palabras hechiceras; el colectivismo sexual; bondad, tolerancia y complicidad; otros eslógans.

La cuarta parte está dedicada a las acciones eficientes y concretas para actuar, respecto de las leyes e instituciones en un régimen democrático, y respecto de la opinión pública. En Apéndice y de modo breve se tratan algunos de los problemas más actuales que atacan a la familia: el divorcio (cáncer de la familia), contracepción (píldora asesina), aborto, eutanasia, reproducción artificial, clonación, eugenesia, pornografía, sida, telebasura, adicciones, etc.

Escrita en forma amena y con afanes de divulgación, pero con rigor intelectual y sólida fundamentación, es muy útil para quien se interesa sobre esta verdadera guerra total que desde hace décadas la ideología marxista gramsciana incluso desde organismos internacionales han desencadenado en contra de tres bases sagradas para toda comunidad, como son la familia y el matrimonio, la mujer en su función irremplazable de gestora de vida, y la criatura que está en el seno materno desde su misma concepción. Defenderlas es defender el futuro mismo de la humanidad y de la sagrada dignidad ontológica de la persona humana.

Juan de Dios Vial Larraín, *La vía de la verdad. El discurso de la metafísica*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2006 (179 pp.).

Una de las figuras más relevantes de la filosofía de Chile, muestra en esta obra, una vez más, su preocupación fundamental, especialmente en estos últimos años, como es volver a la metafísica o filosofía primera, esencia de la filosofía. Ya en 1997 escribía “Estructura metafísica de la filosofía”, y 10 años antes daba a luz “Una ciencia del ser”, sobre fundamentos aristotélicos; ahora, retomando sus estudios sobre la “Metafísica cartesiana”, de 1971, en esta obra se dedica toda su primera parte al estudio de las “Meditaciones metafísicas”, de Descartes, abordando lo que estima las ideas fundamentales de la unidad que edifica esas “Meditaciones”, a saber, el vínculo entre la libertad de la inteligencia y la verdad; la unidad esencial entre el pensamiento y el ser como identidad de una diferencia, o sea la dimensión ontológica del pensamiento; la sustancia del pensamiento en la naturaleza del hombre, y el horizonte del pensamiento como realidad actual infinita. La segunda parte estudia el ser real en la metafísica de Aristóteles, la aperccepción trascendental kantiana, y la ontología cartesiana.

Particularmente recomendamos su estudio sobre el ser real en la “Metafísica” de Aristóteles; el Estagirita concebía la *sabiduría* como una ciencia de carácter teórico acerca de principios, y su pregunta básica es ¿cómo se constituye la verdadera sabiduría? Una exhortación para descubrir un nuevo modo de saber, una actividad originaria de la inteligencia; en este capítulo, con maestría, Vial Larraín va mostrando esa nueva ciencia en sus caracteres o notas, y que no es sino “lo que es en cuanto es”/“el ser en cuanto ser” (1003a. 21), y su núcleo como ciencia del ser reposa sobre la idea de *sustancia*, y la de *acto*³.

Un hito importante que se agrega a la ya maciza obra intelectual de quien ha hecho relevantes aportes al estudio de la filosofía en Chile.

Patricia Astorquiza Fierro, *El hombre, la virtud y la educación*. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2006 (143 pp.).

Doctora en filosofía por la Universidad de Barcelona, discípula de los profesores Forment y Alsina, de la Balmesiana catalana, la profesora de antropología y ética de la Universidad Santo Tomás, colaboradora de nuestro *Ius Publicum*⁴, aborda en esta obra el estudio de la educación moral en Santo Tomás de Aquino, en sus fundamentos antropológicos y en los medios formativos para ello.

En su Primera Parte analiza la naturaleza de la persona humana, una unidad jerárquica de lo múltiple, en sus dimensiones física y vegetativa, en su dimensión sensitiva, y en su dimensión racional (que constituye la “diferencia específica” de lo humano), punto este último en el que analiza el conocimiento intelectual de lo humano, y la voluntad o “apetito intelectual” (concepto del bien, la libertad, la elección libre del mal); la mutua relación de las potencias, y finalmente el ser humano como “persona”; un segundo capítulo se dedica a la felicidad y perfección del ser humano, y las virtudes. La Segunda Parte estudia los medios formativos y la

³Cómo no recordar aquí del mismo Vial Larraín *La filosofía de Aristóteles como teología del acto*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1980.

⁴Vid. su *Pasión, virtud y amor al bien. Acerca de la esencia de la virtud y de su relación con el amor rectamente ordenado*, en *Ius Publicum* 17/2006, 27-37.

educación moral en el Doctor Angélico: la concepción tomista de la educación⁵, la necesidad del ser humano de recibir una educación moral para su perfección como persona (adquisición y desarrollo de las virtudes), y los medios formativos. Una conclusión y bibliografía sobre el tema cierran la obra.

Un estudio que revela el manejo de las fuentes tomistas y su comprensión en esta materia de la educación de las virtudes a la juventud estudiosa, y de gran utilidad práctica en una época en que el individualismo y el hedonismo materialista parecieran ahogar todo deseo de perfección para volcarlo en los demás.

Alejandro Romero Seguel, *La acción y la protección de los derechos* (Curso de derecho procesal, tomo 1º). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006 (128 pp).

El autor, que ha dado ya muestras de una saludable constancia académica, produciendo obras de calidad en su disciplina⁶, nos da a conocer el inicio de lo que será, sin duda, un valioso *Curso* de derecho procesal. En este tomo 1º, con clara originalidad, inicia el estudio de la disciplina centrándolo muy certeramente en la persona humana y la defensa de sus derechos, lo que se hace a través de “acciones”; de allí que este comienzo parte con el estudio del derecho a la acción, que es tanto como decir “el derecho a la protección de los derechos”, como la Constitución lo plantea en tanto derecho fundamental en su art. 19 N° 3 inc. 1º. Así, en la Primera Parte, capítulo I analiza Romero el contenido del derecho a la acción (como derecho público subjetivo, acción y tutela del derecho, la accionabilidad, la excepción y los preceptos procesales). El capítulo II está dedicado a las acciones y el tipo de tutela jurídica que persiguen (condena, declarativa, constitutiva y jactancia). Su capítulo III aborda la tutela anticipada (v.gr. precautorias) y la tutela preventiva. La tutela cautelar es objeto del capítulo IV (elementos, contenido, las medidas precautorias y la contracautela); los capítulos V y VI versan sobre los límites en el ejercicio de la acción y las relaciones entre acciones (identidad, conexión, prejudicialidad, accesoriadad, concurso, incompatibilidad y acumulación), respectivamente. La Segunda Parte la dedica el autor, en tres capítulos, a la legitimación como componente del derecho de acción (condición de la acción, su tratamiento procesal y el litisconsorcio necesario).

Un tratamiento muy riguroso, amplio manejo de la literatura del tema tanto de autores extranjeros como chilenos, con explícito tratamiento en nuestro derecho, y referencia constante a la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, hacen de esta obra (que modestamente aparece como Manual para estudiantes de Derecho) un utilísimo instrumento de estudio no sólo para quienes se inician en el derecho procesal sino también para abogados de ejercicio profesional, que podrán profundizar muy provechosamente los temas tratados.

⁵Que es lo que se trata de plasmar en la enseñanza dada por la Universidad Santo Tomás.

⁶V.gr. *La acumulación inicial de acciones*, que comentáramos en *Ius Publicum* 6/2000, 258; *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*, comentada en *Ius Publicum* 10/2003, 242-243; y *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004.

*Sección a cargo del Profesor E. Soto Kloss.

I. CHILE

Actualidad Jurídica – Universidad del Desarrollo, N° 15/2007.

Destacamos La imprevisión (B. Caprile); De la adjudicación en los contratos administrativos (I. Aróstica); Acto u omisión ilegal en el artículo 20 inc. 2° de la Constitución ¿una reforma inútil? (E. Soto Kloss); Principios limitadores del ius puniendo estatal y la expansión del derecho penal (E. Novoa A.) e Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado (R. Campusano/P. Moraga).

Ars boni et aequi – Universidad Bernardo O’Higgins, N° 2/2006.

De interés, La democracia “tecnificada” en la Constitución de 1980 (J. van de Wyngard M.); Un diagnóstico del derecho penal militar (S. Cea C.); La familia ante el derecho internacional (H. Llanos M.) y La familia y el derecho del trabajo (C. Poblete J.).

Entheos – Universidad de las Américas, N° 5/2006.

Destacamos Las bases de la institucionalidad constitucional (R. Burmeister V.); Nuevas atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados ¿a medio camino? (M. Brunet B.); El derecho a la vida y la pena de muerte en el ordenamiento constitucional chileno (M. Henríquez V.); Protección al consumidor y procedimiento ante los Juzgados de Policía Local (S. Villalobos R.) y Las nulidades procesales en el nuevo Código Procesal Penal (M. Muñoz R.).

Revista de Derecho – Universidad Austral de Chile, vol. XIX, N° 1/2006.

De interés, Sobre la fundamentación radical de la naturaleza humana y de los derechos humanos (J.O. Cofré L.); La tutela jurisdiccional de la libertad sindical (E. Caamaño R.); La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno (E. Cordero Q.); La revocación de los actos administrativos [en España] (A. Fortes M.) y El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán (M.L. Escalada).

Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte/Coquimbo, vol. 13, Nº 1/2006.

Destacamos Formas de fundamentar la unidad política. La recepción de Aristóteles por Tomás de Aquino frente a San Agustín y el agnosticismo (H. Herrera A.); La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos (H. Nogueira A.); Disidentes y nuevos disidentes. El matrimonio civil y el matrimonio canónico en Chile republicano (J. Precht P.); La responsabilidad del Estado chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos (M. Viñuela H.) y De nuevo sobre la naturaleza de la responsabilidad de la Administración del Estado (C. Rojas C.).

Revista de Derecho – Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI/2005.

De interés El tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político (A. Bronfman); La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República (E. Aldunate); Alvaro D'Ors, una aproximación a su obra (R. Domingo); Acciones de interés individual en protección al consumidor en la ley 19.496 y la incorporación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos (J.L. Guerrero); Un concepto orsiano de constitución (A-C. Pereira); Ficha bibliográfica de ediciones originales de textos constitucionales chilenos (A. Guzmán B.).

Revista Chilena de Derecho – Universidad Católica de Chile, vol. 53, Nº 1/2006.

Destacamos Rafael Fernández Concha y el iusnaturalismo tomista en Chile (R. Madrid R.); La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos (A. Bordialí); Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (M. Aguirrezabal) y La fundamentación de las sentencias y la sana crítica (J. González).

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos – Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVIII/2006.

De interés El origen de los poderes del “pater familias” (C. Amunátegui); Los orígenes del concepto de “relación jurídica” (A. Guzmán Brito); La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época moderna (M. Maureira); Universalismo moral y derecho de gentes de Francisco de Vitoria (J. Peña); El mantenimiento del orden en Francia y en Castilla bajo la monarquía absoluta (J. Hautebert); Cárceles públicas y privadas en el derecho medieval y castellano. El delito de cárceles privadas (J. Ramos); Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El estilo de Chile (A. Dougnac); y La actuación de los obispos en la supresión del fuero eclesiástico en Chile en el siglo XIX (C. Salinas).

Revista de Derecho Público – Universidad de Chile, N° 68/2006.

De interés El tribunal constitucional y las reformas constitucionales de 2005 (E. Navarro B.); Congreso Nacional, integración y fiscalización parlamentaria (T. Ribera N.); Estados de excepción constitucional (A. Tejos C.) y Reformas a las bases de la institucionalidad: entre lo superfluo, el contrabando y la inocencia (A. Quintana B.).

Anuario de filosofía jurídica y social – Universidad de Valparaíso, 2005.

Destacamos Habermas y su teoría discursiva del derecho (M. Toro); La ley natural bajo otros nombres (C. Orrego); Forma y fin de la sociedad política, la ley como intención cognoscitiva del bien común (F. Widow); Principios prácticos para orientar el razonamiento jurídico ante la objeción de conciencia (C. Orrego); El iusnaturalismo, necesidad de una fundamentación metafísica y antropológica (J.J. Ugarte); Bobbio y el problema de las lagunas del derecho (M. Silva Abbott); Los derechos o intereses colectivos y difusos, su incorporación a la legislación chilena (N. Zambrano) y Economía social de mercado, ideas para un estado de bienestar (I. Miralbell).

Derecho Público Contemporáneo – Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República, N° 10/2006.

De interés El control de constitucionalidad de los Autos Acordados en la reforma constitucional de 2005 (M. Alvarez); Reformas sobre el Congreso Nacional y la fiscalización política (M.I. Carril); La reforma constitucional al artículo 19 de la Constitución (R. Poyanco) y Principios de probidad y publicidad: el nuevo artículo 8° de la Constitución (N. Barra).

Derecho Mayor – Universidad Mayor/ Temuco, N° 5/2006.

Destacamos El derecho a desarrollar actividades económicas y a la igualdad en los fallos del Tribunal Constitucional (M.A. Fernández); Protección constitucional de la libertad económica (A. Ortúzar); Notas y comentarios sobre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en la Constitución de 1980 (A. Iñiguez); Tributación que afecta a las indemnizaciones de perjuicios (M. Espinoza); Sobre los derechos constitucionales y su alcance (G. Cuevas F.) y Acciones civiles ejercidas en juicio penal (A. Gay).

Temas de Derecho – Universidad Gabriela Mistral, N° 1 y 2/2004.

De interés El error en la persona como causal de nulidad del matrimonio en el derecho francés y en el derecho chileno (S. Doyharçabal); La regla “conceptus pro jam nato habetur” en los artículos 74 y 77 del Código Civil (J. Henríquez) y Constitucionalización del derecho civil; eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales (M.A. Fernández).

Revista de Derecho – Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 14/2006.

Destacamos Evolución en la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional (F. Jiménez); Acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, facultades del nuevo Tribunal Constitucional (F. Saenger); 22 de agosto de 1973: el Acuerdo de la Cámara de Diputados (D. Monsálvez); Dominio público y propiedad intelectual (C. Schmitz); La primera escritura pública otorgada en Chile y los primeros juicios arbitrales (dos casos en que fue parte don Pedro de Valdivia) (G. Palacios); Inmanencia y ley natural, un ensayo de aproximación (M. Silva) y La verdad (Cardenal Jorge Medina Estévez).

II. EXTRANJERO

Anales – Fundación Francisco Elías de Tejada/Madrid, vol. XI/2005.

Destacamos La ciencia y el derecho en la concepción de Kant (J. Vallet de Goytisoló); Constitución y nación: una relación dialéctica con la tradición como clave (M. Ayuso); Notas histórico-sistemáticas sobre la concepción moderna de los derechos individuales (S. Castaño); Consejos de don Quijote a Sancho gobernador y su aplicación a la Argentina (B. Montejano); In memoriam Prof. Guido Soaje (M. Ayuso y H.H. Hernández).

Revista de Derecho Político – Universidad Nacional de Educación a Distancia/Madrid, N°s 64/2005 y 65/2006.

En el N° 64, de interés Aspectos de una teoría constitucional para Europa (P. Häberle); La teoría general del Estado en los tiempos de la Unión Europea (C. Stark) y El tribunal de cuentas europeo en el tratado por el que se instituye una constitución para Europa (S. Ruiz). En el N° 65, Constitución europea y autonomía de la voluntad, indicaciones y apuntes (A. Pace); La codificación de los derechos en la Constitución europea (T. Groppi) y La posición de los Estados miembros en el tratado constitucional europeo (J. Tajadura).

Revista de Informação Legislativa – Senado Federal/Brasília Nº 171/2006.

De interés, Restrição a direitos fundamentais: interceptação de e-mail (A.B. Freire Junior); Os valores sociais da livre iniciativa (P.R. Dos Santos Corval); Autonomia municipal, centralização e liberdade (P.F. Mohn); y Sobre a pretensão de correção da lei injusta (L. Balsamão Amorim).

Revista de Derecho – Universidad de Montevideo, Nº 10/2006.

Destacamos Rescate de las concesiones (Battó y otros); El principio de subsidiariedad y el derecho social de Gurwitch (Hermany y otra); Consideraciones generales sobre organización administrativa (F. Rotondo); Constitución y derecho público: cumplimiento de las promesas (M. Brito); Ética, política y urbanismo (J. Rodríguez Arana) y Constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas (S. Klot).

Cuadernos de Medicina Forense – Corte Suprema de Justicia de la Nación/Argentina, Año 4, Nº 2/2005.

Destacamos Testimonio de menores, instrumentos de validación (S. Moretto); Importancia del enfoque interdisciplinario en la evaluación forense del abuso sexual infantil (M. Criado - A. M. Barchietto); Comentarios sobre la piromanía (A. Mega) y Extracción forzada de muestras biológicas, ¿el cuerpo como objeto de prueba? (T. Curia).

Icade – Pontificia Universidad de Comillas/España, Nº 69/2006.

Dedicado al problema de la inmigración, de interés Aspectos demográficos de la inmigración (R. Puyol); Equiparación entre nacionales y extranjeros (J.M. Ruiz); Política común de inmigración y asilo en la Unión Europea (J. Claro); Inmigración y mercado laboral (M. Fernández) y La expulsión como sanción administrativa (C. Martínez).

*Sección a cargo del Profesor E. Soto Kloss.

EDICIONES IUS PUBLICUM

- **Ius Publicum – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos y Recensiones y reseñas bibliográficas (en número de septiembre reseña de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual (IVA y envío incluido) = nacional
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero
 Números atrasados del 1 al 12 \$7.500; 13 y siguientes \$10.000.

- **Conferencias Santo Tomás de Aquino – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza sobre un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
El derecho, un arte de lo justo	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito.	\$ 5.000
Derecho y familia	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña.	\$ 7.000
Los derechos de la persona que está por nacer	2000 (46 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro.	\$ 7.000
La mujer ante la sociedad y el derecho	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
Moral y derecho, hoy	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000

Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos	2003 (234 pp)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica.	\$ 18.500
Sanciones administrativas, camino de servidumbre	2005 (en prensas)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500
Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
Teoría tópica del derecho natural	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
El derecho natural en la realidad social y jurídica	Santiago de Chile 2005 (1011 pp.)	Autores varios (S. Castaño-E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros.	\$ 26.000
Estado de bienestar, sus fundamentos filosóficos	Santiago de Chile 2006 (en prensas)	María Ester Gómez de Pedro.	

